

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA, N° 005
–2006/CLC, E-2642, Imposición y revisión de condiciones en
procedimientos de control de concentraciones empresariales**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que presenta:

Piero Alexis Malca Vilchez

REVISOR :

José Carlos Gonzales Cucho

Lima, 2024

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **José Carlos Gonzales Cucho**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA, N° 005 –2006/CLC, E-2642, Imposición y revisión de condiciones en procedimientos de control de concentraciones empresariales

del/de la autor (a)/ de los(as) autores(as)

Piero Alexis Malca Vilchez

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **35 %**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **22/11/2023**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 18 de noviembre de 2024**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Gonzales Cucho, José Carlos	
DNI: 44101418	Firma
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5001-6906	

RESUMEN

El presente informe analiza dos cuestiones jurídicas relevantes del Expediente 005-2006/CLC, el cual se divide en dos partes. La primera comprende todos los actos procedimentales desarrollados durante la tramitación de la solicitud de concentración entre agentes económicos dedicados a la actividad de transmisión eléctrica. La segunda se centra en el proceso de revocación de las condiciones impuestas en la resolución que autorizó dicha operación.

Los objetivos del presente trabajo consisten en: (i) elaborar un marco teórico para una correcta identificación de los riesgos a la competencia asociados a una concentración horizontal, (ii) elaborar un marco teórico aplicable a la evaluación sustantiva del procedimiento de revocación o revisión de condiciones, y (iii) aplicar los marcos propuestos en las dos cuestiones jurídicas identificadas.

Con el fin de alcanzar los objetivos anteriormente expuestos, se hace uso de la doctrina y jurisprudencia especializada a nivel nacional e internacional. Además, se examina con rigurosidad la influencia de la normativa regulatoria del sector eléctrico en las condiciones de mercado que pueden incidir en la calificación de los efectos anticompetitivos.

Finalmente, el trabajo concluye argumentando que la primera condición no debió haber sido impuesta, debido a que no tiene como propósito proteger el proceso competitivo. Asimismo, se ofrece una perspectiva complementaria al análisis sustantivo realizado por la Sala de Especializada en Defensa de la Competencia al evaluar la revocación de la segunda condición.

ÍNDICE

I.	Introducción	4
II.	Hechos del Caso	5
2.1.	El procedimiento de autorización previa de la operación de concentración	5
2.2.	El procedimiento de revocación de condiciones	7
III.	Listado de problemas jurídicos	9
IV.	La evaluación de los efectos anticompetitivos derivados las concentraciones horizontales	10
4.1.	Breve introducción al control previo de concentraciones empresariales como un componente de la política de competencia	10
4.2.	Los riesgos a la competencia que genera una concentración horizontal desde la política de competencia	11
4.3.	Los riesgos a la competencia que genera una concentración horizontal desde el Derecho Americano	12
4.4.	Los riesgos a la competencia que genera una concentración horizontal desde el Derecho Comunitario Europeo	14
3.5.	La evaluación de los efectos de las concentraciones horizontales en el Derecho Peruano	17
V.	Problema jurídico 1: ¿La CLC evaluó de forma adecuada la independencia del COES como un riesgo a la competencia?	21
5.1.	El COES dentro del marco regulatorio del sector eléctrico peruano	21
5.2.	El COES desde las normas de competencia peruanas: Comentarios desde la Ley 26876, Decreto Legislativo 701 y la Ley 31112	25
5.3.	Subpregunta 1.1: ¿Es la independencia del COES un problema que debe ser abordado mediante la imposición de una condición en el marco de una evaluación de control de concentraciones?	38
5.3.	Si se asume que la independencia del COES califica como un riesgo a la competencia, ¿se daban las condiciones para que esta sea impuesta en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC?	42
VI.	Problema jurídico 2: ¿La SDC revisó, conforme al Derecho de la Competencia, la segunda condición impuesta en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC?	44

6.1. Marco teórico sobre la modificación de condiciones en procedimientos de control de concentraciones.....	44
6.2. Aplicación al Expediente 005-2006/CLC.....	48
VII. Conclusiones.....	54
VIII. Bibliografía	56
IX. Anexos	61



I. Introducción

El presente informe jurídico abordará dos problemas jurídicos vinculados al Expediente 005-2006/CLC. Es importante destacar que este expediente se divide en dos partes. La primera parte trata sobre un procedimiento de control previo de concentraciones empresariales resuelto bajo la Ley 26876, conocida como "Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico". Por otro lado, la segunda parte se centra en un procedimiento de revisión de condiciones impuestas en el marco del primero.

Ambos aspectos están relacionados con las siguientes áreas del Derecho. En primer lugar, al Derecho de la Libre Competencia, específicamente a la sub-área de estudio concerniente al control ex ante o de estructuras, dado que se trata de un procedimiento de autorización previa de concentración empresarial, y otro de revisión de condiciones. En segundo lugar, al Derecho de la Minería y Energía, debido a la importancia que tuvo la interpretación de la regulación del sector eléctrico para la solución de la controversia. En tercer lugar, al Análisis Económico del Derecho, puesto que las materias sustantivas tienen como fundamento determinadas teorías económicas, en específico, aquellas desarrolladas por el campo de estudio denominado Organización Industrial.

En relación con lo anterior, y como se desarrollará en la sección correspondiente al listado de problemas jurídicos, el expediente fue seleccionado por la relevancia de las cuestiones jurídicas que aborda en materia de fondo para el Derecho de la Libre Competencia. Estas cuestiones motivaron la emisión de un precedente de observancia obligatoria crucial para el adecuado funcionamiento de la Ley 26876, estableciendo reglas para la imposición de condiciones (fijación de un horizonte temporal para las condiciones conductuales) y para el análisis sustantivo en la revisión de condiciones (la identificación del cambio de circunstancias que ameritaría el levantamiento).

Sin perjuicio de lo anterior, hubo otras cuestiones que no fueron objetadas ni analizadas por ninguna de las partes involucradas y, en consecuencia, no se les brindó un espacio de discusión. En este informe, se criticará el supuesto riesgo a la competencia que motivó la imposición de la primera condición, centrado en la preservación de la independencia del COES. Dedicar un esfuerzo académico a su comprensión resulta de suma utilidad, ya que permite delimitar el concepto de "riesgo de la competencia" a partir de los objetivos perseguidos por la normativa del control de concentraciones.

En ese orden de ideas, este informe sigue la siguiente estructura. En primer lugar, se exponen los principales actos procedimentales ocurridos durante ambos procedimientos. En segundo lugar, se identifican y justifican los dos problemas jurídicos escogidos. En tercer lugar, se desarrolla un marco teórico sobre el análisis de efectos contrarios a la competencia derivados de una concentración de tipo horizontal, recurriendo a jurisprudencia y doctrina comparada. Cuarto, se proporciona una respuesta a los problemas jurídicos identificados a partir del marco teórico propuesto y de los actos procedimentales más relevantes. Finalmente, se presentan las conclusiones del análisis.

II. Hechos del Caso

Con el propósito de ofrecer un entendimiento cabal del expediente objeto de comentario, a continuación, se presenta un resumen, en orden cronológico, de los principales hechos de la controversia que lo motiva, así como los principales actos procedimentales emitidos durante su trámite.

2.1. El procedimiento de autorización previa de la operación de concentración

1. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante, ISA), mediante escrito de fecha 19 de julio de 2006, solicita a la Comisión de Libre Competencia (en adelante, CLC), la autorización previa de una operación de concentración empresarial, que consistía en la adquisición directa e indirecta de control de Consorcio Transmantaro S.A. (en adelante, CTM). La solicitud fue presentada bajo la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (en adelante, LASE).

Al respecto, ISA era propietaria de las empresas de transmisión eléctrica Red de Energía del Perú S.A. (en adelante, REP) e Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A. (en adelante, ISA Perú). De esta manera, ISA pertenecía a un grupo económico que contaba con participación en el mercado eléctrico nacional. Por su parte, CTM era una empresa dedicada a la actividad de transmisión eléctrica en el territorio nacional.

2. Mediante el Informe N°030-2006-INDECOPI/ST-CLC, la Secretaría Técnica de la CLC (en adelante, ST-CLC), recomendó a la CLC continuar con el trámite del procedimiento y disponer de un plazo adicional para revisar algunos aspectos relacionados con la operación.

Sobre el particular, se precisó que, la solicitud cumplía con los requisitos exigidos por la LASE para ser sometida a una autorización previa. Primero, la operación notificada constituía un acto de concentración empresarial. Segundo, consideradas las cuotas de mercado de las empresas bajo control de ISA (antes y después de la concentración), se superaba el umbral del 15% para las concentraciones del tipo horizontal.

Cuadro N° 3
Participación de empresas transmisoras en el mercado del
Sistema Eléctrico Interconectado Nacional - SEIN

N° de orden	Entidad Transmisora	Total Año 2005	
		Soles (1)	Participación
1	REP - Red de Energía del Perú	185 288 549	48.01%
2	Consorcio Transmantaro SA	89 422 165	23.17%
3	REDESUR - Red Eléctrica del Sur SA	34 417 590	8.92%
4	Interconexión Eléctrica ISA Perú SA	26 699 571	6.92%
5	Eteselva SRL	24 012 659	6.22%
6	CONENHUA - Consorcio Energético de Huancavelica SA	24 361 255	6.31%
7	DEPOLT - Proyecto Especial Olmos Tinajones	1 734 269	0.45%
Facturación Total del Periodo		385 936 059	100.00%

(1) Facturación Total sin IGV, según información proporcionada por las Empresas con carácter de DECLARACIÓN JURADA, excepto donde se especifica

Fuente: Osinerg
Elaboración: Osinerg

Fuente: Informe N° 030-2006-INDECOPI/ST-CLC¹

¹ Informe N° 030-2006-INDECOPI/ST-CLC. Véase el folio 1054.

Como se puede apreciar en el cuadro expuesto, antes de la operación ISA ostentaba una participación del 54.93% en la facturación total de las transmisoras durante el año 2005. Por ello, de forma posterior a la operación, ISA participaría con un 78.10%.

3. Mediante la Resolución 068-2006-INDECOPI/CLC, de fecha 25 de setiembre de 2006, la CLC declaró procedente la solicitud de autorización previa. Asimismo, dispuso ampliar el plazo hasta por veinticinco (25) días hábiles adicionales, para profundizar en el análisis de los efectos de la operación de concentración en los mercados relevantes del sector eléctrico nacional y los mercados relacionados.

Sobre los efectos, la CLC sostuvo que estos podrían estar relacionados a: (i) desincentivos a la realización de inversiones en el sector; (ii) variación en la interrelación estratégica en mercados relacionados, (iii) desincentivo de inversiones en mercados relacionados, (iv) variación en la interrelación estratégica en mercados de la región (América del Sur); (v) variación en los esfuerzos de los reguladores para el ejercicio de sus labor y en los costos regulatorios asociados; y (vi) la posibilidad de alterar las transacciones al interior del COES, la afectación a las condiciones de competencia en el mercado de clientes libres, y distorsiones sobre el mercado de clientes regulados.

4. Con fecha 5 de octubre de 2006, el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MEM), emitió el Oficio 1091-2006-MEM/DGE y su adjunto, el Informe MEM/DGE N° 024-2006, mediante el cual compartían su opinión respecto a la solicitud de concentración empresarial.

Al respecto, el MEM manifestó una opinión positiva sobre los efectos de la concentración. Pese a que indicó que ISA podía tener una injerencia preponderante en el subcomité de transmisoras, precisó que dicha injerencia se vería limitada en virtud de la normativa sectorial que venía siendo elaborada.

5. Con fecha 12 de octubre de 2006, la Defensoría del Pueblo (en adelante, la Defensoría) comunicó su opinión sobre la operación notificada a través del Oficio N° 0258-2006-DP/ASPMA.
6. Con fecha 13 de octubre de 2006, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL) remitió su opinión sobre la operación a través de la Carta 700-GG-GRE/2006 y el informe adjunto a este.
7. Con fecha 20 de octubre de 2006, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) remitió su opinión sobre la operación a través del Oficio N°538-2006-MTC/2003.
8. Con fecha 26 de octubre de 2006, el Organismo Supervisor en Energía (en adelante, OSINERGMIN u OSINERG) remitió su opinión sobre la operación mediante el Oficio N° 079-2006-OSINERG-OEE, que adjuntaba el Informe OSINERG-GART/DGT N° 086-2006.
9. Mediante el Informe 036-2006-INDECOPI/ST-CLC, la ST-CLC recomendó a la CLC autorizar la operación notificada, pero sujeta a condiciones.

10. Mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, la CLC aprobó la operación notificada por ISA, y la sujetó a dos condiciones. La primer consistió en que ISA no puede ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del COES, por lo tanto, las empresas integrantes de su grupo económico podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que han sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar en abstención.

Sobre el particular, la CLC sostuvo que la condición resultaba idónea, necesaria y proporcional, ya que se busca asegurar que la operación del COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada, sino, a la mejor operación del sistema eléctrica, lo cual devendría en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y usuarios de energía eléctrica.

Por otro lado, la segunda condición prohibió a ISA participar en las segundas convocatorias de licitaciones para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.

La condición descrita tiene como objeto evitar que ISA adopte conductas estratégicas a su favor durante los procesos de licitación, así como crea incentivos para que la concentrada, cuando participe en tales procesos, realice su mejor oferta y, así, reducir los costos de construcción y/o ampliación, los cuales impactan en los costos del servicio de electricidad.

11. Con fecha 19 de diciembre de 2006, ISA presentó un escrito dirigido a la CLC, a través del cual solicitaba aclarar algunos aspectos vinculados con el cumplimiento de la primera condición.
12. Mediante la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, la CLC declaró inadmisibile la solicitud de aclaración efectuada por ISA al considerar que fue efectuada fuera del plazo previsto, sin embargo, explicitó criterios para la supervisión de la primera condición. Al respecto, señaló que la primera condición aplicaba para cualquier instancia en la que ISA puede imponer con exclusividad su planteamiento. En otros términos, en la instancia correspondiente del COES, se vigilará que ISA utilice los votos que le hayan sido asignados, en la medida que su ejercicio no le permita imponer en exclusividad su posición.

2.2. El procedimiento de revocación de condiciones

13. Con fecha 27 de febrero de 2023, ISA solicita a la CLC revocar las condiciones impuestas por la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC y aclaradas mediante la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC. La firma sostiene que ha ocurrido diversos cambios en los supuestos que motivaron su imposición.
14. Mediante la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, del 14 de noviembre de 2013, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) admitió a trámite la solicitud formulada por ISA, y se dispuso iniciar un procedimiento destinado a la evaluación de la solicitud de revocación de las condiciones impuestas.

15. El 27 de diciembre de 2013, el OSIPTEL presentó su opinión técnica. Lo propio hizo la ST-CLC el 14 de enero de 2014. Nótese que este órgano recomendó no levantar las condiciones.
16. El 9 de enero de 2014, el OSINERGMIN presentó sus opiniones.
17. Mediante la Resolución 0240-2014/SDC-INDECOPI, la SDC dispuso ampliar por treinta (30) días hábiles el procedimiento, con el propósito de analizar con mayor profundidad los argumentos expuestos.
18. Mediante la Resolución 0623-2014/SDC-INDECOPI, la SDC dispuso revocar las condiciones impuestas mediante las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC. Respecto a la primera condición, la SDC consideró que el número de participantes dentro del subcomité de transmisores se ha elevado y el de ISA mantenido, y, por otro lado, existían restricciones normativas que impedían a cualquier grupo económico ejercer decisiones preponderantes en cualquiera de los órganos de decisión al interior de COES.

Con relación a la segunda condición, la SDC consideró que la presentación de ofertas bajo la modalidad “sobre cerrado”, impedía un comportamiento estratégico por parte de ISA, ya que le impedía conocer el monto que un postor competidor podría ofrecer. Asimismo, las economías de escala que ostenta ISA en el mercado de transmisión, y que podrían generarle ahorros en la construcción de nuevas líneas de transmisión, han sido superadas por otras características de los postores, lo cual les ha permitido presentar en diversas ocasiones mejores ofertas que ISA.

Finalmente, la SDC emitió un precedente de observancia obligatoria que consistió en: (i) en caso se sujete la aprobación de una operación de concentración empresarial al cumplimiento de una condición de conducta, debe entenderse que la restricción deberá estar asociada a un horizonte temporal, luego de la cual se requiere de una revisión de las características y entorno competitivo del mercado; y (ii) en aplicación del procedimiento de revocación referido en la Ley 27444, las empresas pueden solicitar, cuando lo estimen pertinente, la revocación de las condiciones impuestas, debiendo para tal propósito identificar el cambio de circunstancia que se habría producido en el mercado eléctrico.

III. Listado de problemas jurídicos

Como se ha expuesto en la introducción, el presente expediente motiva el análisis de diversas cuestiones jurídicas vinculadas con las materias del Derecho de la Libre Competencia, Derecho de Energía y Minas, y el Análisis Económico del Derecho. Sin embargo, consideramos pertinente centrar nuestra investigación en dos problemáticas específicas.

En primer lugar, el análisis sustantivo en un control de concentraciones reside en evaluar los efectos que podría generar un eventual ejercicio del poder de mercado por parte de la entidad concentrada posterior a la operación. No obstante, la primera condición, impuesta por la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, tuvo como fundamento evitar que las decisiones al interior del COES respondan a intereses particulares, en lugar de orientarse hacia la mejor operación del sistema eléctrico nacional.

Así, se constata que la agencia de competencia no busca únicamente prevenir un potencial ejercicio negativo de poder de mercado por parte de la entidad concentrada, sino limitar su influencia política en un organismo de autorregulación encargado de la elaboración y ejecución de políticas públicas y regulatorias. En ese sentido, el primer problema de relevancia jurídica que abordamos consiste en determinar si el Derecho de la Libre Competencia permite que una agencia resuelva, a través del control de concentraciones, riesgos distintos al ejercicio de poder de mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto de que la respuesta a la cuestión anterior sea positiva, se evaluará el razonamiento seguido por la CLC en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, a partir de las decisiones emitidas por este órgano que se pronunciaron sobre la falta de independencia del COES como efecto anticompetitivo.

El segundo problema de relevancia jurídica identificado responde a la necesidad de profundizar en los criterios que la autoridad de competencia debe aplicar en un procedimiento de revisión de condiciones, con el fin de determinar si resulta pertinente modificar o eliminar una condición. Esta necesidad se justifica por la entrada en vigencia de la Ley 31112, aplicable a todos los sectores económicos, y la escasez de literatura nacional especializada.

Por ello, a partir de la jurisprudencia y doctrina internacional, se complementará y criticará el análisis llevado a cabo por la SDC al evaluar el levantamiento de la segunda condición. Asimismo, se propondrán pautas destinadas a sistematizar y ordenar criterios sustantivos aplicable al procedimiento de revisión de condiciones.

IV. La evaluación de los efectos anticompetitivos derivados las concentraciones horizontales

4.1. Breve introducción al control previo de concentraciones empresariales como un componente de la política de competencia

De acuerdo con Motta, la política de competencia es definida como “el conjunto de políticas y leyes que aseguran que la competencia en el mercado no se limite a tal grado que reduzca el bienestar económico” (2018: 59). Al respecto, el Organismo para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) y el Banco Mundial señalan que la política de competencia involucra dos pilares.

El primero consiste en la promoción de medidas que permitan la contestabilidad, entrada de firmas y rivalidad. El segundo, en la aplicación de las normas de competencia que sancionan el abuso de posición de dominio y acuerdos anticompetitivos, y aquellas que regulan el control de concentraciones y las ayudas del estado. Mientras que el primer pilar implica la mejora de las regulaciones y procedimientos a cargo del Estado, el segundo se enfoca en el comportamiento comercial de todas las firmas (2017: 5).

Un concepto relevante para la política de competencia es el de poder de mercado. Este consiste en la capacidad que tiene una empresa para fijar precios por encima de los costos marginales, ya que el precio más bajo posible que una firma puede cobrar, de forma rentable, es un precio equivalente al costo marginal de producción (Motta 2018: 70). Además, debido a que el ejercicio de poder de mercado puede estar asociado a ineficiencias y pérdida de bienestar, la política de competencia debe tener como preocupación controlar su actuación bajo determinadas circunstancias (Motta 2018: 124-125).

Con relación al control de concentraciones como una herramienta de política de competencia, Gal afirma que esta una de las más efectivas para regular el poder de mercado (2003: 194). Por su lado, Ezrachi agrega que, si bien las fusiones, adquisiciones y acuerdos de colaboración pueden ser positivos para la sociedad, también pueden afectar la estructura de mercado y, en ocasiones, reducir la competencia. En ese sentido, cuando un mercado incrementa sus índices de concentración por una operación, nos estaríamos alejando de una estructura de mercado competitiva, a una en la cual el poder de mercado puede dañar el proceso competitivo (2021: 107).

Con relación a los tipos de análisis que una agencia de competencia puede llevar a cabo en el marco del control de concentraciones, la OCDE precisa que existen tres *tests* sustantivos que pueden adoptar para bloquear, condicionar o aprobar una concentración: a) el de dominancia, cuyo propósito es determinar si la operación puede crear o fortalecer una posición de dominio; b) el de lesión significativa a la competencia; y c) el de interés público. Nótese que el tercero no es uno similar a los dos primeros, y puede incluir criterios ajenos a la competencia (2004: 87).

Las diferencias entre los *tests* descritos en el literal a) y b) serán oportunamente explicados en los apartados correspondientes a la evaluación de efectos en el Derecho Americano y Derecho Comunitario Europeo.

Finalmente, es importante mencionar que existen tres tipos de concentraciones. La primera es la concentración horizontal, la cual supone que la concentración es llevada

a cabo por agentes económicos que califican como competidores en el mismo nivel de la cadena de producción de un bien o servicio. La segunda, la concentración vertical, la cual involucra a empresas que operan en niveles distintos, pero complementarios, de la cadena. La tercera, la concentración de conglomerado, implica que las firmas operan en distintos mercados sin una relación vertical (International Competition Network 2006: 10-13).

Debido a que el presente informe versa sobre una operación horizontal, en las siguientes líneas nuestra investigación se centrará en los efectos anticompetitivos que usualmente se asocian con este tipo de concentración.

4.2. Los riesgos a la competencia que genera una concentración horizontal desde la política de competencia

La International Competition Network (en adelante, ICN) explica que, conceptualmente, hay dos distintos medios por los cuales una concentración horizontal puede afectar la competencia. Las dos teorías del daño (*theory of harm* en inglés) más comunes son: efectos unilaterales y efectos coordinados. En la primera teoría se examina si, producto de la concentración, la competencia entre las firmas fusionadas es eliminada, y le permite ejercer unilateralmente poder de mercado (2006: 10).

La segunda teoría, conocida como teoría de efectos coordinados, se manifiesta en situaciones de mercado específicas, donde la operación de concentración posibilita a las entidades fusionadas y a sus competidores coordinar exitosamente comportamientos anticompetitivos, como el aumento de precios, por ejemplo. Es importante destacar que la principal preocupación no reside en el poder de mercado de la entidad resultante, sino en la posibilidad de crear condiciones que permitan a las empresas coordinar acciones perjudiciales para los consumidores o clientes. (ICN 2006: 10).

Gal sostiene que el principal problema de una concentración horizontal consiste en la reducción del número de competidores en el mercado. Esta reducción del número de firmas, y posterior incremento de cuotas de mercado, acarrea dos preocupaciones de política de competencia: poder de mercado unilateral y poder de mercado conjunto. Mientras que el primero le permite a la entidad concentrada aumentar los precios, restringir la producción, y actuar de forma estratégica, el segundo, se enfoca en el fortalecimiento de la habilidad que tienen los participantes en el mercado para coordinar sus elecciones estratégicas, al incurrir en un comportamiento interdependiente explícito o tácito (2003: 197-198).

4.3. Los riesgos a la competencia que genera una concentración horizontal desde el Derecho Americano

El control de concentraciones en Estados Unidos se encuentra, principalmente, regulado en la Sección 7 de la Ley Clayton² (Francis y Sprigman 2023: 412), cuyo texto es el siguiente:

*“No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, **the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.**”*

[Énfasis agregado]

La norma ocupa el término *may be*, dado que el Congreso creó un estándar de “insipiente”, mediante el cual no solo están prohibidas las concentraciones que crean inmediatamente un monopolio, o les otorga a las partes poder de mercado, sino también, a aquellas que tienen el potencial de lo lograr lo anterior (Broder 2010: 112). Por otro lado, Francis y Springman destacan como particularidad del sistema americano el rol central que poseen los lineamientos elaborados por la agencia de competencia, puesto que son utilizados por esta y las cortes que evalúan las adjudicaciones de los casos (2023: 415 - 416)

Los lineamientos a los cuales se hace referencia son los *Horizontal Mergers Guidelines* (en adelante, HMG), que reemplazan a los HMG de 1992, revisados en 1997, y elaborados por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión Federal de Comercio. Asimismo, el citado documento precisa que el *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*³ (en adelante, CHMG) del año 2006, continúa siendo una fuente confiable para evaluar la licitud de una concentración.

Al respecto, la presente sección se enfocará en exponer el objetivo que el control de concentraciones americano manifiesta, así como los riesgos a la competencia que se conciben. La experiencia norteamericana advierte dos teorías del daño que pueden surgir a partir de una concentración horizontal: (i) efectos coordinados y (ii) efectos no coordinados (Sagers 2014: 280). Dicha división ha sido recogida por la HMG y sus principales criterios serán expuestos a continuación.

a. Efectos no coordinados o unilaterales

La eliminación de la competencia entre las dos firmas concentradas puede constituir por sí misma una lesión sustantiva a la competencia. Asimismo, existen varios tipos de efectos unilaterales, los cuales son listados de forma enunciativa (2010: 10):

- **Incremento de precios de productos diferenciados:** En industrias de productos diferenciados, algunos productos pueden ser sustitutos cercanos entre sí y competir fuertemente el uno con otro. Una concentración entre

² La Ley Clayton fue introducida en 1914 con el propósito de fortalecer a la Ley Sherman.

³ Este documento desarrolla con mayor precisión los criterios que la agencia de competencia puede adoptar al revisar una operación de concentración.

empresas que comercializan productos diferenciados, puede afectar la competencia si la entidad concentrada obtiene ganancias al incrementar los precios de uno, o ambos productos, por encima de los precios previos a la operación (2010: 20-22).

- **Negociación y subastas:** En los mercados de bienes y servicios intermedios, los compradores y vendedores llevan a cabo negociaciones sobre precios y otras condiciones comerciales. Durante este proceso, los compradores típicamente entablan negociaciones con más de un vendedor, buscando propiciar un enfrentamiento entre ellos. Estructuras más complejas de esta competencia se conocen como subastas, siendo utilizadas de manera más pura en adquisiciones públicas.

En esta área, la principal preocupación de la agencia de competencia radica en la posibilidad de que las entidades concentradas compartan el primer y segundo lugar, así como en la ventaja significativa que la segunda pueda tener sobre otros proveedores en la satisfacción de las necesidades del cliente. (2010: 22).

- **Capacidad y producción para productos homogéneos:** En aquellos casos en los que las empresas produzcan productos poco diferenciados, la agencia evaluará si la entidad concentrada puede encontrar rentable reducir, unilateralmente, la cantidad producida para elevar el precio. Hay diversas formas en las que puede ocurrir lo anterior. La primera consiste en que la firma puede dejar inactiva su capacidad o dejar de buscar un incremento, del que pudiera haber existido en ausencia de la concentración, o de plano eliminar la capacidad productiva pre-existente. La segunda, en el desvío del uso de la capacidad en un mercado relevante a favor de otro, y así incrementar los precios en el primero (2010: 22-23).
- **Innovación y variedad de productos:** La competencia incentiva a las firmas a innovar. La agencia puede considerar que una concentración disminuye la innovación mediante el incentivo que tendría la entidad resultante para reducir sus esfuerzos innovativos por debajo del nivel que podría prevalecer en ausencia de la concentración.

La reducción de innovación puede tomar la forma de desincentivo para la continuación del desarrollo de un producto, o la iniciativa del desarrollo de nuevos (2010: 23 - 24).

Aunado a lo anterior, la CHMG precisa que una concentración horizontal lesiona sustancialmente la competencia si crea la probabilidad de que, sin la necesidad de coordinar con firmas rivales no concentradas, pueda incrementar los precios o ejercer poder de mercado con un mayor grado que antes de la operación (2006: 17)

b. Efectos coordinados

Una concentración perjudica a la competencia al posibilitar o promover que, después de la concentración, las firmas lleven a cabo coordinaciones en el mercado relevante que puedan afectar a los consumidores. La coordinación implica una conducta conjunta entre diferentes empresas que genera beneficios para todas, siempre y cuando logren ajustar sus respuestas mutuas. Estas respuestas pueden debilitar los incentivos de un agente para ofrecer condiciones comerciales más favorables a sus clientes, ya que

podrían perder negocios frente a sus competidores. Además, puede reforzar los incentivos de una empresa para aumentar los precios, al disminuir el temor que generaría tal movimiento, ya que sus clientes actuales no recurrirían a sus competidores. (2010: 24).

Las coordinaciones pueden incluir un amplio rango de conductas, tales como: i) la negociación explícita de un entendimiento común respecto a cómo deben competir las firmas, ii) un entendimiento común al que no se ha arribado a través de una negociación explícita, pero que puede ser exigido a través de la detección y castigo de desviaciones, iii) una acomodación paralela, en las que las firmas individualmente responde a los movimientos del competidor, y no son motivadas por la prevención de un castigo o con ocasión del cumplimiento de un acuerdo, pero que puede involucrar el incremento de precios y la reducción de los incentivos para ofrecer mejores condiciones comerciales a los consumidores. Cabe señalar que las coordinaciones que pueden generar riesgos a la competencia no necesariamente incluyen a aquellas que pueden ser condenadas mediante las normas *Antitrust* (2010: 24 -25).

En complemento con lo anterior, la CHMG precisa que la principal preocupación en este apartado consiste en determinar si, de forma posterior a la operación, la entidad resultante y las firmas rivales podrían incurrir en algún tipo de coordinación en el precio, cantidad, capacidad u otra dimensión de competencia (2006: 18).

4.4. Los riesgos a la competencia que genera una concentración horizontal desde el Derecho Comunitario Europeo

El segundo marco normativo más importante a nivel internacional es el de la Unión Europea. A nivel comunitario, la norma que regula las concentraciones es la Regulación Europea de Concentraciones⁴ (en adelante, REC). De acuerdo con Frenz, el control de concentraciones busca distinguir entre transacciones dañinas y pro-competitivas, con el propósito de prohibir o modificar las primeras (2016: 412)

La norma predecesora a la actual REC era la Regulación 4064/89. Dicha norma enfocaba el análisis en la creación o fortalecimiento de una posición, singular o colectiva, de dominio. En contraste, la REC evalúa si una concentración impide significativamente la competencia a efectos de determinar su licitud:

*"2. A concentration **which would not significantly impede effective competition** in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, **shall be declared compatible with the common market.***

*3. A concentration **which would significantly impede effective competition**, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, **shall be declared incompatible with the common market.**"*

[Énfasis agregado]

⁴ Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

La razón de este cambio fue que, con la norma anterior, no era posible capturar todos los escenarios en los cuales una concentración puede generar efectos anticompetitivos. Dicha limitación fue conocida como *the gap* o la brecha (Ibañez 2021).

Así, el escenario que justificó la modificación estaba vinculado con la incertidumbre respecto al tratamiento de los efectos unilaterales en un mercado oligopólico. En específico, si era posible analizar los efectos anticompetitivos de una concentración realizada en un mercado de estructura oligopólica, en los que, la entidad concentrada sin liderar una coordinación o sin poseer la mayor cuota de mercado, se encuentra en una posición para incrementar precios ejerciendo su poder de mercado (Foncel, Ivaldi y Rabassa 2007: 352).

En ese sentido, la creación o fortalecimiento de la posición de dominio es uno de los varios escenarios que requieren de la intervención comunitaria. Por ello, el análisis de la REC se concentra en dos preocupaciones: efectos coordinados o no coordinados (también conocidos como unilaterales) (Ibañez 2021).

Con relación a lo anterior, la Comisión Europea (en adelante, la Comisión) ha emitido las “Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas” (en adelante, Directivas Europeas), a efectos de dotar de mayor predictibilidad al análisis que conducirá con relación a este tipo de concentraciones. Asimismo, señala que la evaluación de la Comisión normalmente implica: a) la definición del mercado producto y geográfico relevante, y b) la evaluación de competencia de la concentración. Nótese que el principal propósito de la definición de mercado es identificar, de forma sistemática, las restricciones a la competencia que suscitaría la entidad concentrada⁵.

Sobre el tema que ocupa a esta sección, la Comisión señala que hay dos vías mediante las cuales una concentración horizontal puede impedir significativamente la competencia, en particular, al crear o fortalecer una posición de dominio: a) eliminar una importante presión competitiva sobre una o varias empresas, que tiene como resultado la obtención de un mayor poder de mercado sin tener que recurrir a un comportamiento coordinado (efectos no coordinados); b) modificar la naturaleza de la competencia de manera que aumente la probabilidad de que empresas, que previamente no coordinaban su conducta, coordinen para el aumento de precios o el perjuicio de la competencia efectiva por otros medios (efectos coordinados)⁶.

Por otro lado, cabe destacar que los efectos derivados de una concentración horizontal presentan un mayor riesgo a la competencia que las verticales o de conglomerado, en la misma medida que los acuerdos horizontales son tratados con mayor rigurosidad que los verticales (Whish y Bailey 2012: 877).

Como se aprecia, en la Unión Europea la razón por la cual una concentración puede ser riesgosa a la competencia es si esta impide significativamente la competencia efectiva. Un impedimento significativo de la competencia puede ocurrir si la concentración horizontal presenta efectos coordinados o no coordinados. En ese sentido, a continuación, se desarrollarán los criterios que la citada directiva ha recogido para su evaluación:

⁵ Confróntese con el párrafo 10 de las Directivas Europeas.

⁶ Confróntese con el párrafo 22 de las Directivas Europeas.

a) Efectos no-coordinados

La liberación de importantes presiones competitivas a uno o varios vendedores genera una restricción significativa de la competencia, debido a que ello se traduce en la disposición de un mayor poder de mercado⁷. De acuerdo con Whish y Bailey, los efectos no coordinados están relacionados con el poder de mercado y sus distintas manifestaciones, tales como el incremento de precios, reducción de la cantidad, calidad, variedad o innovación (2012: 870)

Así, la consecuencia directa de la concentración es la desaparición de la competencia entre las empresas que van a fusionarse. Asimismo, las otras competidoras también pueden tener incentivos para aumentar sus precios, puesto que una eventual subida de precios de las fusionadas puede desviar parte de su demanda insatisfecha a su favor, y ocasionar un escenario idóneo para el incremento del precio⁸.

En ese orden ideas, una concentración será contraria a la competencia si: i) crea o refuerza la posición de dominio de una sola empresa que, después de la concentración, ostentará una cuota de mercado muy superior a la del siguiente competidor en relevancia, y ii) ocurren en un mercado oligopólico que implique la reducción de competencia entre las firmas concentradas, así como la disminución de la presión competitiva sobre los competidores sobrantes⁹.

Los factores que tendrá en consideración la autoridad de competencia comunitaria son los siguientes¹⁰:

- Las firmas concentradas poseen una cuota de mercado elevada
- Las empresas que van a concentrarse son competidores inmediatos
- Las posibilidades de los clientes para cambiar de proveedor son limitadas.
- La probabilidad de que los competidores aumenten el suministro si suben los precios es escasa
- La entidad fusionada está en condiciones de impedir la expansión de sus competidores
- La concentración elimina una fuerza competitiva importante

b) Efectos coordinados

Una concentración puede obstaculizar significativamente la competencia efectiva mediante la creación o el refuerzo de una posición dominante colectiva, en la medida que incrementa la probabilidad de que las empresas puedan coordinar un incremento de precios sin la necesidad de recurrir a un acuerdo o práctica concertada en los términos previstos en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). Asimismo, es plausible que la concentración puede facilitar o estabilizar la coordinación entre firmas que, previo a la transacción, ya incurrieran en esta¹¹.

La probabilidad de que una coordinación se produzca es mayor si se cumplen las siguientes tres condiciones. Primero, las firmas coludidas pueden ejercer un control suficiente sobre el cumplimiento de los términos acordados. Segundo, debe existir un mecanismo de disuasión creíble que pueda ser ejercido si una desviación sucede.

⁷ Confróntese con el párrafo 24 de las Directivas Europeas.

⁸ Confróntese con el párrafo 24 de las Directivas Europeas.

⁹ Confróntese con el párrafo 25 de las Directivas Europeas.

¹⁰ Confróntese con los párrafos 27-38 de las Directivas Europeas.

¹¹ Confróntese con el párrafo 39 de las Directivas Europeas.

Tercero, los resultados esperados de la coordinación no pueden ser puestos en riesgo por el comportamiento de las firmas no coludidas, así como de los clientes¹².

Los factores que tendrá en consideración la autoridad de competencia comunitaria son los siguientes¹³:

- Facilidad para alcanzar los términos para la coordinación.
- Capacidad para vigilar las desviaciones a la coordinación.
- Capacidad para implementar mecanismos de disuasión.
- El comportamiento de las firmas ajenas a la coordinación no puede poner en riesgo los resultados de esta.

3.5. La evaluación de los efectos de las concentraciones horizontales en el Derecho Peruano

En la siguiente sección se explicará, de forma breve y concisa, los principales aspectos de la derogada LASE, así como los de la Ley 31112, Ley que Establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial (en adelante, LCCE).

a. Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico

La Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, estableció, en su artículo 1, que las concentraciones del tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación, transmisión y distribución se sujetarán a un procedimiento de autorización previa. El objetivo de la autorización previa es evitar que las operaciones de concentración puedan tener como efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades descritas o en los relacionados a ellos.

El dispositivo legal tuvo un desarrollo reglamentario. Mediante el Decreto Supremo 017-98-ITINCI, fue aprobado el reglamento de la LASE. El modelo de esta normativa se ajusta uno netamente previo.

Asimismo, la LASE define dos tipos de actos de concentración, aquellos que confieren control directo o indirecto sobre una empresa eléctrica, y aquellos que involucran la adquisición de activos productivos de titularidad de firmas participantes del sector eléctrico (Manayalle y Floríndez 2020: 39). Nótese que, para estar sujetos a la obligación de notificar, se debe cumplir, de forma copulativa, con los umbrales previstos en el artículo 3 de la LASE. También, se aprecia la facultad de la autoridad para imponer condiciones, en caso advierta que la concentración pueda disminuir, dañar o impedir la libre competencia¹⁴.

Sobre el objetivo del control de concentraciones en el sector eléctrico, Petrecolla y Romero apuntan que las particularidades de sus mercados, tanto desde una perspectiva de competencia como regulatoria, es la probabilidad de existencia y ejercicio de poder de mercado, el cual sería mayor que en el de los bienes convencionales (2010: 88). Los autores citados definen al poder de mercado como “la capacidad de alterar los precios respecto de su nivel de competencia”, y toman como referencia la definición de posición

¹² Confróntese con el párrafo 42 de las Directivas Europeas.

¹³ Confróntese con los párrafos 44- 57 de las Directivas Europeas.

¹⁴ Véase el artículo 5 de la LASE.

dominante definida en el caso *United Brands*, que consiste en el poder actuar en el mercado con independencia de sus competidores, clientes y consumidores (2010: 92)

En aplicación del referido instrumento normativo, la CLC ha precisado que los efectos analizados en operaciones horizontales pueden dividirse en efectos unilaterales y coordinados. Respecto a los primeros, se examina la capacidad del agente concentrado para subir los precios y reducir la calidad, la producción o la innovación. Sobre los segundos, la reducción del número de competidores y los riesgos de coordinación que pueda generarse para limitar la competencia¹⁵.

Asimismo, el objetivo del análisis de riesgos a la competencia es determinar la posibilidad que tiene el agente concentrado para cometer o facilitar prácticas que atenten contra la competencia, a causa del poder adquirido por la concentración¹⁶. El artículo 19 del Reglamento de la LASE establece los criterios que debe evaluar la CLC para poder determinar si la operación de concentración puede tener un efecto negativo.

En suma, la LASE tuvo como principal objetivo prevenir la existencia de una estructura de mercado en la cual la entidad concentrada pueda ejercer su poder de mercado para afectar la libre competencia en las actividades del sector eléctrico y los mercados relacionados.

b. Ley 31112, Ley que Establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial

La LCCE derogó a la LASE¹⁷, y se erigió como la ley que regula el control de estructuras para todas las actividades económicas. El artículo 1 de la LCCE dispone que la finalidad de la norma es promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Asimismo, establece como su ámbito de aplicación a aquellos actos de concentración que superen los umbrales previstos en la ley, así como la producción de efectos en todo o en parte del territorio nacional. La definición del término “acto de concentración” se regula en el artículo 5, mientras que los umbrales, en el artículo 6.

Además, mediante el artículo 6.4, se aprecia que el modelo recogido por la nueva LCCE es uno de carácter mixto, dado que incluye la notificación voluntaria y la posible actuación de oficio para aquellas operaciones de concentración que no superen los umbrales.

Una particularidad que amerita un comentario aparte es la introducción de dos fases para el procedimiento. En la fase 1 del procedimiento de control previo, la CLC evalúa el impacto de una operación de concentración en la competencia. Si la autoridad identifica posibles efectos restrictivos en los mercados involucrados, procede a la fase 2 del procedimiento. En caso contrario, otorga la autorización para la operación de concentración en la fase inicial.

Durante la fase 2, la agencia examina con mayor detalle los posibles efectos restrictivos y las posibles eficiencias derivadas de la operación de concentración. Como resultado

¹⁵ Confróntese con el fundamento 47 de la Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI.

¹⁶ Confróntese con el fundamento 49 de la Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI.

¹⁷ **Ley 31112**

“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

PRIMERA. Derogación de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antiligopolio del Sector Eléctrico

Derógase la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antiligopolio del Sector Eléctrico, con la entrada en vigencia de la presente ley, con excepción del artículo 13, que modifica el artículo 122 del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.”

de este análisis, la CLC puede optar por: (i) autorizar la operación de concentración; (ii) autorizar la operación de concentración bajo ciertas condiciones; o (iii) denegar la autorización para la operación de concentración.

La LCCE también cuenta con su reglamento, el cual fue aprobado mediante el Decreto Supremo 039-2021-PCM. En él se detallan aspectos como las reglas para el cálculo de umbrales, el procedimiento administrativo de solicitud simplificada, el procedimiento de oficio, la notificación voluntaria, entre otros.

Con relación al análisis que debe conducir la agencia de competencia, en el inciso 1 del artículo 7 de la LCCE se dispone que la evaluación de los efectos de la operación es conducida para identificar si se produce una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados. Con relación a los alcances del término “restricción significativa de la competencia”, Alliende apunta que es similar al *significant impediment to effective competition*, que se aplica como estándar de evaluación en la norma europea (2020: 286).

En el documento “Lineamientos para la calificación y análisis de las operaciones de concentración” (en adelante, los Lineamientos), se presentan directivas dirigidas a orientar a los agentes económicos respecto a dos tópicos relevantes para la aplicación de la LCCE: (i) cómo evaluar si una operación califica como acto de concentración, y, (ii) los elementos a considerarse para la evaluación de los riesgos de la operación. La que es de interés para nuestra investigación es la segunda.

El documento señala que la autoridad proyectará un escenario contrafactual en la que se compare el escenario de competencia actual, con el que existiría de concretarse la operación. Para ello, la CLC considerará en su indagación los factores listados en el artículo 7.2 de la LCCE¹⁸.

Nótese los Lineamientos proponen primero identificar los mercados involucrados, a partir de sus dimensiones: el mercado de producto y el mercado geográfico¹⁹. Por una razón metodológica, la autoridad opta por diferenciar los efectos de las operaciones de concentración horizontales, de las no horizontales (i.e. verticales y de conglomerado).

Con relación a los efectos de las operaciones de concentración horizontales, se hace énfasis en que el riesgo en este tipo de concentraciones se puede manifestar a mediante la pérdida de competencia actual, potencial y dinámica. Sobre la pérdida de competencia potencial, esta puede implicar la pérdida de un agente económico que es percibido como un entrante potencial por las firmas incumbentes, o que se prive el ingreso al mercado un agente objetivamente probable en un futuro, pese a la falta de convicción de las incumbentes²⁰.

Con relación a la pérdida de competencia dinámica, esta se entiende como aquel escenario en el que una empresa adquiere a un competidor con proyección de crecimiento²¹.

La tipología de efectos consiste en: unilaterales (no coordinados) y coordinados. Con relación a los primeros, la operación puede otorgar a la entidad resultante la habilidad e incentivos para ejercer un poder de mercado de forma unilateral, y de esta manera, incrementar los precios o afectar otras variables, tales como cantidad, variedad de

¹⁸ Véase la página 31 de los Lineamientos.

¹⁹ Véase la página 32 de los Lineamientos.

²⁰ Véase la página 44 de los Lineamientos.

²¹ *Ibid.*

productos y ritmo de innovación. Adicionalmente, la autoridad tomará en consideración si el mercado involucrado posee productos diferenciados, homogéneos, de negociación o de innovación²².

Por otro lado, los efectos coordinados son aquellos que pueden facilitar la coordinación entre competidores. Así, la autoridad valorará si las condiciones del mercado son propicias para la coordinación en los mercados relevantes, así como la capacidad y los incentivos que tendrían los agentes involucrados para coordinar²³.

En conclusión, la política de competencia tiene como objetivo fundamental restringir el ejercicio del poder de mercado por parte de las empresas, especialmente cuando dicho poder podría tener un impacto significativo en el bienestar general de la sociedad. Este poder de mercado se refiere a la capacidad que posee una empresa para establecer sus precios por encima de sus costos marginales.

Las normas de control de concentraciones empresariales están diseñadas para prevenir la creación de situaciones en las cuales la estructura de mercado resultante permitiría a una entidad concentrada ejercer su poder de mercado en detrimento del bienestar social. Es importante destacar que el estándar de evaluación de los efectos de las concentraciones, según lo establecido en la LASE y la LCEE, no difiere significativamente de aquel aplicado en el Derecho Antitrust o el Derecho de la Competencia Europeo.

En este contexto, se ha alcanzado un consenso en relación con la clasificación y tratamiento de los efectos negativos que puede generar una concentración horizontal. Este acuerdo refleja la preocupación compartida por abordar de manera efectiva cualquier impacto adverso que dichas concentraciones puedan tener en la competencia y, por ende, en el bienestar general de la sociedad.

²² Véase las páginas 44 y 45 de los Lineamientos.

²³ Véase la página 45 de los Lineamientos.

V. Problema jurídico 1: ¿La CLC evaluó de forma adecuada la independencia del COES como un riesgo a la competencia?

5.1. El COES dentro del marco regulatorio del sector eléctrico peruano

Los agentes económicos que concurren en el mercado del sector eléctrico pueden dedicarse a dos funciones: a) físicas y b) comerciales. Dentro de las físicas tenemos a las actividades de generación, transmisión, operación del sistema y distribución. Por otro lado, las comerciales consisten en las ventas en el mercado mayorista – ventas de las generadoras a los distribuidores o comercializadoras – y las ventas a los consumidores finales (Dammert, García y Molinelli 2008: 68).

El siguiente gráfico ilustra la organización industrial de la industria eléctrica:

Gráfico 2.1. Actividades físicas involucradas en la provisión de electricidad

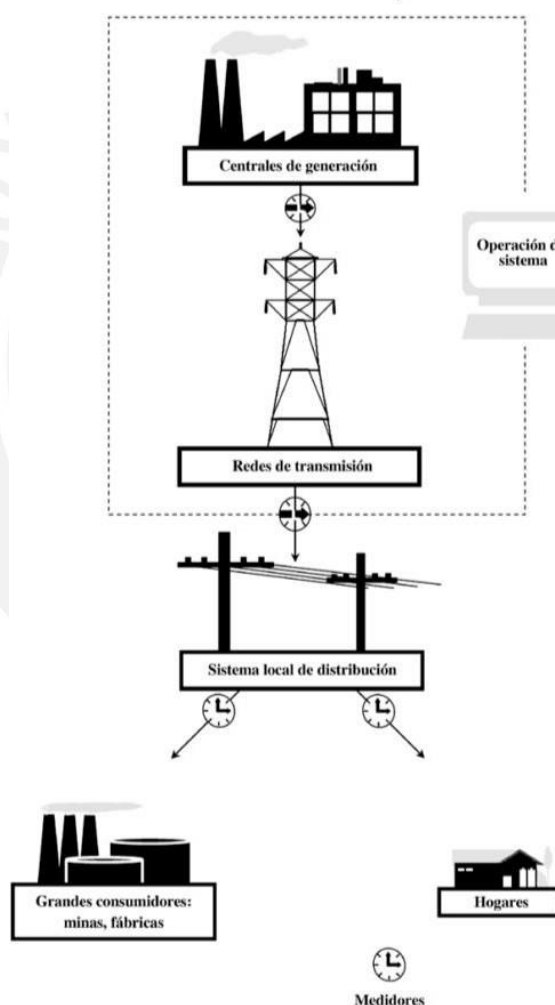


Gráfico extraído de la página 62 del libro Regulación y supervisión del sector eléctrico

Respecto al marco regulatorio que gobierna las actividades antes descritas, en el Perú, a partir de los años noventa, se optó por privatizar empresas que antes pertenecían al Estado. En ese sentido, a efectos controlar el poder de mercado de las recientemente privatizadas, así como garantizar la eficiencia económica en beneficio de los usuarios, se emitieron distintos dispositivos normativos.

Estos cambios se pueden resumir en la apuesta por liberalizar el sector eléctrico para pasar, de un modelo con una importante participación estatal, a uno en el que el Estado participara a través de la regulación, promoviendo el ingreso de agentes privados a las distintas actividades (Cairampoma y Villegas 2018: 24)

De acuerdo con el OSINERGMIN, mediante el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, se establecieron los lineamientos generales para la regulación del sector (2016: 120). Asimismo, su desarrollo también ha sido extendido mediante su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 009-93-EM.

Otro grupo de normas, que el regulador de energía considera como normas específicas, son la LASE, la Ley 28832 – Ley de Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica -, y el Decreto Supremo 1002 – Promoción del Desarrollo de Energía Eléctrica mediante Recursos Renovables- (OSINERGMIN 2016: 120)

Cabe destacar que las principales entidades estatales del marco institucional del sector eléctrico son el MINEM y el OSINERGMIN. El primero es el órgano rector del sector, cuya función es formular y evaluar la política general y los planes del gobierno, mientras que el segundo, es el ente encargado de regular, supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de las empresas del sector (OSINERGMIN 2016: 122)

En ese orden ideas, este nuevo modelo requería de un enfoque que solucionara los obstáculos inherentes a la industria. Así, se estimó necesaria la creación de un operador que pueda coordinar en tiempo real las actividades de generación, transporte y distribución (Cairampoma y Villegas 2018: 24). En ese contexto, una correcta gestión de los sistemas interconectados era imperativa.

De acuerdo con Santivañez, un sistema interconectado:

“... puede ser descrito como una gran red que integra empresas de generación, de transmisión, de distribución y clientes libres, mediante la cual se realiza el intercambio y transporte (sistemas de transmisión) de electricidad desde los puntos de producción o inyección (centrales de generación) hasta los puntos de consumo o retiro (sistemas de distribución y clientes libres). El cuerpo principal de dicha red está compuesto por los sistemas de transmisión, los cuales comprenden líneas de transmisión y subestaciones que interconectan las centrales de generación (puntos de inyección de electricidad) con los sistemas de distribución y los clientes libres (puntos de retiro de electricidad).”
(1998: 112)

Así las cosas, el hecho de que ahora las tres actividades más importantes puedan ser realizadas por agentes económicos diferentes, hacía imprescindible otorgarle a una entidad las herramientas necesarias para que pueda gestionar una adecuada coordinación.

Esta tarea le fue encargada a los denominados Comités de Operación Económica del Sistema, también conocidos como centros de despacho. La gestión de los centros de despacho depende del modelo adoptado, los cuales pueden ser: a) directorio con representación de diferentes agentes del mercado, b) directorio sin representación de agentes del mercado, c) directorio conformado por un único tipo de agente de mercado, y d) directorio conformado por un único tipo de agente del mercado (ST-CLC 2000: 11-13).

a. El COES en el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas

En el Perú se constituyeron dos COES: el del Sistema Interconectado Centro Norte (SICN) y el del Sistema Interconectado Sur (SUR) (Cáceres 2001: 359). Posteriormente, fue emitido el Decreto Supremo 017-2000-EM, mediante el cual se ordenó a estas dos entidades realizar las acciones necesarias para conectar físicamente ambos sistemas, así como facilitar la coordinación en tiempo real²⁴, lo que devino en la creación del Sistema Interconectado Nacional, y un único COES.

El entonces artículo 39 del Decreto Ley 25844 establecía que los titulares de las centrales de generación y de sistemas de transmisión, cuyas instalaciones encontraran interconectadas, conformen un organismo técnico denominado COES, cuya finalidad sea la de coordinar su operación al mínimo costo²⁵.

Las funciones básicas previstas para el COES eran: "(i) operar el sistema interconectado al mínimo costo; (ii) coordinar la operación en tiempo real; (iii) coordinar los mantenimientos de las centrales de generación y líneas de transmisión; (iv) determinar los costos marginales de la energía y potencia; y, (v) valorizar las ventas y compras de la energía y potencia de los generadores en un esquema que puede asimilarse a una bolsa de electricidad." (Cáceres 2001: 361).

De acuerdo con el artículo 81 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo 009-93-EM, el COES estaría integrado por empresa generadoras y las entidades titulares del Sistema Principal de Transmisión²⁶.

Asimismo, el artículo 84 del citado dispositivo reglamentario, establece que el organismo se encuentra constituido por una Asamblea, un Directorio y una Dirección de Operaciones²⁷. Nótese que el artículo 85 señala que, en cuanto lo que no esté previsto como competencia de la Asamblea, el Directorio es el máximo órgano de decisión del COES, y se encuentra conformado por nueve miembros. De estos nueve, ocho son designados por los integrantes de generación, y, el restante, por los de transmisión²⁸.

²⁴ **Decreto Supremo 017-2000-EM**

"DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- Corresponde a los actuales Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Centro Norte y Sur, coordinar la adopción de medidas pertinentes para la operación del Comité de Operación Económica del Sistema - COES – del Sistema Interconectado Nacional - SINAC, así como adoptar las medidas necesarias para lograr la interconexión física de ambos sistemas y facilitar la coordinación en tiempo real, a efectos de alcanzar los objetivos previstos en el Artículo 39° del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas. (...)"

²⁵ **Decreto Ley 25844**

"Artículo 39.- Los titulares de las centrales de generación y de sistemas de transmisión, cuyas instalaciones se encuentren interconectadas conformarán un organismo técnico denominado Comité de Operación Económica del Sistema (COES) con la finalidad de coordinar su operación al mínimo costo, garantizando la seguridad del abastecimiento de energía eléctrica y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos. Para tal efecto, la operación de las centrales de generación y de los sistemas de transmisión se sujetarán a las disposiciones de este Comité."

²⁶ **Decreto Supremo 009-93-EM**

"Artículo 81°.- Cada COES estará integrado obligatoriamente por:

a) Entidades cuya potencia efectiva de generación sea superior al 1% de la potencia efectiva de generación del sistema interconectado y comercialicen más del 15% de su energía producida; y,

b) Entidades titulares del Sistema Principal de Transmisión.

Las entidades cuya potencia efectiva de generación sea inferior al límite establecido en el inciso a) del presente artículo e igual o superior a 1000 kW, podrán integrar el COES, a su elección, con los mismos derechos y obligaciones que el resto de integrantes."

²⁷ **Decreto Supremo 009-93-EM**

"Artículo 84°.- El COES está constituido por una Asamblea, un Directorio y una Dirección de Operaciones. El funcionamiento del COES será regulado por un Estatuto, el cual será puesto en conocimiento de la Dirección y de la Comisión.

(...)"

²⁸ **Decreto Supremo 009-93-EM**

b. El COES en la Ley 28832

La Ley 28832 trajo consigo innovaciones para el funcionamiento del COES. Así, la única disposición complementaria derogatoria, valga la redundancia, derogó los artículos 39, 40 y 41 de la Ley de Concesiones Eléctricas, que regían la composición y funcionamiento del COES.

En complemento con lo anterior, el Decreto Supremo 027-2008-EM, que aprueba el Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema (COES), dispuso derogar los artículos del 80 al 91 y del 117 al 121 del Título IV del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM.

En este contexto, resulta claro que las autoridades dispusieron un cambio para con la gestión del COES. A continuación, expondremos algunas modificaciones en su funcionamiento y estructura.

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 28832, el COES tiene como finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, y es un organismo privado, sin fines de lucro y con personería jurídica de Derecho Público, el cual se encuentra conformado por todos los agentes del SEIN²⁹. De esta manera, se transita hacia un modelo en el cual la mayor cantidad de agentes económicos puedan participar, y no solo las generadoras.

Otro cambio importante es la conformación en la Asamblea. El artículo 16.2 de la Ley 28832 dispone que este órgano de decisión se encuentra integrado por todos los agentes del SEIN agrupados en los subcomités de generadores, distribuidores, transmisores y usuarios libres³⁰.

La toma de decisiones al interior de este órgano también es modificada, ya que, con esta nueva estructura, las decisiones de la Asamblea se validarán mediante la obtención de un puntaje superior al 66,7% del máximo posible en cada votación. El puntaje total a favor de una decisión específica se calculará sumando los puntajes a favor de todos los subcomités. El puntaje de cada subcomité se determinará dividiendo el número de sus miembros que votaron a favor de la decisión por el total de integrantes que lo componen³¹.

La composición actual del COES se encuentra conformada de la siguiente manera:

"Artículo 85°.- El Directorio, en los aspectos no previstos como funciones de la Asamblea de Integrantes señaladas en el artículo anterior, es el máximo órgano de decisión del COES y es responsable de velar por el cumplimiento de las disposiciones que le señalan la Ley, el Reglamento, las Normas Técnicas, las demás disposiciones complementarias y el Estatuto del COES. El Directorio será elegido por los representantes de cada integrante, por un período de un año y estará conformado por nueve (9) miembros, ocho (8) de los cuales serán designados por los integrantes de generación y uno (1) por los integrantes de transmisión."

²⁹ **Ley 28832**

"Artículo 12°.- Naturaleza del COES

12.1 El COES tiene por finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN y administrar el Mercado de Corto Plazo.

12.2 El COES es una entidad privada, sin fines de lucro y con personería de Derecho Público. Está conformado por todos los Agentes del SEIN y sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por los Agentes."

³⁰ **Ley 28832**

"16.2 La Asamblea está integrada por los Agentes del SEIN, agrupados en cuatro subcomités: uno de Generadores, uno de Distribuidores, uno de Transmisores y uno de Usuarios Libres."

³¹ **Ley 28832**

"16.3 Los acuerdos de la Asamblea, para cada decisión, se adoptan cuando se alcance en la votación un puntaje superior al 66,7% del puntaje máximo total. El puntaje total a favor de una determinada decisión resulta de sumar el puntaje a favor de todos los subcomités. El puntaje de cada subcomité será igual al cociente del número de sus integrantes que votó a favor de una determinada decisión, entre el número total de los integrantes que lo conforman."

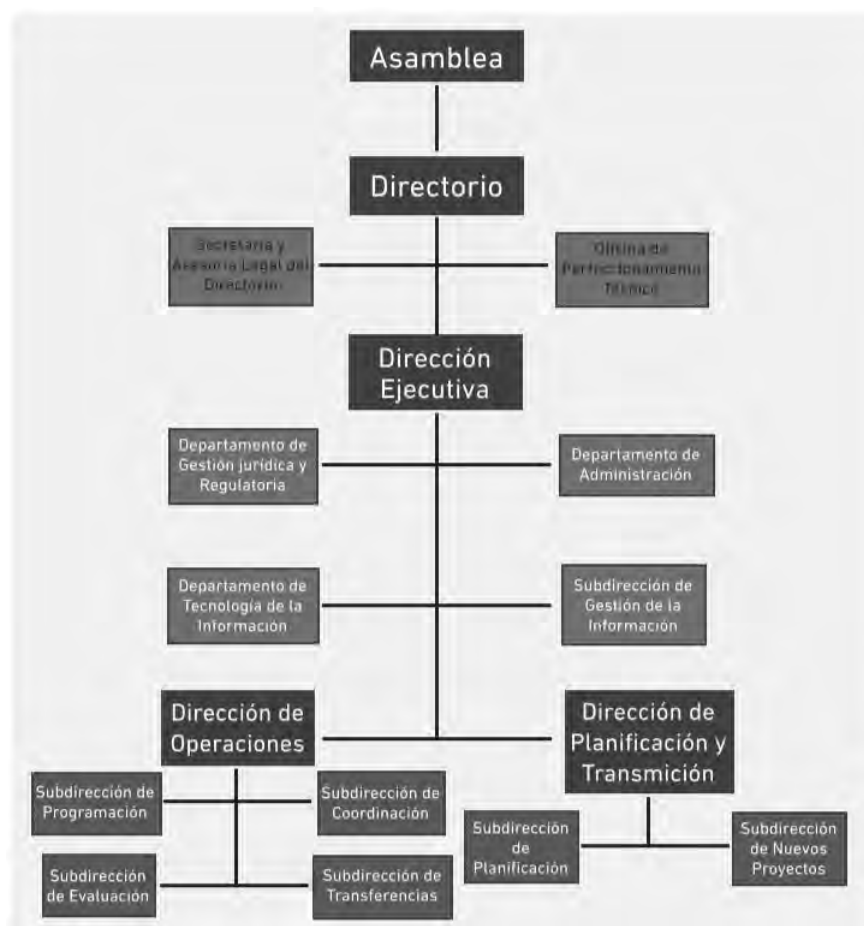


Gráfico extraído de la página 37 del artículo “Los alcances jurídicos del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional del Perú”

Finalmente, del marco normativo se desprende que el COES cuenta con actividades que involucran actos de autoridad y decisiones que los operadores deben cumplir, para garantizar el suministro y seguridad del sistema (Cairampoma y Villegas 2018: 36).

5.2. El COES desde las normas de competencia peruanas: Comentarios desde la Ley 26876, Decreto Legislativo 701 y la Ley 31112

a. La falta de independencia del COES como restricción a la competencia: Una revisión de la jurisprudencia del INDECOPI bajo la LASE

La preocupación, por parte de la agencia de competencia, respecto a la independencia del COES ha sido una recurrente. De la revisión de la jurisprudencia administrativa, se han encontrado las siguientes decisiones que la evalúan:

- *Resolución 012-99-INDECOPI/CLC*

En este pronunciamiento, la CLC sostuvo que la importancia del COES radica en la fijación de parámetros que sirven para la determinación de los programas de despacho, lo cuales se adoptan mediante acuerdos mayoritarios al interior del COES. Sobre el particular, la autoridad recogió la opinión de la Comisión de Tarifas, que consistía en

evitar que el Directorio de la entidad adoptara decisiones que respondieran a un interés particular en perjuicio del funcionamiento de sistema en general³².

Además, indican que, si bien la alteración del despacho es posible a través de la alteración de ciertos parámetros, su probabilidad de ocurrencia es muy baja. Pese a lo anterior, la autoridad consideró que la mera posibilidad justifica la limitación del ejercicio de su derecho de voto dentro del Directorio o los Comités Técnicos del COES, hasta la constitución del nuevo³³.

Nótese que, en esa ocasión, la concentrada habría pasado a tener 3 votos de un total de 9 en el Directorio, y de 11 en los Comités Técnicos del COES-SICN³⁴, por lo que, al no existir otros bloques con igual número de votos, el Grupo Endesa estaría en la capacidad de afectar a su favor las decisiones que se adopten en el COES³⁵.

Así, resolvió sujetar la autorización de la concentración a que una de las tres empresas que integrarían al nuevo agente económico, en forma indistinta, *vote absteniéndose en todas las decisiones que requieran de votación dentro del Directorio como de los Comités Técnicos que conforman el COES-SICN, hasta la fecha en que, como producto de la interconexión de los sistemas SICN y SIS, se conforme un único COES a nivel nacional*³⁶.

Finalmente, llama la atención lo indicado por los comisionados sobre la naturaleza del COES, al afirmar que no es un mercado y resaltar su sujeción a lo dispuesto en la regulación sectorial:

“54. Por lo anterior, es claro que el COES no constituye en sí mismo un mercado propiamente dicho, ya que como hemos visto, los generadores no ofertan la producción ni el precio de la energía que están dispuestos a despachar, como sí ocurriría en un mercado. Por el contrario, el COES determina a través de procedimientos reglamentados en la Ley de Concesión Eléctricas, cuánta energía debe despachar cada central y a partir de allí se determina el Costo Marginal de operación del sistema.”

[Énfasis agregado]

▪ Resolución 030-2001-INDECOPI/CLC

En esta decisión, la CLC aprobó sin condiciones una concentración entre empresas dedicadas a la generación eléctrica. La autoridad identificó tres mercados relevantes: (i) transacciones entre generadores al interior del COES, (ii) ventas de generadores a distribuidores; y, (iii) ventas de generadores y distribuidores al mercado de clientes libres³⁷.

La preocupación relativa a la independencia del COES fue evaluada como un efecto en el mercado (i). En específico, la agencia de competencia sostuvo que la operación no afectaba la estructura interna de los órganos de decisión del COES por dos motivos. El primero consistía en el derecho a impugnar las decisiones de la Dirección de

³² Confróntese con el párrafo 65 de la Resolución 012-99-INDECOPI/CLC.

³³ Confróntese con el párrafo 67 de la Resolución 012-99-INDECOPI/CLC.

³⁴ Confróntese con el párrafo 63 de la Resolución 012-99-INDECOPI/CLC.

³⁵ Confróntese con el párrafo 66 de la Resolución 012-99-INDECOPI/CLC.

³⁶ Confróntese con el primer artículo resolutivo de la Resolución 012-99-INDECOPI/CLC.

³⁷ Confróntese con el párrafo 25 de la Resolución 030-2001-INDECOPI/CLC.

Operaciones y/o el Directorio que poseían el resto de integrantes³⁸. En segundo lugar, la normativa vigente impedía que un grupo económico pueda designar a cinco de los nueve directores, ya que la Ley de Concesiones Eléctrica limitaba a dos el número de directores que un grupo podía elegir. En consecuencia, ningún conglomerado podría tener mayoría en las decisiones del Directorio³⁹.

▪ *Resolución 016-2002-INDECOPI/CLC*

En este pronunciamiento, la CLC aprobó sin condiciones la solicitud de autorización presentada por ISA para la adquisición de las concesiones de las empresas ETECEN-ETESUR. En específico, ISA adquiriría las redes de distribución de energía que conformarían tales empresas⁴⁰. La agencia definió como mercado relevante al servicio de transmisión de energía en el SEIN, el cual estaría constituido por el conjunto de líneas de alta tensión y subestaciones, a nivel nacional, las cuales permiten el transporte de energía eléctrica desde las generadoras hacia las empresas de distribución y consumidores finales⁴¹.

Para la evaluación de los efectos, la autoridad dividió en su análisis en las siguientes secciones: a) efectos sobre regulación tarifaria, b) efectos sobre el acceso a las redes de transmisión, c) efectos sobre la calidad del servicio de transmisión, d) efectos sobre la competencia en el mercado eléctrico, e) efectos sobre la conformación y toma de decisiones al interior del COES, y f) efectos de la interconexión eléctrica regional entre Perú – Ecuador.

Respecto a la conformación y toma de decisiones al interior del COES, la CLC consideró que el artículo 85 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, así como el Estatuto del COES-SINAC, establecía que el Directorio, máximo órgano de decisión, se encontraba conformado por nueve miembros. De estos nueve, ocho eran designados por las generadoras integrantes del COES, mientras que el restante, por las empresas del sistema de transmisión principal. Además, se enfatiza que la designación del único representante de las transmisoras sea en forma rotativa y anual, otorgando prioridad a aquella que ostente el mayor número de líneas⁴².

En virtud de lo anterior, la agencia concluye que, en virtud de que las transmisoras mantienen una participación mínima en las votaciones del Directorio, no estarían en la posibilidad de influenciar las decisiones del COES por no contar con una mayoría absoluta. Finalmente, agrega que la elección de los representantes es rotativa, por lo que se aseguraría una “participación equitativa de cada empresa transmisora sin importar su tamaño o participación de mercado”⁴³.

▪ *Resolución 20-2002-INDECOPI/CLC*

En este pronunciamiento, la CLC aprobó sin condiciones la adquisición, por parte de Tractebel S.A., de las empresas de generación de electricidad Empresa Generadora del Arequipa S.A. y Empresa Generadora del Sur S.A.

En su análisis, los comisionados resaltaron la necesidad de definir un mercado relevante para la evaluación de los efectos de la concentración. En el citado pronunciamiento, los mercados definidos fueron: a) transacciones entre generadores al interior del COES; b)

³⁸ Confróntese con el párrafo 58 de la Resolución 030-2001-INDECOPI/CLC.

³⁹ Confróntese con el párrafo 59 y 60 de la Resolución 030-2001-INDECOPI/CLC.

⁴⁰ Confróntese con el párrafo 21 de la Resolución 016-2002-INDECOPI/CLC.

⁴¹ Confróntese con la sección 3.2. de la Resolución 016-2002-INDECOPI/CLC.

⁴² Confróntese con el párrafo 54 de la Resolución 016-2002-INDECOPI/CLC.

⁴³ Confróntese con el párrafo 55 de la Resolución 20-2002-INDECOPI/CLC.

ventas de generadores a distribuidores; y, c) ventas de generadores y distribuidores al mercado de clientes libres.

Respecto a la independencia del COES como preocupación a la competencia, este punto fue analizado como posible efecto en el primer mercado relevante. Así, a la falta de dependencia del COES podría tener como consecuencia la promoción y/o creación de condiciones que pudieran afectar el normal desenvolvimiento de las transacciones entre generadoras en su interior⁴⁴.

Para que el escenario antes descrito pueda suceder, la agencia de competencia sostuvo que la operación debería otorgar a Tractebel S.A. la posibilidad de controlar los órganos de decisión del COES⁴⁵. No obstante, lo anterior no era factible por dos argumentos. En primer lugar, los integrantes del COES poseían el derecho a impugnar las decisiones adoptadas por la Dirección de Operaciones y/o el Directorio, de ahí que aún en el caso en que la operación derivara en el control total de los órganos de decisión, el resto de integrantes podría cuestionarlas⁴⁶.

En segundo lugar, de acuerdo con la normativa vigente en ese entonces, los integrantes de generación deben elegir a ocho directores de un total de nueve, por lo que para obtener el control de Directorio se debería contar con al menos cinco directores para obtener la mayoría simple requerida para la mayoría de decisiones sujetas a voto⁴⁷.

Aunado a lo anterior, la Ley de Concesiones Eléctricas limita a dos el número de directores que un grupo económico puede nombrar. En consecuencia, resultaría imposible que un agente tenga mayoría en las decisiones al interior del Directorio⁴⁸.

▪ *Resolución 003-2006-INDECOPI/CLC*

En este pronunciamiento, la CLC aprobó sin condiciones la adquisición de Duke Energy Corporation, en virtud de la cual pasaría a controlar a la empresa Aguaytia Energy, LLC, y a través de ésta a la empresa Aguaytía Energy del Perú S.R.L. Ltda. y a sus subsidiarias Eteselva S.R.L. y Termoselva S.R.L.

La agencia de competencia dividió su examen de efectos de la siguiente manera: a) las transacciones al interior del COES; b) transacciones en el mercado regulado; c) transacciones en el mercado de clientes libres; y, d) integración vertical. La sección que es de interés para nuestra investigación es la primera.

La sección objeto de comentario se dividió en: a) la toma de decisiones al interior del COES; y, b) probables efectos anticompetitivos en los despachos al interior del COES. En el primer apartado, la CLC aprecia el funcionamiento de tres órganos de funcionamiento: la Asamblea, el Directorio y la Dirección de Operaciones⁴⁹.

Respecto a la Asamblea, y de acuerdo con el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, esta tendría como funciones: (i) la aprobación y/o modificación de los Estatutos del COES; (ii) la designación de los miembros del Directorio; y, (iii) la aprobación del presupuesto anual y los estados financieros del COES⁵⁰. Para la toma de decisiones en los puntos (i) y (iii) cada integrante tiene derecho a un voto⁵¹.

⁴⁴ Confróntese con el párrafo 58 de la Resolución 20-2002-INDECOPI/CLC.

⁴⁵ Confróntese con el párrafo 59 de la Resolución 20-2002-INDECOPI/CLC.

⁴⁶ Confróntese con el párrafo 61 de la Resolución 20-2002-INDECOPI/CLC.

⁴⁷ Confróntese con el párrafo 62 de la Resolución 20-2002-INDECOPI/CLC.

⁴⁸ Confróntese con el párrafo 63 de la Resolución 20-2002-INDECOPI/CLC.

⁴⁹ Confróntese con el párrafo 23 de la Resolución 003-2006-INDECOPI/CLC.

⁵⁰ Confróntese con el párrafo 25 de la Resolución 003-2006-INDECOPI/CLC.

⁵¹ Confróntese con el párrafo 26 de la Resolución 003-2006-INDECOPI/CLC.

En contraste, para la elección de los directores, la regla de votación varía. Así, para la elección de los ocho directores designados por las generadoras, cada empresa tendrá derecho a tantos votos como el número entero de MW⁵² de potencia efectiva tenga su parque generador multiplicado por ocho. Asimismo, cada votante puede acumular sus votos a favor de una o dos candidaturas. Nótese que los grupos económicos son considerados como un solo votante⁵³.

Caso distinto resulta la elección del único director de transmisión, puesto que el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que su elección será realizada de forma rotativa, y anual, entre ellos. El Estatuto de la institución dispone que el transmisor que cuenta con el mayor número de kilómetros de líneas de transmisión calificadas como parte del Sistema Principal de Transmisión, le corresponde nombrar al primer director, y así sucesivamente⁵⁴.

Como se puede advertir, la injerencia en la toma de decisiones de los órganos de decisión del COES varía conforme al sistema de votación antes descrito. En ese sentido, la preocupación referida a la elección de directores fue abordada de la siguiente manera.

En primer lugar, es necesario ilustrar el mecanismo de votación de los directores representantes de las generadoras:

Cuadro N° 2
Empresas generadoras integrantes del COES – SINAC

Empresa ¹⁵	Potencia Efectiva (MW)	Control	Votos
Egasa	319	Estado	12 048
Egema	98		
Egesur	60		
Electroperú	908		
San Gabán	121		
Edegel	988	Endesa	11 506
Pesa	142		
Etevensa	315		
Electroandes	172	PSEG	1 376
Enersur	364	Suez ¹⁶	3 984
Yuncán	134		
Egenor	529	Duke	4 232
Termoselva	165	Duke y Maple	1 320
Shougesa	66	Shougang	528
Cahua ¹⁷	109	Nordic Skansa	872

Fuente: OSINERG
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

De esta manera, luego de la operación, el Grupo Duke pasaría de tener 4232 a 5552 votos para la elección de directores de generación. Sin embargo, su poder de influencia seguiría siendo limitado, en la medida que las empresas del Estado y de Endesa superarían al Grupo Duke en 6496 y 5954, respectivamente. No obstante, si se aprecia una ventaja frente al cuarto grupo económico en importancia, el grupo Suez, por unos 1568 votos⁵⁵.

Sin embargo, esta situación no implicaría un cambio, en la medida que el Grupo Duke, en virtud del artículo 85 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, solo puede elegir como máximo a dos directores⁵⁶.

Por otro lado, y con relación a otras decisiones distintas a la elección de directores, el sistema de votación quedaría compuesto de la siguiente manera:

⁵² Siglas de Megawatts.

⁵³ Confróntese con el párrafo 29 de la Resolución 003-2006-INDECOPI/CLC.

⁵⁴ Confróntese con el párrafo 29 de la Resolución 003-2006-INDECOPI/CLC.

⁵⁵ Confróntese con el párrafo 32 de la Resolución 003-2006-INDECOPI/CLC.

⁵⁶ Confróntese con el párrafo 33 de la Resolución 003-2006-INDECOPI/CLC.

Cuadro N° 4
Distribución de votos en la Asamblea del COES – SINAC

Grupo	Generadora	Votos por empresa	Votos por grupo	
			Antes	Después
PSEG	Electroandes	1	1	1
Estado Peruano	Electroperú	1	5	5
	Egasa	1		
	Egamsa	1		
	Egesur	1		
	San Gabán	1		
Endesa	Edegel	1	3	3
	Pesa	1		
	Etevensa	1		
Suez	Enersur	1	1	1
Duke	Egenor	1	1	3
Maple, Duke y otros	Termoselva	1	2	
	Eteselva	1		
Nordic Skansa	Cahua	1	1	1
Shougesa	Shougesa	1	1	1
Consorcio Transmantaro	Transmantaro	1	1	1
ISA	Isaperu	1	2	2
	Repsa	1		
Abengoa-Perú, Cobra Perú y otros	Redesur	1	1	1

Fuente: Informe de Apoyo Consultoría, OSINERG y página web del COES – SINAC
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Ahora, si bien es cierto que la entidad concentrada tendría el mismo poder de votación que el Grupo Endesa, segundo en importancia, no se toma en consideración la posible entrada de nuevas empresas de generación, por lo cual se diluye el poder de votación del Grupo Duke y, en general, de cualquier otro grupo económico⁵⁷.

▪ **Resolución 26-2006-INDECOPI/CLC**

En este pronunciamiento la CLC autorizó sin condiciones la absorción de la Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla S.A. por parte de Edegel S.A.A.

La operación fue analizada por medio de las siguientes secciones: a) las decisiones al interior del COES, b) el mercado de clientes regulados, c) el mercado de clientes libres, y d) las inversiones del sector eléctrico. Solo la primera es de interés para nuestra investigación.

Sobre el particular, destacan que los órganos de gobierno del COES son: la Asamblea, el Directorio y la Dirección de Operaciones. Así, conforme al artículo 84 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, la Asamblea tiene tres funciones: (i) la aprobación y/o modificación de los Estatutos del COES; (ii) la designación de los miembros del Directorio; y (iii) la aprobación del presupuesto anual y los estados financieros del COES⁵⁸.

Respecto a los ítems (i) y (iii), cada integrante del COES tiene derecho a un solo voto. Para el ítem (i), se requiere del voto favorable de más de la mitad de los integrantes del COES. Por otro lado, para el ítem (iii) solo el voto aprobatorio de más de a mitad de los representantes de los integrantes concurrentes a la sesión⁵⁹.

La forma de votación del ítem (ii) ya ha sido descrita en la exposición de la viñeta previa. De esta manera, los votos para la elección del Directorio se ejecutarían como sigue:

⁵⁷ Confróntese con el párrafo 36 y 37 de la Resolución 003-2006-INDECOPI/CLC.

⁵⁸ Confróntese con el párrafo 25 de la Resolución 026-2006-INDECOPI/CLC.

⁵⁹ Confróntese con el párrafo 27 de la Resolución 026-2006-INDECOPI/CLC.

Cuadro N° 2
Potencia efectiva del sistema interconectado nacional y
votos asignables para la elección de Directores
Año 2005

	Integrantes (generadores)	Potencia (MW)	8 x Potencia	Votos Asignables
Grupo Económico "A"	EGASA	319	2552	
	EGEMSA	97	776	
	SAN GABÁN	121	968	
	EGESUR	60	480	
	ELECTROPERU	883	7064	
Total Grupo A				11840
Grupo Económico "B"	EDEGEL	986	7888	
	ETEVENSA	308	2464	
	EEPSA	141	1128	
Total Grupo B				11480
	EGENOR	533	4264	4264
	SHOUGESA	65	520	520
	TERMOSELVA	165	1320	1320
	CAHUA	115	920	920
	ENERSUR	363	2904	2904
	ELECTROANDES	171	1368	1368
Total SINAC		4327	34616	34616

Fuente y elaboración: COES - SINAC

Así, la agencia de competencia concluyó que la concentración no alteraría la situación de las empresas notificantes para la elección de los directores⁶⁰. Además, en lo que concierne a las otras materias, la entidad concentrada pasaría de tener derecho a dos votos, en vez de tres⁶¹.

▪ *Resolución 007-2014-INDECOPI/CLC*

En este pronunciamiento, se autorizó sin condiciones la adquisición de la Central Térmica Las Flores, de propiedad de Duke Energy Egenor Sociedad en Comandita por Acciones, por parte de Kallpa Generación S.A.

Sobre el particular, la CLC consideró como mercados relevantes a: a) el mercado de clientes regulados, puesto que las empresas generadoras venden energía a empresas distribuidoras a través de licitaciones, b) mercado de clientes libres, a través del cual una generadora vende energía a clientes libres mediante negociaciones bilaterales, y c) la venta de energía entre empresas generadoras a través del COES, también conocido como mercado spot.

Pese a que no fue definido un mercado relevante, la CLC estimó necesario evaluar, de forma adicional a los mercados eléctricos, la independencia del COES en razón a su importancia para el funcionamiento del sistema eléctrico.

En ese sentido, sostuvo que, si bien la adquisición de un activo productivo no alteraría el número de integrantes del COES, era necesario evaluar cómo eran adoptadas las decisiones de los órganos de gobierno (i.e. la Asamblea, el Directorio y la Dirección Ejecutiva), así como el Subcomité de Generadores⁶².

Con relación a la injerencia en la Asamblea, la CLC sostuvo que la toma de decisiones depende del número de integrantes, y que la normativa vigente impide que ningún integrante o subcomité pueda ejercer una influencia preponderante, la operación no alteraría la independencia en la toma de decisiones a nivel de la Asamblea⁶³. Por otro

⁶⁰ Confróntese con el párrafo 34 de la Resolución 026-2006-INDECOPI/CLC.

⁶¹ Confróntese con el párrafo 35 de la Resolución 026-2006-INDECOPI/CLC.

⁶² Confróntese con el párrafo 79 de la Resolución 007-2014-INDECOPI/CLC.

⁶³ Confróntese con el párrafo 81 de la Resolución 007-2014-INDECOPI/CLC.

lado, a nivel del Directorio, tampoco se apreciaría la obtención de una injerencia exclusiva⁶⁴.

Respecto a la injerencia en la Dirección Ejecutiva, esta se encontraría conformada por la Dirección de Operaciones y la Dirección de Planificación de Transmisión. El director ejecutivo sería electo por el Directorio, y estaría encargado de representar al COES ante autoridades, proponer modificaciones al Estatuto, elaborar y proponer al Directorio el presupuesto del COES; así como las funciones operativas de coordinar la operación segura y de calidad en tiempo real del SEIN y administrar el mercado a corto plazo, entre otros⁶⁵. La autoridad consideró que la actuación del director ejecutivo pasa por la aprobación de otros órganos de gobierno, y no hay mecanismos específicos de votación en dicha instancia, por lo que no se vería alterada la independencia en la toma de decisiones en este nivel⁶⁶.

Finalmente, y con relación al Subcomité de Generadores, debido a que sus decisiones no poseen un carácter vinculante, y que su influencia depende de las reglas establecidas para la votación dentro de la Asamblea, no habría algún impacto en la independencia en la toma de decisiones al interior de la entidad.

▪ *Resolución 034-2014-INDECOPI/CLC*

En este pronunciamiento la autoridad analizó una concentración de empresas que realizan la actividad de generación y distribución de energía eléctrica en el Perú.

La autoridad definió, para la evaluación de efectos, como mercados relevantes a: a) el mercado *spot*, consistente en la venta de energía entre empresas generadoras a través del COES, b) el mercado de clientes libres, venta de energía de generadoras y distribuidoras a clientes libres mediante negociaciones bilaterales, c) mercado de contratos para clientes regulados, venta de energía de empresas generadoras a empresas distribuidoras mediante licitaciones, y d) mercado de suministro de clientes regulados, venta de energía de empresas distribuidoras a clientes regulados⁶⁷.

Al igual que en el pronunciamiento expuesto en la viñeta anterior, se distingue como un riesgo a la competencia distinto a la independencia del COES. La descripción del funcionamiento de los sistemas de votación sigue, también, el mismo criterio.

En el caso concreto, la CLC solo limitó su examen a la influencia preponderante dentro del órgano de gobierno de la Asamblea. Al respecto, verificó que la entidad concentrada seguiría manteniendo el mismo número de integrantes dentro de los subcomités de Generación y Distribución, por lo que no habría ningún impacto en la competencia.

▪ *Resolución 38-2017-INDECOPI/CLC*

En este pronunciamiento, la autoridad analizó la concentración entre cuatro empresas dedicadas a la generación eléctrica, y otras dos abocadas a la transmisión.

Así, los efectos que fueron evaluados correspondieron a los siguientes mercados relevantes: a) mercado *spot*, b) mercado de usuarios libres, c) mercado de contratos para usuarios regulados, d) mercado de contratos para usuarios regulados, y, e) mercado de transmisión⁶⁸.

⁶⁴ Confróntese con el párrafo 84 de la Resolución 007-2014-INDECOPI/CLC.

⁶⁵ Confróntese con el párrafo 87 de la Resolución 007-2014-INDECOPI/CLC.

⁶⁶ Confróntese con el párrafo 88 de la Resolución 007-2014-INDECOPI/CLC.

⁶⁷ Confróntese con el párrafo 110 de la Resolución 034-2014-INDECOPI/CLC.

⁶⁸ Confróntese con el párrafo 83 de la Resolución 034-2014-INDECOPI/CLC.

Nuevamente, el análisis referido a la independencia del COES recibe un tratamiento aparte. El funcionamiento del mecanismo de votación es igual al descrito en las viñetas previas. Sin embargo, ahora precisan que para que un grupo económico pueda tener injerencia preponderante en la Asamblea del COES debe controlar tres de los cuatro subcomités. A la fecha de la emisión de la decisión, había ciento treinta y cuatro integrantes, de lo cual se desprende que el número mínimo de asistentes para el establecimiento de la Asamblea, en segunda convocatoria, sería de ochenta y un agentes, número muy superior de los que poseería la entidad concentrada⁶⁹.

Por otro lado, precisan que los subcomités no son órganos de gobierno del COES, sino centros de toma de decisiones para efectos de la votación en la Asamblea⁷⁰. No obstante, admiten que estos pueden influenciar en el funcionamiento del COES, en especial, los subcomités de Generación y Transmisión⁷¹. En el caso concreto, en virtud de la regulación de la toma de decisiones dentro de los subcomités, así como su número de integrantes, la CLC consideró que la entidad concentrada no alcanzaría influencia preponderante.

De esta manera, se colige que la autoridad divide la injerencia de influencia en el COES a partir de los órganos de gobierno y de otros centros de toma de decisión (i.e. subcomités).

▪ *Resolución 001-2018/CLC-INDECOPI*

En este pronunciamiento, la CLC aprobó una concentración entre una empresa dedicada a la generación eléctrica, y otra dedicada a la actividad de transmisión.

La autoridad examinó los posibles efectos anticompetitivos en los mercados de: a) mercado *spot*, b) mercado de usuarios libres, c) mercado de contratos para usuarios regulados, y, d) mercado de transmisión⁷².

Respecto al tratamiento del funcionamiento del COES, el examen es sustancialmente igual al expuesto en la viñeta previa. De esta forma, la agencia de competencia concluye que, después de la concentración, el agente económico resultante no estaría en la capacidad de controlar la Asamblea, el subcomité de generación o transmisión, así como cualquier otro órgano de gobierno o de decisión⁷³.

▪ *Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI*

En este pronunciamiento, la CLC aprobó la adquisición de Inkia Americas Ltd por parte de ISQ Global Fund GPGP, LTD y ISQ Global Fund II GP, LLC.

La autoridad dividió los posibles efectos anticompetitivos en los siguientes mercados: a) mercado *spot*, b) mercado de usuarios libres, c) mercado de contratos para usuarios regulados, y d) mercado de transmisión⁷⁴.

Al igual que en la viñeta previa, el análisis correspondiente al funcionamiento del COES es objeto de un comentario distinto a los efectos en el mercado. Así, reiteran que existirá un control exclusivo en la Asamblea si es que un grupo económico controla tres de los cuatro subcomités⁷⁵.

⁶⁹ Confróntese con el párrafo 129 y 130 de la Resolución 034-2014-INDECOPI/CLC.

⁷⁰ Confróntese con el párrafo 131 de la Resolución 034-2014-INDECOPI/CLC.

⁷¹ Confróntese con el párrafo 132 de la Resolución 034-2014-INDECOPI/CLC.

⁷² Confróntese con el párrafo 78 de la Resolución 001-2018/CLC-INDECOPI.

⁷³ Confróntese con el párrafo 114 de la Resolución 001-2018/CLC-INDECOPI.

⁷⁴ Confróntese con el párrafo 49 de la Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI.

⁷⁵ Confróntese con el párrafo 120 de la Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI.

Del mismo modo, la independencia de los subcomités es una preocupación distinta, ya que, si bien no son órganos de gobierno, si influyen en el funcionamiento del COES. No obstante, en la operación aprobada, en razón a la estructura normativa del COES, la entidad concentrada no estaba en la capacidad de tener control en la Asamblea o en algún subcomité involucrado⁷⁶. Finalmente, agregan que tampoco estarían en la capacidad de elegir a los miembros del Directorio, ya que estos son elegidos por la Asamblea y los respectivos subcomités⁷⁷.

▪ *Resolución 007-2019/CLC-INDECOPI*

En este pronunciamiento, la CLC aprobó sin condiciones una operación de concentración entre dos agentes que participaban en la actividad de generación eléctrica, y solo uno de los involucrados en la actividad de transmisión.

Para el análisis de los efectos, se seleccionaron los siguientes mercados relevantes: a) mercado *spot*, b) mercado de usuarios libres, c) mercado de contratos para usuarios regulados, y d) mercado de transmisión.

En el mismo sentido que las resoluciones antes desarrolladas, la CLC evaluó de forma diferenciada la independencia del funcionamiento del COES. Sobre el particular, las conclusiones de la autoridad fueron similares a las expuestas en la viñeta previa.

▪ *Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI*

En este pronunciamiento, la CLC aprobó, sujeta a condiciones, una solicitud que involucraba a los segmentos de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica.

Sobre el particular, la autoridad consideró como mercados afectados al: a) mercado *spot*, b) mercado de contratos para usuarios regulados, c) mercado de usuarios libres, y d) mercado de distribución⁷⁸.

Como ya es una tendencia, la agencia de competencia evaluó de forma diferenciada de los efectos en los mercados relevantes, al funcionamiento del COES. El marco metodológico aplicado fue igual que el de las viñetas previas. De esta manera, se reitera que una injerencia preponderante en el COES se logra mediante el control de la Asamblea, el cual solo se puede lograr a través del dominio de tres de los cuatro subcomités⁷⁹.

Asimismo, si bien los subcomités no configuran como órganos de gobierno, si influyen en el funcionamiento de la entidad. Tales dependencias establecen ciertas reglas para la adopción de una decisión, las cuales requerirían de una mayoría de los votos favorables de sus integrantes. En ese sentido, la entidad concentrada, al no representar una mayoría importante en ningún subcomité y, en consecuencia, en la Asamblea, no configura un riesgo a la independencia del COES⁸⁰.

▪ *Resolución 022-2020/CLC-INDECOPI*

En este pronunciamiento, la agencia de competencia aprobó un acto de concentración entre un agente económico que desarrollaba las actividades de transmisión eléctrica y

⁷⁶ Confróntese con el párrafo 131 de la Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI.

⁷⁷ Confróntese con el párrafo 132 de la Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI.

⁷⁸ Confróntese con el párrafo 72 de la Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI.

⁷⁹ Confróntese con el párrafo 248 de la Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI.

⁸⁰ Confróntese con los párrafos 254, 255, 256 y 257 de la Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI.

la prestación de servicios de telecomunicaciones, y otro, dedicado a la actividad de transmisión.

Los mercados relevantes definidos por la autoridad fueron: a) el mercado de transmisión y b) mercado de prestación de servicios de telecomunicaciones.

No hay novedad respecto al rol que tiene el impacto de la operación de concentración en el funcionamiento del COES, esto es, diferente al análisis que se elabora en los mercados relevantes. Así, con el mismo marco de análisis expuesto en las viñetas previas, la CLC concluyó que el número de integrantes del COES bajo el control de la entidad concentrada no le otorgaba injerencia preponderante en la toma de decisiones de la Asamblea, ni en el subcomité de transmisores⁸¹.

b. La falta de independencia del COES: ¿Y la Ley 31112?

A la fecha de redacción del presente informe, solo se ha tenido acceso a una resolución que aprueba un acto de concentración entre dos agentes económicos que previamente concurrían en la industria de energía eléctrica.

Mediante la Resolución 045-2023/CLC-INDECOPI, la CLC definió como sus mercados relevantes al: a) mercado *spot*, b) mercado de contratos para usuarios regulados, y, c) mercado de usuarios libres.

A diferencia de las resoluciones resueltas al amparo de la LASE, en este caso los posibles riesgos a la competencia fueron analizados desde una perspectiva de efectos horizontales y verticales. Dentro de estas secciones, se eligió un mercado relevante y se evaluaron los efectos unilaterales y coordinados. La CLC no plantea a la falta de independencia del COES como un riesgo de la competencia.

Sobre el particular, llama la atención que este análisis, frecuente bajo la LASE, no haya sido practicado. De la revisión de la lista de integrantes del COES⁸², se aprecia que todas las empresas del sector eléctrico involucradas en la operación formaban parte de él varios años antes de que sea presentada la notificación:

Cuadro 1: “Relación de empresas involucradas en la concentración que integran el COES”

Agente económico	Razón social	Subcomité	Fecha de ingreso al COES
UNACEM	Compañía Eléctrica el Platanal S.A.	Generación	31-03-2009
UNACEM	Celepso Renovables S.R.L.	Generación	05-05-2017
UNACEM	Termochilca S.A.	Generación	15-07-2013
ATN	Hidrocañete S.A.	Generación	13-12-2011
ATN	ATN S.A.	Transmisión	12-10-2010
ATN	ATN 2 S.A.	Transmisión	21-05-2015
ATN	ATLANTICA TRANSMISION SUR S.A.	Transmisión	29-11-2013

⁸¹ Confróntese con el párrafo 126 de la Resolución 022-2020/CLC-INDECOPI.

⁸² La lista de integrantes del COES puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://www.coes.org.pe/Portal/registrointegrante/reporte/empresa>

En suma, aparentemente, bajo el régimen actual de control de concentraciones, la preocupación relativa a la falta de independencia del COES ha sido abandonada por la autoridad.

c. El COES como agente económico: Una revisión de la jurisprudencia del INDECOPI en materia de represión de conductas anticompetitivas

▪ *Resoluciones 030-2004-INDECOPI/CLC y 0752-2005/TDC-INDECOPI*

El 2002 Termoselva S.R.L (en adelante, Termoselva) interpuso una denuncia en contra del COES-SINAC y ocho empresas, por la presunta comisión de actos de boicot horizontal. La denunciante sostuvo que las firmas denunciadas habrían conformado un cártel dentro del COES-SINAC, con la finalidad de desconocer el menor precio negociado por Termoselva con su proveedor Aguaytía Energy del Perú S.R.L. (en adelante, Aguaytía) para el combustible utilizado por su central de generación y, de esta manera, afectar su orden de prelación en el despacho de energía. Dicha conducta se habría encontrado plasmada en las Resoluciones 063-2001-DO/COES-SINAC y 02-2002-PD/COES-SINAC

La controversia radicó en determinar si el ámbito de aplicación objetivo previsto en el Decreto Legislativo 701 era aplicable en el presente caso.

El colegiado de primera instancia sostuvo que el COES-SINAC era una persona jurídica de derecho público interno, creado por ley, y cuyas competencias, organización, financiamiento y finalidades provenían del ordenamiento jurídico. Además, apuntó que le fue conferida la potestad administrativa regulatoria, en específico, la coordinación del sistema de despacho de energía en el mercado eléctrico, que implicaría la entrada y salida de las empresas generadoras al mercado⁸³.

Bajo su entendimiento, la Comisión no es competente para supervisar y controlar el ejercicio de la función administrativa, expresada en reglamentos y actos administrativos, las cuales son las formas típicas a través de las cuales la Administración Pública ejerce el *ius imperium*⁸⁴. En ese sentido, si la entidad pública realiza una determinada actividad económica, entonces le es aplicable la norma de competencia⁸⁵.

Como ha sido apuntado previamente, la presunta conducta anticompetitiva se había materializado mediante las Resoluciones 063-2001-DO/COES-SINAC y 002-2002-PD/COES-SINAC. Así, sostuvieron que el despacho de energía eléctrica se encuentra supeditado a lo que establezca el COES-SINAC como órgano investido por la ley para determinar el ingreso de generadoras que tenga el menor costo variable en el despacho⁸⁶. En ese sentido, COES-SINAC no califica como un agente económico, sino, que su rol es el de una entidad de derecho público encargada de regular la actividad de las empresas de generación eléctrica, en virtud de la potestad regulatoria otorgada por el ordenamiento⁸⁷.

⁸³ Confróntese con el párrafo 109 de la Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC.

⁸⁴ Confróntese con el párrafo 124 de la Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC.

⁸⁵ Confróntese con el párrafo 125 de la Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC.

⁸⁶ Confróntese con el párrafo 135 de la Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC.

⁸⁷ Confróntese con el párrafo 137 de la Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC.

Por ello, a criterio de la Comisión, el despacho de energía eléctrica no es una actividad sujeta a la discrecionalidad de las empresas de generación, sino que se encuentra supeditada a las decisiones de los órganos competentes del COES-SINAC, cuya facultada de autorizar o no el ejercicio de una determinada actividad es una manifestación de las potestades públicas y no privadas⁸⁸. Además, añade que la CLC no es competente para conocer el proceso de formación de voluntad de dichos órganos, ni aquellos tendientes a su ejecución⁸⁹.

Termoselva interpuso un recurso de apelación en contra de la decisión de la CLC. Así, la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala), mediante Resolución 0752-2005/TDC-INDECOPI, declaró la nulidad de la resolución de primera instancia.

En esa oportunidad, la Sala tomó como referencia la Resolución 0072-2003/TDC-INDECOPI⁹⁰, y el denominado criterio de “primacía de la realidad”. Al respecto, señalaron que la actuación de privados, que integran organismos con atribución legal de facultades y gestión, cualquier exceso o instrumentalización en el ejercicio de dicha decisión implicaría la posibilidad de su revisión por las normas de competencia. De esta manera, las Resoluciones 063-2001-DO/COES-SINAC y 002-2002-PD/COES-SINAC podían ser revisadas por la CLC, ya que para la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas denunciadas debían atenderse a las situaciones y relaciones económicas perseguidas⁹¹.

Sobre la relación entre las normas de competencia y las actuaciones del COES, la Sala sostuvo en la Resolución 072-2003/TDC-INDECOPI:

“El COES-SEIN, al ser un ente integrado por particulares, está sujeto al Derecho común para todo lo que no sea el ejercicio de las facultades expresa y limitadamente delegadas por el marco regulatorio del sector eléctrico. En consecuencia, la simple constatación de una actuación que va más allá de las competencias atribuidas por dicho marco regulatorio será suficiente para que el COES-SEIN se encuentre fuera del campo del Derecho administrativo y dentro del marco del Derecho común -y, por ello, dentro del marco de control de la Comisión y de esta Sala- mas no será suficiente de ninguna manera para afirmar que el COES-SEIN ha vulnerado su norma de competencia. Esto último sería confundir las reglas que gobiernan las relaciones administrativas con aquellas que gobiernan las relaciones entre particulares.”⁹²

[Énfasis agregado]

Sobre estas decisiones, Calderón señala que la Sala reconoció el criterio de que un órgano con potestades públicas puede tener un interés contrario a la competencia, cuando se encuentra conformada por los propios competidores. Asimismo, la manifestación de este interés a través de un acto administrativo o disposición normativa podría ser objeto de análisis por parte de la agencia de competencia (2010: 174).

⁸⁸ Confróntese con el párrafo 138 de la Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC.

⁸⁹ Confróntese con el párrafo 152 de la Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC.

⁹⁰ Esta resolución se emitió bajo el Expediente 076-2002/CCD. Termoselva habría denunciado al COES y a las mismas ocho empresas, por los mismos hechos, pero por infracción a la Ley de Represión de competencia Desleal.

⁹¹ Confróntese con la página 7 de la Resolución 072-2003/TDC-INDECOPI.

⁹² Confróntese con la página 21 de la Resolución 072-2003/TDC-INDECOPI.

También, el autor enfatiza en el problema que genera la presencia de un grupo de agentes económicos que, por mandato legal, ejercen una función que recibe la calificación de “función pública”. A efectos de dotar una solución práctica a la disquisición planteada, recomienda primero definir si una conducta califica como económica, entendida como una actuación desde el lado de la oferta o la demanda, y, en segundo lugar, determinar si esta conducta goza de una exención legal (2010: 389).

En suma, el COES, como entidad con facultades regulatorias, desempeña un papel crucial en la coordinación del despacho de energía en el sistema eléctrico interconectado nacional. Aunque sus funciones responden a necesidades públicas, inicialmente asignadas al Estado, la Resolución 012-99-INDECOPI/CLC fue emitida para prevenir posibles distorsiones en el despacho de energía eléctrica, reconociendo así un riesgo a la competencia asociado con las actividades del COES.

Antes de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, la independencia del COES estaba vinculada al control de los órganos de gobierno, y la influencia en un subcomité no afectaba su funcionamiento. Sin embargo, a partir de la Resolución 026-2006-INDECOPI/CLC, la independencia del COES se conceptualiza como un problema separado de aquellos relacionados con el ejercicio de poder de mercado en un mercado relevante.

La Resolución 038-2017-INDECOPI/CLC introdujo cambios adicionales al establecer que, para tener una injerencia preponderante mediante la Asamblea, se debe contar con tres de los cuatro subcomités. Aunque no son órganos de gobierno, controlar un subcomité puede ejercer influencia en el COES.

Por otro lado, bajo el Decreto Legislativo 701, se reconoce que, en principio, el COES opera con facultades administrativas y regulatorias, pero bajo circunstancias excepcionales, sus acciones pueden ser revisadas como actos contrarios a la competencia.

Finalmente, al amparo de la Ley 31112, la CLC no se ha pronunciado sobre el funcionamiento del COES como riesgo a la competencia, pese a que ha evaluado una concentración empresarial entre firmas que lo integran.

5.3. Subpregunta 1.1: ¿Es la independencia del COES un problema que debe ser abordado mediante la imposición de una condición en el marco de una evaluación de control de concentraciones?

Como ha sido expuesto en la sección 4 del presente informe, el control de concentraciones tiene como propósito evitar que la entidad concentrada pueda ejercer su poder de mercado para dañar el proceso competitivo. En ese sentido, cualquier preocupación que no involucre el ejercicio de este poder no califica como un riesgo a la competencia.

Por ello, la hipótesis que se pretende corroborar en esta sección es que este **este supuesto riesgo a la competencia no se encuentra vinculado al incremento de poder de mercado derivado de la concentración, sino, a un posible aumento de influencia política en una entidad que participa activamente en la elaboración y ejecución de políticas públicas**. Nuestra respuesta se divide en tres argumentos.

En primer lugar, la protección de la independencia del COES tiene como objetivo garantizar que sus decisiones no respondan a intereses particulares, sino, al mejor funcionamiento del sistema eléctrico. De lo anterior, se desprende que la preocupación de la autoridad no fue controlar el poder de mercado de ISA, sino, su influencia política en la toma de decisiones de una entidad con facultades regulatorias.

Lo anterior se aprecia directamente en la Resolución 081-2006-INDECOI/CLC. En esta, la CLC señaló que las limitaciones a imponer debían tener por efecto garantizar que las decisiones de las diversas instancias del COES correspondieran a la mejor alternativa para su operación y/o planificación, y no a intereses particulares de sus integrantes⁹³.

En la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, la CLC señaló que el objetivo de la condición era asegurar que la operación del COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a intereses particulares de una determinada operadora, sino, al mejor funcionamiento del sistema eléctrico, lo cual tendrá como consecuencia mejores condiciones de competencia en beneficio de los usuarios. Así, resaltan que la finalidad que motivó la decisión de la CLC fue que las decisiones al interior del COES sean adoptadas de forma independiente⁹⁴.

Además, en el Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI, la ST-CLC enfatizó que el objetivo de la primera condición era asegurar que la operación del COES, en todos los niveles de decisión, no respondiera a intereses particulares, sino, a la mejor operación del sector eléctrico. Así, la condición no restringiría sus alcances solo al subcomité de transmisión, sino, a cualquiera en el que ISA tenga injerencia preponderante⁹⁵.

Al respecto, la ST-CLC resalta que los subcomités no son órganos de gobierno del COES, sino que fungen como centro de toma de decisiones para efectos de la votación en la Asamblea. Además, a su criterio, las decisiones adoptadas dentro de los subcomités resultan importantes para el funcionamiento del SEIN y el desarrollo del sector eléctrico nacional, en específico, para la planificación de la fijación de los precios en barra y los peajes de transmisión del sistema garantizado de transmisión⁹⁶.

Sin embargo, la ST-CLC sostiene que no hubo un cambio significativo en las condiciones del mercado eléctrico, el cual seguía siendo uno altamente concentrado e ISA poseía un alto porcentaje de él. Para el instructor de la primera instancia, la razón detrás de la imposición de la condición era evitar que ISA imponga con exclusividad su planteamiento en la toma de decisiones del COES. La mención a la injerencia en el subcomité de transmisión es netamente referencial, pues lo relevante era evitar, bajo cualquier escenario, la preponderancia de los intereses particulares de ISA en la toma de decisiones del COES⁹⁷.

Por otro lado, el OSINERGMIN sostuvo que el marco regulatorio establece la elaboración del Plan de Transmisión para la implementación de nuevas instalaciones pertenecientes al Sistema General de Transmisión y del Plan de Inversiones para las instalaciones del Sistema Complementario de Transmisión y el Sistema Secundario de Transmisión. Destaca que el primero es propuesto por el COES y aprobado por el MINEM, previa opinión favorable del OSINERGMIN, mientras, que el segundo, solo es aprobado por este regulador. En ese sentido, el levantamiento de la primera condición

⁹³ Resolución 081-2006-INDECOI/CLC. Véase el folio 1323

⁹⁴ Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC. Véase el folio 1353

⁹⁵ Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI. Véase el folio 1605

⁹⁶ Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI. Véase el folio 1607.

⁹⁷ Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI. Véase el folio 1608.

no tendría efectos en la elaboración de los planes ni en las inversiones futuras, dado el marco regulatorio establecido⁹⁸.

Asimismo, añade que el levantamiento de la primera condición implicaría que ISA incrementase su participación en el Subcomité de Transmisores y en la Asamblea, y, de esta manera, aumentar su injerencia en la toma de decisiones del COES. En específico, la mayor concentración podría afectar la conformación del Directorio del COES, el órgano encargado de elaborar la propuesta del Plan de Transmisión, los procedimientos de operación del SEIN, la administración del Mercado de Corto Plazo, el desarrollo de los programas de operación de corto, mediano y largo plazo, la coordinación de la operación en tiempo real del SEIN y de los enlaces internacionales, entre otros. Aunque, las actividades antes descritas son reglamentadas por el MINEM y reguladas y supervisadas por el OSINERGMIN⁹⁹.

Adicionalmente, la Secretaría Técnica de la SDC (en adelante, ST-SDC) enfatizó que la ST-CLC coincidía con su lectura referida a la imposibilidad de que ISA pueda ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones en el subcomité de transmisores. No obstante, discrepó respecto al argumento relacionado con que la alta participación de ISA en el mercado de transmisión justificaba el mantenimiento de la condición, dado que lo importante era prevenir una injerencia preponderante en el COES¹⁰⁰.

En ese orden de ideas, tal como se puede apreciar, todas las entidades involucradas no resaltaron la posibilidad de que ISA ejerza su poder en algún mercado de actividad o relacionado. Todas las funciones que justificarían la preservación de la independencia del COES versan sobre su participación en la elaboración y ejecución de determinadas políticas sectoriales. Es por tal razón que la CLC y la SDC hacen un énfasis en la protección del sistema eléctrico en general, y no de un mercado en específico.

Aunado a lo anterior, la discrepancia entre las distintas instancias en el procedimiento de revocación de condiciones evidencia lo expuesto en este punto. El hecho de que la participación de mercado, principal indicador de poder de mercado, haya sido rechazado como sustento por la segunda instancia, revelar que la preocupación no versaba sobre un irregular ejercicio por parte de ISA.

En segundo lugar, la influencia en el COES responde a la cantidad de votos que puede ser ejercida por un integrante en la Asamblea y/o en un subcomité, y no a la capacidad que tiene una firma para elevar sus precios o modificar otra variable de competencia. La primera depende, única y exclusivamente, del diseño normativo que confiere los derechos a los integrantes del COES.

Asimismo, la preocupación relativa al ejercicio de los votos se aprecia en el escrito de aclaración presentado por ISA. En este solicita que se aclare los siguientes aspectos de la resolución: a) cuáles son las otras instancias de decisión al interior del COES, distintas al subcomité de transmisión, en las que ISA debe ejercer un voto único, absteniéndose de utilizar los votos restantes o votando mediante la abstención, y b) si la condición impuesta dejaría de tener efecto si el Reglamento de la Ley 28832 adopta una fórmula de participación diferente al voto único¹⁰¹.

Así, se destaca que solo posible modificación reglamentaria pueda alterar la organización del COES y otorgar a ISA la preeminencia en otras instancias distintas al

⁹⁸ Informe Técnico 070-2013-OEE-GART/OS. Véase el folio 1629.

⁹⁹ Informe Técnico 070-2013-OEE-GART/OS. Véase el folio 1630.

¹⁰⁰ Informe 014-2014/SDC-INDECOPI. Véase los folios 1850 y 1851.

¹⁰¹ Escrito N° 9 “Aclaración Resolución Final” presentado por ISA. Véase el folio 1345.

referido subcomité. Es por ello que la CLC, y aún con la incertidumbre generada por la modificación reglamentaria y los mecanismos de toma de decisiones que fue advertida durante el trámite del primer procedimiento, observó que correspondería supervisar que ISA no ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones, hasta el límite en que se garantice que no podrá imponer en exclusividad su planteamiento¹⁰².

Posteriormente, en el escrito que solicita la revocación de condiciones, ISA sostuvo que no tenía injerencia preponderante en las instancias de decisión al interior del COES, las cuales serían la Asamblea, el Directorio y los Subcomités de Agentes del Mercado (Generadores, Distribuidores, Transmisores y Usuarios Libres), debido a que no contaba con los votos suficientes para imponer una posición en solitario¹⁰³.

Asimismo, en la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, mediante la cual la SDC admitió a trámite la solicitud de revocación solicitada por ISA, se señaló que una de las circunstancias sobrevinientes consistía en el ingreso de nuevas operadoras con derecho a voto en el COES¹⁰⁴.

En complemento de lo anterior, en el Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI, la ST-CLC indicó que, a la fecha de la emisión del informe de referencia, el Subcomité poseía 10 miembros, y que el número mínimo para la instalación de una sesión es de 4 y el mínimo para la adopción de acuerdos de tipo A es de 6 votos. En el caso de los acuerdos tipo “B”, estos se encontraban restringidos por la regla establecida en el “Estatuto de Constitución del Subcomité de Transmisión”, el cual no permite que un grupo económico determine el sentido de una votación. Así, concluye que la normativa que regula el COES no le permitirían a ISA ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones de dicha instancia por la configuración de los votos¹⁰⁵.

El citado informe, concluye que el levantamiento de la primera condición no tendría efectos directos en las futuras inversiones, en las condiciones de oferta y demanda, ni en las tarifas eléctricas, dado el marco regulatorio vigente. Además, el levantamiento solo afectaría la composición de los votos del COES, cuyas funciones son reglamentadas por el MINEM y reguladas y supervisadas por el OSINERGMIN¹⁰⁶.

Por otro lado, mediante la Resolución 0240-2014/SDC-INDECOPI, la SDC sostuvo que, a la fecha, el número de integrantes del Subcomité de Transmisoras se había duplicado con relación a la cifra existente al momento de la imposición de las condiciones por parte de la CLC. En específico, indicó que ISA controlaba a tres empresas de las diez que conforman al subcomité, las cuales pertenecían a siete grupos económicos distintos¹⁰⁷.

Aunado a lo anterior, a través del Informe Legal 002-2014-EM-DGE, el MEM enfatiza que ISA no podría ejercer una preponderancia en la toma de decisiones del COES, debido a que han ingresado nuevos integrantes al Subcomité de Transmisoras, así como la introducción de una nueva regla que limita la votación de las empresas que pertenecen a un mismo grupo económico¹⁰⁸.

¹⁰² Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC. Véase el folio 1354.

¹⁰³ Escrito N° 9 “Aclaración Resolución Final” presentado por ISA. Véase los folios 1365-1378.

¹⁰⁴ Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI. Véase el folio 1517.

¹⁰⁵ Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI. Véase el folio 1608.

¹⁰⁶ Informe Técnico 070-2013-OEE-GART/OS. Véase el folio 1632.

¹⁰⁷ Resolución 0240-2014/SDC-INDECOPI. Véase el folio 1698.

¹⁰⁸ Informe Legal 002-2014-EM-DGE. Véase el folio 1716.

El razonamiento descrito en el párrafo previo es suscrito por ISA. La empresa hace énfasis en que el sistema de votación actual del COES no toma en consideración la participación del poder de mercado, puesto que cada integrante tiene un voto¹⁰⁹.

En complemento con lo anterior, en el Informe N° 014-2014/SDC-INDECOPI, la ST-SDC considera que los cambios más importantes, y que justificarían la ausencia de un riesgo, es el aumento del número de integrantes del Subcomité de Transmisores – ISA, con tres votos de cinco, pasó a tener tres votos de doce – así como el marco regulatorio previsto en el Decreto Supremo 026-2008-EM, que impide que un solo grupo económico ejerza una posición preponderante dentro del referido subcomité¹¹⁰.

Finalmente, la SDC acogió el criterio planteado por la ST-SDC, y determinó que habían variado las circunstancias, debido al ingreso de nuevos integrantes y la modificación del mecanismo de votación para el Subcomité de Transmisión previsto en el Estatuto del COES¹¹¹.

En consecuencia, la fuente de la influencia preponderante en el COES no era el poder de mercado que un agente podía conseguir con ocasión de la concentración, sino, del esquema de votación y participación en los órganos de gobierno y de decisión. En otros términos, lo que determinaba el control del COES eran los derechos políticos adquiridos por medio de la operación.

En tercer lugar, durante la vigencia de la LASE, la evaluación de la independencia del COES como problema a la competencia empezó a recibir un tratamiento diferenciado al de los efectos negativos en el mercado relevante. De esta manera, implícitamente, se empezó a reconocer su ajenidad a la evaluación sustantiva, en la medida que no se buscaba solucionar un problema de poder de mercado. Finalmente, bajo la LCEE, esta preocupación parece haber desaparecido.

En conclusión, la independencia del COES no puede calificar como un riesgo a la competencia debido a que no busca controlar o limitar el ejercicio de poder de mercado de un agente económico. Esta preocupación tiene como sustento el posible ejercicio del poder político, el cual no impactaría directamente en un mercado concreto, sino, en el adecuado funcionamiento del sistema eléctrico en general.

5.3. Si se asume que la independencia del COES califica como un riesgo a la competencia, ¿se daban las condiciones para que esta sea impuesta en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC?

Primero, es necesario destacar el contexto en el cual fue emitida la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC. Durante el trámite del procedimiento se desconocía cuál iba a ser la nueva estructura del COES y sus mecanismos de votación, por lo que la autoridad no contaba con información suficiente para hacer su examen. Sin embargo, en esta decisión optaron por extender los alcances de los criterios que habían fijado en pronunciamientos previos.

¹⁰⁹ Escrito N°6 “Posición sobre opiniones de las entidades consultadas”, presentado por ISA. Véase el folio 1800.

¹¹⁰ Informe 014-2014/SDC-INDECOPI. Véase los folios 1849 y 1850.

¹¹¹ Resolución 0623-2014/SDC-INDECOPI. Véase el folio 1925.

Al respecto, como ha sido expuesto, las resoluciones anteriores a esta valoraban, principalmente, la posibilidad de controlar los órganos de gobierno (i.e. Asamblea y Directorio). En ese sentido, si de forma posterior a la concentración no se obtenía influencia en un órgano de gobierno, entonces no podía afectar el funcionamiento del COES.

En consecuencia, si la CLC hubiese seguido un juicio coherente y uniforme, y pese a que ISA controle el subcomité de transmisores, no resultaba conforme a Derecho dictar la condición.



VI. Problema jurídico 2: ¿La SDC revisó, conforme al Derecho de la Competencia, la segunda condición impuesta en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC?

En esta sección se determinará cuál es el significado de la “variación de condiciones de competencia” que justifica la supresión o modificación de una condición asociada a una operación de concentración. Para ello, se abordará, desde una perspectiva de política de competencia, el objetivo de sujetar la aprobación de la operación a una determinada condición. Luego, se desarrollarán los principales criterios que, en otras jurisdicciones, han sido empleados para evaluar el acaecimiento de una “variación en las condiciones de competencia”, así como su compatibilidad con el caso peruano. Finalmente, se utilizará el marco propuesto para valorar y criticar la Resolución 0623-2015/SDC-INDECOPI.

6.1. Marco teórico sobre la modificación de condiciones en procedimientos de control de concentraciones

En primer lugar, corresponde definir en qué consiste una condición o remedio en el contexto del control de concentraciones. De acuerdo con la OCDE, los remedios son usados por las agencias de competencia para resolver y prevenir el daño al proceso competitivo que puede ocasionar una concentración. Esto permite aprobar aquellas que, de otro modo, hubiesen sido prohibidas, puesto que permite eliminar los riesgos a la competencia (2011: 11).

Los remedios se suelen clasificar en dos: (i) estructurales y (ii) conductuales. Los primeros requieren de la desinversión de un activo o en una línea de negocio, mientras que los segundos imponen una obligación de hacer, o no hacer, una conducta determinada (OCDE 2011: 11).

Con relación a los primeros, su imposición implica la adjudicación de derechos de propiedad, los cuales pueden incluir la venta de activos de toda una empresa en marcha o una desincorporación parcial (Motta 2018: 320). Sobre los remedios conductuales, Motta señala que estos se encuentran encaminados a garantizar “que los competidores gocen de igualdad de condiciones al comprar o usar algunos activos, insumos o tecnologías clave que sean propiedad de las partes que se fusionan” (Motta 2018: 323).

Por otro lado, de acuerdo con Vande, los compromisos usualmente incluyen una cláusula general de revisión que permite cambios en los compromisos. En caso estos no cuenten con uno, también pueden ser modificados o suprimidos. El autor señala que la *Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004 de la Comisión* (en adelante, Nota de Remedios de la Unión Europea), regula los supuestos para presentar una solicitud, los cuales son dos tipos: (i) extensión del plazo, y (ii) supresiones, modificaciones o sustituciones de los compromisos (2021: 73).

Con relación al segundo tipo, la Nota de Remedios de la Unión Europea sostiene que esta solo será concedida si las partes acreditan el acaecimiento de circunstancias excepcionales¹¹². Las “circunstancias excepcionales” admiten dos hipótesis para su

¹¹² Confróntese con el párrafo 73 de la Nota de Remedios de la Unión Europea.

verificación. La primera consiste en demostrar un cambio considerable y permanente en el mercado. La segunda, si a partir de la experiencia adquirida cumpliendo el compromiso, es plausible conseguir un mejor resultado si se cambian las modalidades del compromiso¹¹³.

Sobre el particular, en la sentencia *Deutsche Lufthansa AG v Commission*, la Sexta Cámara de la Corte General de la Comunidad Europea (en adelante, Corte General) estableció los siguientes criterios que la Comisión Europea debe observar al evaluar la solicitud de variación o terminación del compromiso:

“35. As regards, more particularly, a request for a waiver of commitments rendered binding by a decision declaring a concentration compatible with the internal market, the first point to make is that, although the appraisal of a concentration requires predictions as to future developments that become more difficult and uncertain the longer the relevant time horizon is, the assessment of a request for a waiver of commitments does not necessarily give rise to the same difficulties of prospective analysis. Depending on the case, assessment of a request of this kind will rather require ascertaining whether the conditions laid down by the review clause which, generally, attaches to the commitments are fulfilled or evaluating, in retrospect, whether the assumptions made at the time when the concentration was authorised have proved to be correct or whether the serious doubts raised by the concentration still persist.”

[Énfasis agregado]

Así, del criterio desarrollado por la Corte General se aprecia que existen tres elementos que la autoridad debe tomar en consideración al resolver la modificación o levantamiento del compromiso:

- Si se han cumplido las condiciones previstas en la cláusula de revisión aprobada en el compromiso.
- Si los supuestos bajo los cuales la concentración fue aprobada resultaron correctos.
- Si las preocupaciones a la competencia relacionadas con la concentración aún persisten.

En la decisión *M.8955 – TAKEDA / SHIRE*, la Comisión estableció que el *test*, para concluir que acaeció un cambio de circunstancias excepcional que justifica la exoneración de los compromisos, debe verificar que:

- a) Las condiciones del mercado han cambiado significativa y permanentemente;
- b) Los cambios no pudieron haber sido previstos al momento de haberse adoptado la decisión que aprueba la concentración; y
- c) Los compromisos ya no son necesarios para abordar las dudas surgidas en la decisión que aprueba la concentración¹¹⁴.

Respecto al primer requisito, la autoridad comunitaria determinó que será significativo y permanente un cambio en las condiciones de mercado cuando:

¹¹³

Confróntese con el párrafo 73 de la Nota de Remedios de la Unión Europea.

¹¹⁴

Confróntese con el fundamento 43 de la decisión *M.8955 – TAKEDA / SHIRE*.

- a) Las condiciones de mercado o, el marco regulatorio, han evolucionado en un grado significativo, y, por tanto, se han eliminado las preocupaciones identificadas en la decisión de aprobación, y no parece proporcional continuar con la imposición de la condición; o
- b) El mercado ha cambiado y los compromisos han cumplido con su rol, por lo que ya no satisfacen a las necesidades del mercado; o
- c) Si las preocupaciones iniciales contenidas en la decisión de aprobación ya no surgen, y no surgirán en el futuro¹¹⁵.

Por otro lado, la *Competition and Markets Authority* (en adelante, CMA), agencia de competencia para el Reino Unido, también admite la posibilidad de revisar las condiciones que fueron impuestas con ocasión de la aprobación de una operación de concentración. En el documento *Remedies: Guidance on the CMA's approach to the variation and termination of merger, monopoly and market undertakings and orders* (en adelante, la Guía Británica), la autoridad británica desarrolla los principales aspectos sustantivos y procedimentales que gobiernan la revisión de condiciones. En las siguientes líneas expondremos los primeros.

La CMA considera que cualquier cambio de las circunstancias dependerá enteramente de las circunstancias individuales que afectan un compromiso o condición impuesta¹¹⁶. En ese sentido, el cambio de circunstancias debe ser tal, que el compromiso o la condición no resulta más apropiada para afrontar el problema de competencia y/o los efectos adversos que sustentaron el diseño del remedio¹¹⁷.

De la experiencia previa, los tipos de circunstancias que pueden conllevar la variación o terminación del compromiso o condición son:

- Han expirado o claramente se han convertido en obsoletos.
- Son afectadas por una nueva legislación.
- Son afectadas por cambios en las condiciones de mercado¹¹⁸.

Con relación a la Ley 31112, el artículo 7.4 dispone lo siguiente:

“7.4. Si en el procedimiento de control previo se determina que la operación de concentración empresarial podría generar una restricción significativa de la competencia, la Comisión puede realizar las siguientes acciones:

(...)

b. Autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial. Dichas condiciones pueden basarse en los compromisos ofrecidos por los agentes económicos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8.

(...)”

Nuestro ordenamiento, a diferencia del europeo comunitario y similar al británico, autoriza a la agencia de competencia a imponer, de oficio, condiciones, así como

¹¹⁵ Confróntese con el fundamento 45 de la decisión *M.8955 – TAKEDA / SHIRE*.

¹¹⁶ A diferencia de la normativa europea, la norma de competencia británica permite que los agentes económicos puedan proponer compromisos, así como que la propia autoridad imponga condiciones de oficio.

¹¹⁷ Confróntese con el párrafo 2.5. de la Guía Británica.

¹¹⁸ Confróntese con el párrafo 2.6. de la Guía Británica.

permitir a los agentes involucrados propongan compromisos para evitar o mitigar los efectos adversos vinculados con la solicitud de autorización.

Respecto a la revisión de condiciones, y a diferencia de lo que sucedía con la LASE, la Ley 31112 sí prevé un procedimiento. El artículo 9 de la mencionada ley prevé dos tipos de revisión. El primero tiene como supuesto de hecho la culminación del plazo establecido en la condición. En él se establece que, vencido el plazo, la autoridad determina si resulta pertinente mantenerla, dejarla sin efecto o modificarla. Nótese que en caso se opte por mantenerla o modificarla, se impone un nuevo plazo para su revisión¹¹⁹.

El segundo dispone que, en caso antes de que culmine el plazo de revisión se constate una variación en las condiciones de competencia, de oficio o por solicitud de parte, esta condición pueda ser objeto de evaluación, con el propósito de determinar si resulta necesario mantenerla o modificarla¹²⁰.

Por otro lado, el capítulo III del Reglamento de la Ley 31112 regula los aspectos adjetivos del procedimiento de revisión de condiciones. Sobre el particular, se estima conveniente destacar lo siguiente sobre el segundo tipo de revisión.

Primero, el órgano competente para evaluar la solicitud de revisión es el Tribunal del Indecopi¹²¹. Segundo, en caso se opte por la modificación de la condición, esta no puede resultar más gravosa para el agente que aquella que se encuentre vigente al darse inicio el procedimiento de revisión¹²². Tercero, en caso el Tribunal del Indecopi no emita su

¹¹⁹ **Ley 31112**

"Artículo 9. Revisión de condiciones"

9.1 Cuando la autorización de una operación de concentración empresarial se sujete al cumplimiento de una condición de conducta, la autoridad establece un plazo para su revisión. Luego de dicho plazo, la autoridad determina si resulta pertinente mantenerla, dejarla sin efecto o modificarla. Si decide mantenerla o modificarla, establece un nuevo plazo para su revisión.

(...)"

¹²⁰ **Ley 31112**

"Artículo 9. Revisión de condiciones"

(...)

9.2 Asimismo, durante dicho plazo, en caso de que se constate una variación en las condiciones de competencia, la autoridad puede revisar de oficio la condición impuesta a los agentes económicos con el objeto de determinar si resulta necesario o no mantener tal condición o modificarla, verificando que no se generen perjuicios a terceros.

9.3 En cualquier momento, los agentes económicos pueden solicitar a la autoridad que deje sin efecto o modifique la condición de conducta establecida al autorizar la operación de concentración empresarial. Para ello, presentan elementos de juicio que demuestren que se ha producido una variación en las condiciones de competencia que justifican su solicitud. Los requisitos para presentar esta solicitud y su trámite se sujetan al reglamento de la presente ley.

(...)"

¹²¹ **Reglamento de la Ley 31112**

"Artículo 17. Procedimientos para la revisión de la condición de conducta"

(...)

17.2. Si la Comisión o el agente económico autorizado consideran que, durante el plazo establecido para la revisión de la condición de conducta, se ha producido una variación en las condiciones de competencia, pueden solicitar la revisión de tales condiciones, de acuerdo con los numerales 9.2 y 9.3 del artículo 9 de la Ley N° 31112. En dichos supuestos, el Tribunal del Indecopi es la autoridad competente para determinar, a solicitud de la Comisión o del agente económico autorizado, si es necesario mantener, modificar o revocar la condición de conducta impuesta a los agentes económicos.

(...)"

¹²² **Reglamento de la Ley 31112**

"Artículo 17. Procedimientos para la revisión de la condición de conducta"

(...)

17.3. En caso se modifique la condición de conducta, esta no puede ser más gravosa para el agente económico autorizado que aquella que se encuentre vigente al darse inicio al procedimiento de revisión."

"Artículo 19. Procedimiento iniciado durante el plazo establecido para la revisión de la condición de conducta"

(...)

19.9 En su resolución final, el Tribunal del Indecopi determina si decide dejar sin efecto, mantener o modificar la condición de conducta en cuestión, según corresponda. En caso se modifique la condición de conducta, esta

resolución final dentro del plazo previsto, corresponde la aplicación del silencio administrativo positivo, concluyendo el procedimiento iniciado a solicitud de parte.

Finalmente, de la revisión de doctrina y jurisprudencia nacional, y como ha sido advertido en la introducción, existe poco desarrollo sobre los supuestos que pueden justificar la supresión o modificación de una condición. Únicamente se cuenta con la Resolución 0623-2014/SDC-INDECOPI, la misma que será objeto de crítica y comentario en la siguiente sección. En ese sentido, y a partir de la experiencia británica y europea, se puede concluir que una modificación o supresión de una condición puede justificarse a partir de:

- Un cambio en las condiciones de competencia en el mercado. Dicha variación debe tener como resultado la eliminación del riesgo a la competencia identificado por la autoridad.
- Las predicciones hechas por la autoridad al emitir la condición no han coincidido con la realidad. En otros términos, el mercado ha demostrado que la preocupación a la competencia identificada por la autoridad ha sido errónea.

6.2. Aplicación al Expediente 005-2006/CLC

Esta sección está organizada de la siguiente manera. Primero, se expondrán las razones por las cuales la CLC emitió la segunda condición. Luego, se desarrollará como el marco teórico propuesto ha sido recogido, implícitamente, por la SDC en la Resolución 0623-2014/SDC-INDECOPI, así como por las otras partes que intervinieron en el procedimiento.

a. Las razones detrás de la imposición de la segunda condición.

La CLC sostuvo que la finalidad de la segunda condición era evitar que la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica se vea afectado. Lo anterior se debía a un posible comportamiento estratégico de ISA, consistente en que la firma podía utilizar su posición de privilegio para bloquear, en primera instancia, la competencia en la licitación. De esta manera, en una segunda oportunidad, y con una competencia reducida, ofrece montos de inversión más elevados de los que pudo ofrecer en la primera oportunidad¹²³.

Este razonamiento parte de dos premisas. La primera consiste en que la concentración le otorgaría a ISA una posición de privilegio para hacerse de la construcción de nuevas líneas de transmisión y/o ampliaciones. Esta posición de privilegio sería consecuencia de la presencia de economías de escala en el mercado de transmisión eléctrica, mercado en el cual, después de la concentración, concentraría casi el 80%, así como el 65% del tendido de líneas de transmisión¹²⁴.

Esta característica inherente al mercado de transmisión, disminuiría la posibilidad de realizar ofertas ganadoras por parte de los potenciales entrantes. Así, ISA tendría los incentivos necesarios para ofrecer un monto ligeramente menor al de la empresa más

*no puede ser más gravosa para el agente económico autorizado que aquella que se encuentre vigente al darse inicio al procedimiento de revisión.
(...)"*

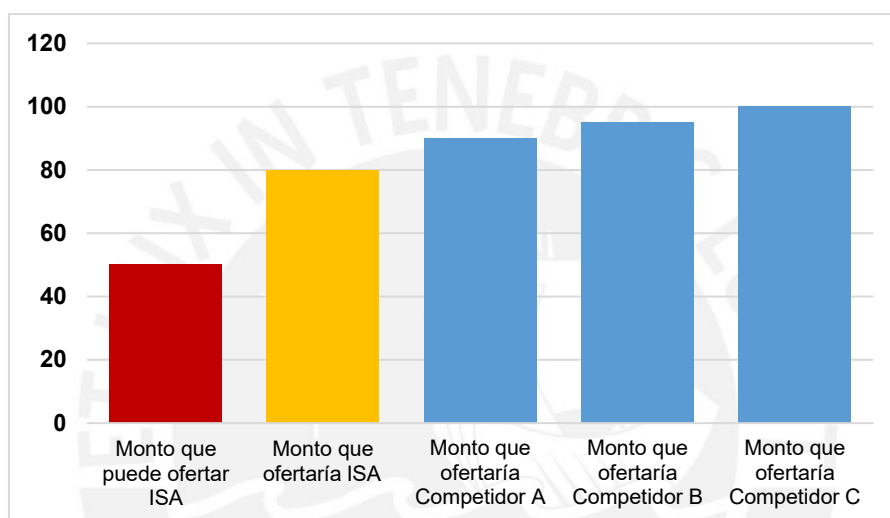
¹²³ Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC. Véase el folio 1328.

¹²⁴ Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC. Véase el folio 1326.

competitiva, que al carecer de las economías de escala que goza la incumbente, ofrecería montos superiores de inversión, por lo que perdería la licitación¹²⁵.

Además, sintetiza los riesgos a la competencia detectados a partir de cuatro argumentos: (i) ISA incrementaría los ámbitos sobre los cuales goza de posición de dominio, (ii) Se incrementa la posible brecha entre el menor monto de inversión que podría ofrecer para la instalación de líneas de transmisión, y el que su situación de privilegio le permite ofrecer, (iii) Se reduciría la competencia por el mercado (i.e. la competencia en el mercado de construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica), y (iv) De forma indirecta, se reduciría el beneficio de los usuarios de energía eléctrica¹²⁶.

A continuación, se presenta un gráfico que ejemplificaría la preocupación detectada por la CLC:



La percepción de la CLC parte de que, debido a las economías de escala, ISA siempre va a poder ofertar un monto menor respecto a las ofertas competidoras. Sin embargo, este monto no sería el que verdaderamente estarían en la capacidad de ofrecer.

Sobre el particular, el MINEM apuntó que ISA tendría, efectivamente, una ventaja frente al resto de posibles postoras, en la medida que se trata del grupo con mayor participación en el sistema de transmisión nacional, con un conocimiento del mercado peruano y dispondría de mayor infraestructura para construcción, operación y mantenimiento de las nuevas instalaciones. Esta ventaja podría desalentar la participación de nuevas empresas¹²⁷. Por otro lado, el OSINERG destaca como posible ventaja solo al conocimiento del mercado peruano¹²⁸.

ISA, ante estos comentarios, plantea que el conocimiento en el mercado peruano no es propio de la concentración, dado que vendría operando desde hace varios años. Asimismo, sostiene que la obtención de economías de escala no es una ventaja en las licitaciones, debido a que existen otras variables dignas de apreciación, tales como la escala del proyecto¹²⁹.

¹²⁵ Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC. Véase el folio 1327.

¹²⁶ Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC. Véase el folio 1328.

¹²⁷ Informe MEM/DGE N° 024-2006. Véase el folio 1084.

¹²⁸ Informe OSINERG-GAR/DGT 086-2006. Véase el folio 1171.

¹²⁹ Escrito N° 7 "Alegatos Finales", presentado por ISA. Véase los folios 1204 y 1205.

La segunda premisa parte, de forma implícita, de cómo ISA haría efectivo el comportamiento oportunista antes descrito. La CLC asume, sin citar la fuente normativa, que cada licitación constaría de dos convocatorias. En la primera convocatoria ISA provocaría un bloqueo para desincentivar el ingreso de nuevos postores, y así, en la segunda convocatoria con la competencia reducida, ofertar un monto superior al que hubiese propuesto en la primera oportunidad¹³⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester resaltar que la CLC advierte sobre la entrada en vigencia de la Ley 28832 y sería este el dispositivo normativo encargado de reglar las nuevas licitaciones para la construcción y/o mantenimiento de las líneas de transmisión¹³¹.

Aunado a lo anterior, la segunda instancia considera que la CLC se basó en tres supuestos: (i) ISA posee una ventaja sobre sus postores derivada de su alta participación en el mercado de transmisión y las economías de escala, (ii) ISA conocería las ofertas realizadas por los otros postores para limitarse a presentar una oferta ligeramente inferior, y (iii) existirá un número reducido de competidores en cada licitación, como consecuencia de la ventaja de ISA¹³².

En síntesis, la preocupación a la competencia detectada por la CLC en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC consiste en una posible afectación al mercado de construcción y/o mantenimiento de las líneas de transmisión, compuesta por:

- La obtención de economías de escala por parte de ISA, lo cual le permitiría ofrecer montos inferiores con relación a los postores competidores.
- ISA estaría en la capacidad de bloquear la entrada de postores en la primera convocatoria y, de esta manera, participar en la segunda con una competencia más reducida.

b. Aplicación del marco propuesto a la Resolución 0623-2014/SDC-INDECOPI

En el marco teórico se han propuesto dos criterios que pueden ser utilizados por la agencia de competencia para evaluar una condición en un procedimiento de revisión. El primero exige valorar cambios sobrevinientes, manifestados en una variación de las condiciones de competencia. Estos cambios pueden responder a una modificación en la estructura del mercado o en el marco regulatorio de la actividad.

El segundo, sin embargo, no versa sobre un “cambio en las circunstancias” o “variación de las condiciones de competencia”. Lo que este criterio propugna es la corroboración de las hipótesis que la agencia utilizó para identificar el riesgo a la competencia. Así, el solicitante debe acreditar que, durante el periodo comprendido entre la imposición de la condición y la solicitud de revisión, los supuestos recogidos por la autoridad entran en contradicción con la realidad.

Ambos criterios son apreciables en el razonamiento de la ST-SDC y la SDC, así como en los diversos escritos e informes remitidos por las partes intervinientes. En específico, la SDC, implícitamente, reconoció que en el procedimiento de cambio de circunstancias se debe evaluar si el análisis prospectivo, que en su oportunidad fue realizado, se

¹³⁰ Resolución 0081-2006-INDECOPI/CLC. Véase el folio 1328.

¹³¹ Resolución 0081-2006-INDECOPI/CLC. Véase folio 1326.

¹³² Resolución 0623-2014/SDC-INDECOPI. Véase el folio 1927.

condice con el estado actual de las condiciones de competencia en el mercado y con las proyecciones realizadas¹³³.

Con relación al primer criterio, este se manifiesta en la evaluación de los índices de concentración del mercado de transmisión eléctrica y la introducción del diseño de “sobre cerrado” en las licitaciones para la construcción y/o mantenimiento de líneas de transmisión. Si bien no se discute que en el primer mercado no ha ocurrido una variación en las condiciones de competencia, la SDC enfoca su atención en el segundo, el mercado de licitaciones o de *competencia por el mercado*, y constata una variación de las condiciones de competencia basada en un cambio normativo.

La ST-CLC centra su análisis solo en el primer mercado. Primero, indica que la literatura económica demuestra que una firma incumbente puede actuar estratégicamente para desincentivar la entrada de nuevos competidores¹³⁴.

Luego señala que la concentración en el mercado de transmisión eléctrica en el año 2006, luego de ser aprobada la solicitud, mostraba un índice HHI de 6257, es decir, un mercado altamente concentrado en el que ISA ostentaba una participación del 78.1%. Al momento de que sea evaluada la solicitud de revisión de condiciones continuaba siendo uno altamente concentrado con un HHI de 5816, en el que ISA participaba con un 75.27%¹³⁵.

ISA, acertadamente, persuade a la SDC para que incluya como un cambio de condiciones de competencia a la introducción de las propuestas en “sobre cerrado” en los concursos por las concesiones. El modelo que rige la presentación de propuestas haría imposible que, en cualquier escenario, la solicitante pueda conocer el monto de la oferta de los competidores.

Para fundamentarlo, indica que, a partir del 2008, PROINVERSIÓN ha adjudicado nueve licitaciones para el Sistema General de Transmisión, de las cuales ISA no ha ganado las de mayor extensión. En específico, las de mayor envergadura fueron otorgadas a agentes distintos a ISA¹³⁶.

Aunado a lo anterior, en las dos licitaciones convocadas por el MINEM, que resultan de menor envergadura, si bien ISA obtuvo la buena pro, la competencia por estas fue limitada, en la medida que solo en una de las dos tuvo un competidor, mientras que, en la restante, fue el único postor. En consecuencia, no hay competencia pasible de ser restringida¹³⁷.

En segundo lugar, argumenta su falta de capacidad para identificar al postor con la oferta más competitiva, y, en consecuencia, su impericia para presentar un monto ligeramente menor al de este para ganar la licitación. ISA atribuye dicho fenómeno al diseño de “sobre cerrado” de las licitaciones llevadas a cabo por el MINEM y PROINVERSIÓN¹³⁸.

El diseño de la licitación impediría que ISA pueda identificar los montos de los postores competidores, debido a que no pueden conocer los valores que ofertarán sobre

¹³³ Resolución 0623-2014/SDC-INDECOPI. Véase el folio 1906

¹³⁴ Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI. Véase el folio 1610.

¹³⁵ Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI. Véase el folio 1610

¹³⁶ Escrito 1 “Solicitud de eliminación y/o revocación de condiciones impuestas en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC”. Véase el folio 1385.

¹³⁷ Escrito 1 “Solicitud de eliminación y/o revocación de condiciones impuestas en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC”. Véase el folio 1386.

¹³⁸ Escrito 1 “Solicitud de eliminación y/o revocación de condiciones impuestas en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC”. Véase el folio 1390.

determinadas variables competitivas, así como la valorización que cada postor le asigna a la concesión¹³⁹. Además, el historial de las licitaciones adjudicadas a otras empresas permite apreciar la ausencia de un comportamiento estratégico de ISA:

Cuadro VI

Licitaciones de SGT Adjudicadas por PROINVERSIÓN a otros Postores

N°	Año	Proyecto	Competidores	Oferta Costo Total de Transmisión (CTT) - USD	Diferencia entre el ganador y Grupo ISA*
1	2008	L.T. Carhuamayo – Paragsha – Conococha – Huallanca – Cajamarca – C. Corona – Carhuaquero 220 kV	<u>Abengoa (Abengoa Transmisión Norte)</u>	17,971,691	28.4%
			Isonor Transmisora S.A.C.	20,739,278	
			Terna Participacoes S.A.	21,660,135	
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	23,075,306	
			Consorcio Transmisión del Norte	33,883,670	
2	2008	L.T. Mantaro – Caraveli – Montalvo 500 kV y L.T. Machupicchu – Cotaruse 220 kV	<u>Isonor Transmisora S.A.C.</u>	29,487,993	1.38%
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	29,894,418	
			Abengoa	35,999,449	
			Terna Participacoes S.A.	43,163,000	
3	2010	L.T. Chilca – Marcona – Montalvo 500 kV	<u>ASA (Abengoa Transmisión Sur)</u>	48,195,000	10.34%
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	53,179,562	
			Transcobel	No presentó	
			Kepeco	No presentó	
			Alupar	No presentó	
4	2010	L.T. Tintaya – Socabaya 220 kV	<u>REI S.A.U. - AC Capitales SAFI S.A.</u>	6,694,011	25.00%
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	8,365,298	
			ASA Iberoamérica	11,495,000	
			Eletrobras	No presentó	
			SNC Lavalin	No presentó	
5	2012	L.T. Carhuaquero – Cajamarca Norte – Cáclis – Moyobamba 220 kV	<u>Cobra Instalaciones y Servicios S.A.</u>	16,161,464	16.59%
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	18,842,514	
			Abengoa Perú S.A.	22,870,000	
			Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	No presentó	
6	2013	L.T. Machupicchu – Quencora – Onocora – Tintaya y Subestaciones Asociadas 220 kV	<u>Abengoa Perú S.A.</u>	16,684,999	1.70%
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	16,968,068	
			REI S.A.U. - AC Capitales SAFI S.A.	19,307,625	
			Cobra Instalaciones y Servicios S.A.	No presentó	
			Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	No presentó	

* Porcentaje de la oferta ganadora que representa la diferencia entre ésta y la oferta del Grupo ISA

Cuadro extraído del folio 1393 contenido en el Escrito 1 “Solicitud de eliminación y/o revocación de condiciones impuestas en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC”

De esta manera, los datos evidenciarían que otros postores sí tienen la capacidad de presentar ofertas ganadoras mucho más competitivas que ISA. Por otro lado, sobre las licitaciones adjudicadas a ISA, se aprecia un patrón similar al expuesto, ya que la diferencia entre su oferta y la del segundo postor se encontraría entre el 15% y 30%. En consecuencia, la buena pro otorgada no respondió a una situación de privilegio¹⁴⁰.

Además, en un escrito posterior, hace énfasis en que los cambios normativos referidos a las licitaciones configuran una circunstancia sobreviniente. Ello en virtud de que el diseño de sobre cerrado fue introducido a partir del año 2007¹⁴¹, y es justamente esa modalidad de licitación la que impide un comportamiento estratégico. También, en otro escrito, precisa que su incapacidad de identificar las ofertas de la competencia se debe a que, en la primera etapa, de precalificación, existe incertidumbre sobre el número y

¹³⁹ Escrito 1 “Solicitud de eliminación y/o revocación de condiciones impuestas en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC”. Véase el folio 1391.

¹⁴⁰ Escrito 1 “Solicitud de eliminación y/o revocación de condiciones impuestas en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC”. Véase el folio 1395.

¹⁴¹ Escrito N° 5 “Precisa argumentos” presentado por ISA. Véase el folio 1621.

tipo de postores, mientras que, en la segunda, de oferta, no pueden conocer las ofertas presentadas hasta el día de apertura del sobre cerrado¹⁴².

La ST-SDC coincide con ISA. Así, considera como circunstancia sobrevenida la modificación del artículo 22 de la Ley 28832, introducida el 20 de enero de 2007, mediante el cual se dispuso que las licitaciones de transmisión puedan ser realizadas por PROINVERSION. Ahora, tanto el MINEM como PROINVERSION pueden convocar a concursos.

Al respecto, el marco normativo de la agencia promotora de la inversión establece que la entrega en concesión al sector privado debe ser ejecutada con propuestas remitidas en sobre cerrado. A la fecha de emisión de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, este mecanismo, que impide el comportamiento estratégico, era desconocido por la autoridad¹⁴³.

Por otro lado, la aplicación del segundo criterio se aprecia en la evaluación de las economías de escala como una ventaja en las licitaciones. La ST-CLC, de forma escueta, se limita a sostener que las economías de escala otorgadas por las líneas de transmisión de propiedad de ISA le continuaban confiriendo incentivos para hacerse de su beneficio, restringiendo el mercado de construcción y/o ampliaciones de los sistemas de transmisión¹⁴⁴.

En contraste, el órgano de apoyo de la segunda instancia añade que la CLC partió de la premisa que la presencia de economías de escala era una variable que le otorgaba una ventaja considerable a ISA frente a sus competidores. Sin embargo, la evidencia evaluada durante el procedimiento demuestra que esta ventaja puede ser superada por otros postores¹⁴⁵.

En síntesis, la ST-SDC y la SDC valoraron de forma adecuada el cambio de circunstancias alegado por ISA para el levantamiento de la segunda condición. Asimismo, cabe indicar que, a nivel comparado, se puede justificar la exoneración o modificación de una condición si se acredita una variación en las condiciones de competencia. También, se admite como justificación la falta de congruencia entre las predicciones realizadas por la agencia, y lo que efectivamente ocurrió en el mercado.

Por otro lado, con relación al procedimiento de revisión de condiciones previsto en la Ley 31112, debido a que artículo 9.1 impide la posibilidad de que se imponga una condición de conducta sin plazo determinado, este segundo criterio puede que no tenga un rol importante si se solicita el levantamiento antes de que este culmine. Nótese que la autoridad puede alegar que, antes de que concluya el horizonte temporal, no es factible obtener información fiable sobre la efectividad de la condición. Sin embargo, este segundo criterio puede ser de utilidad para evaluar la pertinencia de mantener, modificar o dejar sin efecto la condición una vez que el plazo haya vencido.

¹⁴² Escrito N°6 "Posición sobre opiniones de las entidades consultadas", presentado por ISA. Véase el folio 1780.

¹⁴³ Informe 014-2014/SDC-INDECOPI. Véase los folios 1856, 1857, 1858 y 1859

¹⁴⁴ Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI. Véase el folio 1611

¹⁴⁵ Informe 014-2014/SDC-INDECOPI. Véase el folio 1863

VII. Conclusiones

- En general, la política de competencia tiene como propósito limitar el ejercicio del poder de mercado de las empresas cuando pueda afectar en un grado importante el bienestar de la sociedad.
- El poder de mercado es la capacidad que tienen una empresa para fijar sus precios por encima de sus costos marginales.
- Las normas de control de concentraciones empresariales buscan evitar que se genere un escenario en el cual una estructura de mercado le permita a la entidad concentrada ejercer poder de mercado en perjuicio del bienestar social.
- Un análisis apropiado empieza con la identificación de un mercado relevante que pueda verse alterado por los efectos de la concentración horizontal. Con relación a los efectos, existe un consenso en su clasificación binaria: (i) efectos unilaterales (o no coordinados) y (ii) efectos coordinados.
- En el caso de operaciones de concentración horizontal, como la que ha sido objeto de aprobación en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, los efectos unilaterales pueden consistir en un aumento de precios, disminución de la cantidad ofertada o reducción de la calidad, provocada por la pérdida de una presión competitiva. Por otro lado, los efectos coordinados se asocian con la idoneidad, que una concentración posee, para producir un escenario de colusión explícita o tácita.
- El estándar de evaluación de los efectos de las concentraciones previsto en la LASE y la LCEE no es distinto al aplicado en el Derecho *Antitrust* o Derecho de la Competencia Europeo. Un riesgo podrá ser calificado como “riesgo a la competencia”, siempre que genera un perjuicio a un cliente o consumidor a causa de su poder de mercado.
- El COES es una entidad con facultades regulatorias, que se encarga de coordinar el despacho de energía en el sistema eléctrico interconectado nacional. Su actuación responde a funciones públicas que, en principio, deberían corresponderle al Estado.
- En la Resolución 012-99-INDECOPI/CLC, el riesgo vinculado con el COES pretendía evitar una posible distorsión en el despacho de energía eléctrica.
- Hasta antes de la emisión de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, la independencia del COES dependía del control de los órganos de gobierno. Controlar o tener influencia preponderante en un subcomité no afectaba el funcionamiento del COES.
- A partir de la Resolución 026-2006-INDECOPI/CLC, la independencia del COES se ha evaluado como un problema distinto a aquellos que involucran el ejercicio de poder de mercado en un mercado relevante.
- Hasta antes de la emisión de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, la independencia del COES dependía del control de los órganos de gobierno. Controlar o tener influencia preponderante en un subcomité no afectaba el funcionamiento del COES.
- A partir de la Resolución 038-2017-INDECOPI/CLC, se precisa que, para tener una injerencia preponderante mediante la Asamblea, se debe contar con tres de los cuatro subcomités. Además, pese a que no son órganos de gobierno, controlar un subcomité puede ejercer una influencia en el COES.
- Bajo el Decreto Legislativo 701, se reconoce que, en principio, el COES es una entidad con facultades administrativas y regulatorias. De forma excepcional, y

bajo determinado supuestos, sus actuaciones pueden ser revisadas como actos contrarios a la competencia.

- Bajo la Ley 31112, la CLC no se ha pronunciado sobre el funcionamiento del COES como riesgo a la competencia, pese a que ha evaluado una concentración empresarial entre firmas que integran el COES. Lo anterior puede deberse a la modernización que supuso el cambio normativo.
- La independencia del COES no es un bien jurídico que amerite protección bajo las normas de competencia. Las razones son las siguientes:
 - o La defensa de la independencia del COES tiene como propósito asegurar que las decisiones de esta entidad no estén influenciadas por intereses individuales, sino que estén orientadas hacia un mejor funcionamiento del sistema eléctrico. A partir de esto, se deduce que la preocupación de la autoridad no fue supervisar el poder de mercado de ISA, sino más bien, prevenir su influencia política en la toma de decisiones de una entidad con funciones regulatorias.
 - o La capacidad de influencia en el COES está relacionada con la cantidad de votos que un miembro puede ejercer en la Asamblea y/o en un subcomité, y no con la habilidad de una empresa para aumentar sus precios o modificar otras variables de competencia.
- En caso la independencia del COES pueda calificar como un riesgo a la competencia, el juicio efectuado por la CLC no es consistente con sus pronunciamientos previos. Hasta la fecha de emisión de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, la preocupación de la autoridad consistía en evitar que los órganos de gobierno puedan ser sometidos al control exclusivo de un solo grupo económico.
- Sujetar la autorización de una operación de concentración al cumplimiento de una condición, tiene como propósito eliminar los riesgos a la competencia identificados.
- De acuerdo con la práctica comparada, se puede justificar el levantamiento o modificación de una condición si se acredita un cambio a las condiciones de competencia en el mercado, o se demuestra que las proyecciones y supuestos adoptados por la autoridad no se condicen con lo que sucede en el mercado.
- En la Resolución 0623-2014/SDC-INDECOPI se observa que ambos criterios justificaron la revocación de la condición:
 - o El primer criterio se manifestó en la evaluación de los índices de concentración del mercado de transmisión eléctrica y la introducción del diseño de “sobre cerrado” en las licitaciones para la construcción y/o mantenimiento de líneas de transmisión. De esta manera, consideraron que el diseño de las licitaciones, al haber sido introducido con posterioridad a la resolución de autorización, era una circunstancia sobreviniente.
 - o El segundo criterio se manifestó en el análisis de las economías de escala que poseía ISA. La SDC no niega el hecho de que la solicitante gozaba de esta ventaja, y que ello no ha variado, sino, se centra en contrastar la efectividad del supuesto privilegio en las licitaciones. De esta manera, concluye que existen otras variables más importantes para lograr la adjudicación de la buena pro.

VIII. **Bibliografía**

ALLIENDE, Macarena

- 2020 “El nuevo sistema de control de concentraciones empresariales en Perú a la luz de la experiencia chilena”. *THEMIS Revista de Derecho*. Número 78, pp. 279-303.

BRODER, Douglas

- 2010 *U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*. Oxford University Press.

CÁCERES, Fernando

- 2001 “La descentralización de la función administrativa hacia esferas privadas: el caso del COES en el sector electricidad ¿pueden resolverse sus conflictos mediante arbitraje”. *THEMIS Revista de Derecho*. Número 37, pp. 351-369.

CAIRAMPOMA, Alberto y Paul VILLEGAS

- 2018 “Los alcances jurídicos del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional del Perú”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. Número 26, pp. 23-39.

CALDERÓN, Andrés

- 2010 *Estado versus competencia: cuando el estado provoca el incumplimiento de las leyes de defensa de la competencia*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho

COMISIÓN EUROPEA

- 2004 *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*. Consulta 15 de mayo de 2023.

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02))

- 2018 M.8955 – TAKEDA / SHIRE.

COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI

- 1999 Resolución 012-99-INDECOPI/CLC.
2001 Resolución 030-2001-INDECOPI/CLC.
2002 Resolución 016-2002-INDECOPI/CLC.
2002 Resolución 20-2002-INDECOPI/CLC.
2004 Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC.

- 2006 Resolución 003-2006-INDECOPI/CLC.
- 2006 Resolución 026-2006-INDECOPI/CLC.
- 2014 Resolución 007-2014-INDECOPI/CLC.
- 2014 Resolución 034-2014-INDECOPI/CLC.
- 2018 Resolución 001-2018/CLC-INDECOPI.
- 2018 Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI.
- 2019 Resolución 007-2019/CLC-INDECOPI.
- 2020 Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI.
- 2020 Resolución 022-2020/CLC-INDECOPI.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY

- 2015 *Remedies: Guidance on the CMA's approach to the variation and termination of merger, monopoly and market undertakings and orders.* Consulta: 8 de julio de 2023

https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a8156c7e5274a2e87dbd173/CMA11_Remedies_Guidance_revised_August_2015.pdf

CORTE GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- 2018 Caso T-712/16, *Deutsche Lufthansa AG v Commission*. Consulta: 29 de octubre de 2023.

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202001&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

DAMMERT, Alfredo, Raúl GARCÍA y Fiorella MOLINELLI

- 2008 *Regulación y supervisión del sector eléctrico.* Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

EZRACHI, Ariel

- 2021 *Competition and Antitrust Law: A Very Short Introduction.* Oxford University Press.

FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE

- 2006 *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines.* Consulta: 13 de julio de 2023.

<https://www.justice.gov/d9/383663.pdf>

- 2010 *Horizontal Merger Guidelines.* Consulta: 13 de julio de 2023.

<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>

FONCEL, Jerome, Marc IVALDI y Valerie RABASSA

2007 “Chapter 13: The Significant Impediment of Effective Competition Test in the New European Merger Regulation: In Theory and Practice”. *Contributions to Economic Analysis*. Volumen 282, pp. 349-367. Consulta 16 de junio de 2023.

<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0573855506820134>

FRANCIS, Daniel y Cristopher JON SPRIGMAN

2023 *Antitrust: Principles, Cases and Materials*. American Bar Association: Antitrust Law Section.

FRENZ, Walter

2016 *Handbook of EU Competition Law*. Berlin: Springer.

GAL, Michal

2003 *Competition Policy for Small Market Economies*. Harvard University Press.

IBAÑEZ, Pablo

2021 “EU Merger Control between Law and Discretion: When Is An Impediment to Effective Competition Significant?” *World Competition*. Volumen 44, número 4. Consulta: 15 de mayo de 2023.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3874304

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK

2006 *ICN Merger Guidelines Workbook*. Consulta: 19 de setiembre de 2023.

https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_MergerGuidelinesWorkbook.pdf

MANAYALLE Alejandro y Francisco FLORÍNDEZ

2020 “Comentarios al procedimiento de control de concentraciones en el sector eléctrico peruano”. *Forseti. Revista de Derecho*. Año 8, número 11, pp. 36-53.

MOTTA, Massimo

2018 *Política de Competencia: Teoría y Práctica*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

2004 “Substantive Criteria Used for the Assessment of Mergers”. *OECD Journal of Competition Law and Policy*. Volumen 6, número 3, pp. 87-182. Consulta: 10 de junio de 2023.

https://read.oecd-ilibrary.org/governance/substantive-criteria-used-for-the-assessment-of-mergers_clp-v6-art7-en#page1

2011 *Remedies in Merger Cases*. Consulta: 7 de noviembre de 2023.

<https://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT y THE WORLD BANK

2017 *A Step Ahead Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*. Washington, DC. Consulta: 20 de agosto de 2023.

<https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/3e03cae3-0d24-5355-979f-87307aba6999/content>

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN ENERGÍA Y MINERÍA

2016 *La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*. Lima.

PETRECOLLA Diego y Carlos ROMERO

2010 “El control de concentraciones en el sector eléctrico”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Volumen 6, número 11, pp. 87-115.

SAGERS, Christopher

2014 *Antitrust: Examples & Explanations*. Segunda Edición. Wolters Kluwer.

SANTIVANEZ, Roberto

1998 “Mercado Eléctrico peruano: principios y mecanismo de operación de sistemas de precios”. *THEMIS Revista de Derecho*. Número 37, pp. 111-128.

SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA

2000 *Estructura y funcionamiento del Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Peruano*. Lima.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI

2003 Resolución 072-2003/TDC-INDECOPI

2005 Resolución 0752-2005/TDC-INDECOPI

VANDE, Simon

2021 “Remedies in EU Merger Control - An Essential Guide”. *Working paper*. Consulta: 14 de junio de 2023.

https://www.researchgate.net/publication/350340657_Remedies_in_EU_Merger_Control_-_An_Essential_Guide

WHISH, Richard y David BAILEY

2012 *Competition Law*. Séptima Edición. Oxford University Press.



IX. Anexos

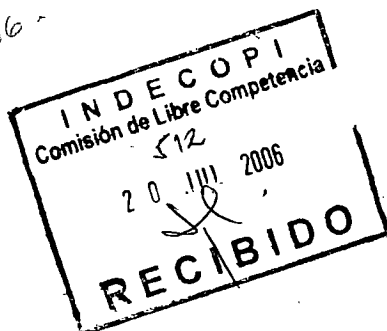
En calidad de anexos del presente informe se adjunta una copia de las principales piezas del expediente:

1. Escrito 1 “Notificación de Concentración en el sector eléctrico”, presentado por ISA.
2. Informe N° 030-2006-INDECOPI/ST-CLC.
3. Informe MEM/DGE N° 024-2006.
4. Informe OSINEG-GAR/DGT 086-2006.
5. Escrito N° 7 “Alegatos Finales”, presentado por ISA.
6. Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.
7. Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC.
8. Escrito N° 9 “Aclaración Resolución Final” presentado por ISA.
9. Escrito 1 “Solicitud de eliminación y/o revocación de condiciones impuestas en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC”.
10. Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI.
11. Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI.
12. Escrito N° 5 “Precisa argumentos” presentado por ISA.
13. Informe Técnico 070-2013-OEE-GART/OS.
14. Resolución 0240-2014/SDC-INDECOPI.
15. Informe Legal 002-2014-EM-DGE.
16. Escrito N°6 “Posición sobre opiniones de las entidades consultadas”, presentado por ISA.
17. Informe 014-2014/SDC-INDECOPI.
18. Resolución 0623-2014/SDC-INDECOPI.



ANEXO 1

005-2006



2003 JUL 19



Sumilla: **Notificación de Concentración en el sector eléctrico**
Escrito: **Nº 1**

677898

A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI

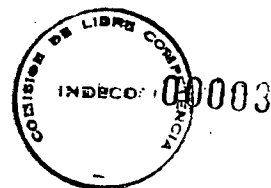
Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante ISA), empresa estatal colombiana debidamente representada por el señor **Carlos Ariel Naranjo Valencia**, identificado con Carné de Extranjería Nº 000156763 y domicilio en Canaval y Moreyra 522, Piso 11, San Isidro – Lima, señalando domicilio procesal para efectos del presente procedimiento en Calle Los Ángeles Nº 340, Miraflores, atentamente decimos:

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Nº 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, y su Reglamento, el Decreto Supremo Nº 017-98-ITINCI, cumplimos con solicitar la autorización previa del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, para la operación de concentración empresarial derivada de la posible adquisición de acciones del Consorcio Transmantaro S.A.

I. Empresas eléctricas peruanas involucradas en la operación.

Las empresas eléctricas peruanas involucradas en la operación objeto de la presente solicitud son tres:

- Red de Energía del Perú S.A.
- Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A.
- Consorcio Transmantaro S.A.



ISA tiene el control de las empresas de transmisión eléctrica peruanas Red de Energía del Perú S.A. e Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A., a través de participación directa e indirecta –a través de TRANSELCA S.A. E.S.P.- en el capital social de las mismas. Red de Energía del Perú S.A. es la empresa concesionaria de los Sistemas de Transmisión correspondientes a las empresas del Estado Peruano ETECEN y ETESUR. Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A. es la empresa concesionaria de las líneas de transmisión de Oroya–Carhuamayo–Paragsha-Derivación Antamina, y Aguaytía–Pucallpa. Ninguna de las empresas antes mencionadas tiene vinculación con otras empresas eléctricas que operen en el mercado peruano.

Consortio Transmantaro S.A. es la empresa concesionaria de la línea de transmisión Mantaro-Socabaya; la cual une los Sistemas de Transmisión de ETECEN y ETESUR que viene operando Red de Energía del Perú S.A. Los accionistas del Consortio Transmantaro S.A. son: (i) la empresa canadiense Hydro-Québec International Inc., dedicada al transporte y distribución de electricidad, que cuenta con el 56.67% de acciones; (ii) el Fonds de Solidarité des Travailleurs du Québec, fondo canadiense de desarrollo de capitales que tiene el 28.33% de acciones; y (iii) la empresa estatal peruana ETECEN que cuenta con el 15% de acciones.

II. Operación de concentración

La operación de concentración para la cual se solicita la autorización previa del INDECOPI, según lo establecido por los artículos 1 y 2 de la Ley 26876, es la adquisición directa e indirecta del control del Consortio Transmantaro S.A. por parte de ISA, a través de la compra de la totalidad de sus acciones en partes o tres etapas, tal como se explica a continuación.

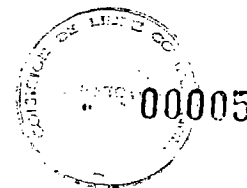
- a) Con fecha 16 de mayo del presente año, ISA y Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. (en adelante EEB) han llegado a un acuerdo con Hydro



Québec Internacional Inc. para la compra de acciones que esta última empresa tiene en el Consorcio Transmantaro S.A. ISA adquiriría el 60% de dichas acciones mientras que EEB compraría el 40% de las mismas. El artículo 9 del acuerdo de compra de acciones de Hydro Québec Internacional Inc. establece de forma expresa e indubitable que el cierre de la operación y el consiguiente pago, sólo puede efectuarse una vez que se haya obtenido la autorización del INDECOPI. Es decir, el incumplimiento de esta condición impide que se lleve a cabo la operación. En tal sentido, se ha cuidado de condicionar la realización del acto de concentración notificado al requisito de obtener previamente la aprobación de parte del INDECOPI, en estricto cumplimiento de lo previsto por el artículo 3 de la Ley 26876. Para mayor detalle sobre los términos de la cláusula mencionada ver el Formulario de Notificación adjunto.

- b) La adquisición de acciones de Hydro Québec Internacional Inc., incluye posibilidad de que ISA y EEB también adquieran el 28.33% de acciones del Consorcio Transmantaro S.A. correspondientes al Fonds de Solidarité des Travailleurs du Québec, en las mismas condiciones pactadas con Hydro Québec Internacional Inc.
- c) Adicionalmente, ISA y EEB también se encuentran a la espera de que se defina los pormenores para la transferencia al sector privado del 15% de acciones del Consorcio Transmantaro S.A. correspondientes a la empresa estatal ETECEN, para efectos de hacer la propuesta de adquisición correspondiente.

ISA y EEB han decidido adquirir las acciones correspondientes al Fonds de Solidarité des Travailleurs du Québec y a ETECEN en la misma proporción en que han acordado adquirir las acciones de Hydro Québec Internacional Inc., esto es, 60% la primera y 40% la segunda.



Consecuentemente, de obtenerse la autorización del INDECOPI, ISA sería quien controlaría efectivamente el Consorcio Transmantaro S.A. contando con el 60% de sus acciones (los pormenores de la operación se explican con mayor detalle en el Formulario de Notificación adjunto).

ISA ya controla a las empresas Red de Energía del Perú S.A. e Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A. Con la adquisición de las acciones del Consorcio Transmantaro S.A. pasaría a controlar a estas tres empresas de transmisión. ISA y sus empresas controladas actualmente no tienen vinculación alguna con otras empresas que operen en los segmentos de generación o distribución del mercado peruano, por lo que la operación notificada es de carácter horizontal.

En tal virtud, se solicita que la autorización de la adquisición directa e indirecta del control del Consorcio Transmantaro S.A. por parte de ISA, incluya no sólo la compra del 56.67% de acciones correspondientes a Hydro Québec Internacional Inc., sino también la adquisición del 28.33% de acciones de titularidad del Fonds de Solidarité des Travailleurs du Québec y del 15% de acciones que corresponden a ETECEN.

El hecho de que la compra del total de acciones del Consorcio Transmantaro S.A. se realice en tres partes o etapas no modifica la naturaleza del acto de concentración cuya autorización se está solicitando al INDECOPI, esto es la concentración de Red de Energía del Perú S.A., Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A. y Consorcio Transmantaro S.A. bajo el control de ISA.

III. Umbrales para la notificación

La operación de concentración notificada se encuentra dentro de los umbrales establecidos por el artículo 3 de la Ley 26876 para efectos de considerar que se requiere solicitar la autorización previa del INDECOPI. Al respecto, de conformidad con dicha norma, aquellas operaciones de concentración

horizontal que involucren a empresas que posean previa o posteriormente a la operación, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado, requieren la autorización previa mencionada. El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG es el encargado de calcular semestralmente de los porcentajes de participación en el mercado, en función de los ingresos percibidos por las empresas eléctricas, según lo establecido en el artículo 8 de la Ley N° 26876 y artículo 9 de su Reglamento.

Dado que no se conoce de un cálculo de porcentajes de participación por parte del OSINERG para el presente año, puede tenerse en cuenta, a efectos referenciales, que según el último cálculo publicado por el OSINERG en su página web institucional, correspondiente al primer semestre del año 2004, los porcentajes de las tres empresas involucradas en la operación fueron¹:

- Red de Energía del Perú S.A. contaba con el 46.79%
- Consorcio Transmantaro S.A. tenía el 21.06%
- Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A. registraba el 8.29%

En tal sentido, debe entenderse que la concentración notificada involucra a empresas que poseen más del 15% de la participación de ingresos percibidos por actividades de transmisión eléctrica.

IV. Mercados relacionados con la operación

Como se ha señalado previamente, la operación involucra únicamente a empresas dedicadas a la actividad de transmisión eléctrica en el mercado peruano. Los Sistemas de Transmisión operados por las empresas involucradas se extienden por gran parte del territorio peruano, en la costa desde Tumbes hasta Tacna, incluyendo también gran parte de la sierra sur y

¹ Ver la página web del OSINERG: http://www.osinerg.gob.pe/osinerg/elect/post_transmisora2004_1.jsp (visitada el 17 de julio de 2006).

una sección de la selva central. Se adjunta el mapa del Sistema Eléctrico Nacional en el cual se pueden apreciar las líneas de transmisión de cada una de las empresas involucradas en la operación (Anexo 1-D).

La operación no involucra a empresas de generación o distribución eléctrica que operen en el Perú, por lo cual no puede considerarse que dichos mercados se encuentren afectados por la operación, salvo en lo que pudiera corresponder al acceso a las redes de transmisión.

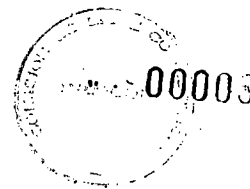
En tal sentido, debe afirmarse que el mercado relevante en el presente caso es el servicio de transmisión en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional.

V. Efectos de la operación sobre el mercado

5.1. Índices de concentración

Actualmente el índice de concentración que registra la actividad de transmisión eléctrica en el Perú –medido en función del Índice Herfindahl-Hirschman– asciende a 2,822.51 puntos. Es decir, que previamente a la operación el referido índice ya se encontraría elevado según los parámetros usuales considerados para el efecto (es decir, índices por encima de 1800 puntos). Cabe indicar que se tiene este nivel de concentración en parte como consecuencia de la unión de los sistemas de transmisión correspondientes a ETECEN y ETESUR en manos de un solo operador, operación que fue autorizada previamente por el INDECOPI (mediante Resolución N° 016-2002-INDECOPI/CLC) considerando que la misma no generaría efecto negativo alguno en el mercado eléctrico peruano. Luego de la operación de concentración, el referido índice se elevaría a 3,473.19 puntos.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en determinadas industrias, como la eléctrica, los índices de concentración son por lo general más elevados que en



el común de las industrias, debido a que se trata de industrias que usualmente cuentan con pocos agentes y tienen un carácter oligopólico inherente. Esto sucede en particular en ciertas actividades como la de transmisión, que tiene características de monopolio natural, debido a los elevados costos hundidos que involucra y a las economías de escala que se presentan en la operación de los sistemas de transmisión.

Más aún, también debe considerarse que en el caso de la actividad de transmisión los índices de concentración no son un indicador adecuado sobre el grado de competencia, por el carácter de monopolio natural de las redes de transmisión, que lleva a que sean complementarias más que competidoras. Esto ha sido expresamente señalado por el INDECOPI en la Resolución N° 016-2002-INDECOPI/CLC, mediante la cual autorizó la concentración de las redes de ETECEN y ETESUR: *"(...) es importante anotar que para el caso concreto de la transmisión, los cálculos del índice de concentración no constituyen un buen indicativo del grado de competencia en dicho mercado, dado que las empresas de transmisión no compiten directamente, toda vez que cada tramo de la red es monopolístico y complementario entre sí"*.

Para mayor detalle, incluyendo la opinión favorable a dicha concentración de parte del OSINERG ver el Formulario de Notificación adjunto.

5.2. Posibles efectos sobre la competencia y otros aspectos

Si bien la operación incrementa el grado de concentración existente en el segmento de transmisión, ello no afecta las condiciones de competencia existentes en ningún aspecto.

En cuanto a los efectos de tipo horizontal, las condiciones del segmento de transmisión no se ven afectadas debido a que las empresas de transmisión no compiten entre sí, dado el carácter de monopolio natural que tienen. Esto ha

sido estudiado por el INDECOPI en la Resolución N° 016-2002-INDECOPI/CLC. Por ello, la operación de concentración notificada no podría reducir la rivalidad entre las empresas transmisoras involucradas en la operación propuesta.

Adicionalmente, la operación propuesta tampoco tendría efectos sobre la conformación y toma de decisiones al interior del COES. El Directorio del COES está conformado por nueve miembros, de los cuales ocho son designados por las generadoras y sólo uno por las transmisoras, siendo esta última designación de forma rotativa y anual, comenzando con la empresa transmisora que tenga el mayor número de líneas (artículo 85 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas). Dada la participación mínima que tienen las transmisoras en las votaciones del Directorio, su capacidad de influenciar las decisiones del COES es bastante reducida. Por ello en la Resolución N° 016-2002-INDECOPI/CLC el INDECOPI señaló que: *"(...) los efectos de la operación notificada sobre las decisiones del COES serán inocuos"*.

En cuanto a los efectos de carácter vertical, las empresas de transmisión están impedidas de comercializar electricidad (artículo 233 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas), con lo cual no pueden competir con generadores o distribuidores en la venta de energía. Además, las empresas involucradas en la operación de concentración notificada no se encuentran vinculadas ni tienen relación alguna con empresas de otros segmentos de la industria, es decir, con generadores o distribuidores. En tal virtud, la entidad resultante de la concentración no tendría incentivos para incurrir en prácticas de exclusión de dichas empresas, ni podría aprovechar de su situación para imponer precios o condiciones monopólicas.

Al respecto, la regulación existente en el sector no sólo impide negativas de trato en el acceso a las redes de transmisión (artículo 33 de la Ley de Concesiones Eléctricas y Contratos de Concesión); sino también la posibilidad

de aplicar precios monopólicos o discriminatorios por dicho acceso (artículo 60 de la Ley de Concesiones Eléctricas y artículos 132-141 de su Reglamento; artículo 62 de la Ley de Concesiones Eléctricas); así como el uso de conductas de degradación de la calidad de la transmisión (artículo 31 literal b de la Ley de Concesiones Eléctricas y la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, Decreto Supremo N° 20-97-EM), entre otros. La Comisión de Libre Competencia llegó a estas mismas conclusiones previamente en la citada Resolución N° 016-2002-INDECOPI/CLC, que autorizó la concentración de los Sistemas de Transmisión de ETECEN y ETESUR.

Cabe señalar que la decisión del INDECOPI antes mencionada se soportó en buena parte en las opiniones emitidas con ocasión del procedimiento respectivo por diversas entidades vinculadas con el sector eléctrico peruano. Dichas opiniones señalaban que tratándose de una operación que concentraba principalmente el segmento de la transmisión eléctrica, no existía mayor probabilidad de que una concentración de esa naturaleza produjera efectos nocivos sobre el mercado. A continuación se citan algunas de las conclusiones más relevantes de las referidas opiniones (para mayor detalle ver el Formulario de Notificación adjunto):

- **OSINERG:**

"En nuestra opinión, en el caso concreto de la concentración analizada, resulta poco probable que se produzcan efectos negativos evidentes sobre la tarifa de transmisión, la competencia y la regulación del sector eléctrico. Ello se debe principalmente a la existencia de una provisión de acceso a las redes de transmisión, y al hecho que la transmisión, actividad con marcadas características de monopolio natural, se encuentra regulada y actualmente impedida de realizar actividades de comercialización" (subrayado agregado).

- **Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas**

"En resumen, la concesión de ETECEN y ETESUR a ser suscrita por ISA con el Estado Peruano, desde el punto de vista de la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, no modifica ni afecta las condiciones establecidas por la ley para la formación de las tarifas eléctricas, el acceso libre a los sistemas de transmisión ni las coordinaciones de despacho de generación, y sí es favorable a las interconexiones internacionales de transmisión de energía".

- **Pro-Inversión:**

"El informe considera que la concentración de las actividades de transmisión (incluso en una sola empresa) no genera efectos nocivos sobre la competencia en el mercado eléctrico, dado que, tanto las condiciones de operación, como las principales variables (precios, costos y calidad) se encuentran sujetas a una extensa regulación y supervisión que garantiza la transparencia y la no discriminación en el acceso" (subrayado agregado).

- **Defensoría del Pueblo:**

"La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI ha autorizado solicitudes de concentración de la generación, e incluso de integración vertical de los mercados de generación y distribución, que en nuestra opinión podrían afectar la competencia en el mercado eléctrico peruano. A partir de los antecedentes mencionados y mientras se encuentre en vigencia la actual normativa del sector eléctrico peruano, apreciamos que resultaría muy difícil denegar solicitudes de concentración o establecer limitaciones a otras empresas, más aún si como el caso comentado, la empresa que solicita la autorización no participa en los mercados nacionales de generación y distribución eléctrica" (subrayado agregado).

En virtud de todo lo anterior, resulta evidente que la operación de concentración horizontal en el segmento de la transmisión que es objeto de la presente notificación no tendrá efectos perjudiciales sobre el mercado y, por el

contrario, lo beneficiara como consecuencia de la operación conjunta de redes de carácter complementario.

5.3. Eficiencias generadas

Como se ha señalado, la operación notificada no ocasionará efectos perjudiciales en el mercado eléctrico peruano, sino que por el contrario generará eficiencias trasladables al usuario final a través de un servicio de mayor confiabilidad y seguridad.

En efecto, la operación permitirá la operación conjunta de los Sistemas de Transmisión de ETECEN y ETESUR, y de la línea de transmisión Mantaro-Socabaya que los une. La operación permitirá tener reservas de equipos compartidos entre las tres empresas concentradas. La operación conjunta de todas esas líneas de transmisión redundará en una mejor coordinación en su funcionamiento y, consecuentemente, en el logro de una mayor confiabilidad para todos los usuarios del sistema interconectado nacional. En tal sentido, el efecto de la operación de concentración sobre las transacciones de venta de energía será positivo. Dado que el Sistema de Transmisión debe operar como un todo, su integración en cabeza de un solo operador mejora la confiabilidad y seguridad del sistema por cuanto se logra una operación coordinada desde un solo centro de control, igualmente se logra mas eficiencia en la coordinación de los mantenimientos, la coordinación de protecciones, el control de tensiones en todas las barras y en general una mejor supervisión de las principales variables eléctricas del sistema. Adicionalmente, la operación puede significar economías de escala que puede redundar en la mejora del servicio y reducción de costos, por ejemplo, en la compra de repuestos, equipos de emergencia y equipamiento que se renuevan cada 5 años o en función de los avances tecnológicos (para mayor detalle ver el Formulario adjunto en la parte correspondiente).

VI. Transferencia posterior de las acciones adquiridas a otro vehículo de inversión

Se está contemplando que el control por ISA del 60% de Consorcio Transmantaro S.A. se canalice en parte mediante su subsidiaria TRANSELCA S.A. E.S.P. u otro vehículo intermedio. El objetivo final es que la propiedad de las acciones de Consorcio Transmantaro S.A. se distribuya, de forma igual a como se distribuye la propiedad en Red de Energía del Perú S.A., entre ISA (30%), TRANSELCA S.A. E.S.P. (30%) y EEB (40%) se de forma directa o indirecta mediante un vehículo intermedio, mayor detalle al respecto es proporcionado en el formulario adjunto.

Por tanto:

A la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI solicitamos admitir a trámite la presente solicitud y, en su oportunidad, autorizar la operación de concentración notificada sin limitación alguna y con los alcances señalados en el punto II de la presente solicitud.

Primer Otrosi: Interviene en la presente solicitud EEB debidamente representada por el señor Carlos Ariel Naranjo Valencia, identificado con Carné de Extranjería N° 000156763 y domicilio en Canaval y Moreyra 522, Piso 11, San Isidro – Lima, según poder cuya copia se adjunta, para efectos de ratificar los términos y alcances de la misma.

Segundo Otrosi: Mediante el artículo segundo de la Resolución N° 052-2006-INDECOPI/CLC la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI resolvió disponer la devolución a ISA del monto de la tasa administrativa de 50 UIT correspondiente al procedimiento de autorización previa iniciado bajo el expediente N° 004-2006/CLC (ticket N° 885-0000003506, del 07 de junio de 2006),

al amparo de lo dispuesto por el artículo 125 numeral 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En tal virtud, para efectos de acreditar el pago de la tasa administrativa correspondiente a la tramitación del presente procedimiento, que asciende a la suma equivalente a 50 UIT, adjuntamos la Nota de Crédito emitida por el INDECOPI para efectos de la devolución de la tasa antes referida.

Tercer Otrosi: Se incluyen los siguientes anexos de la presente solicitud de autorización previa

Anexo 1-A: Copia del documento de Identidad del señor Carlos Ariel Naranjo Valencia.

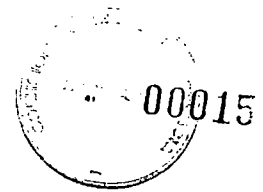
Anexo 1-B: Poder que acredita la representación legal de **ISA** que ejerce el señor Carlos Ariel Naranjo Valencia; así como copia del certificado de existencia de la referida empresa emitido por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia - Colombia.

Anexo 1-C: Poder que acredita la representación legal de EEB que ejerce el señor Carlos Ariel Naranjo Valencia; así como copia del certificado de existencia de la referida empresa emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá - Colombia.

Anexo 1-D: Mapa del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional.

Anexo 1-E: Nota de Crédito emitida por el INDECOPI que acredita el pago de la tasa de 50 UIT.

Anexo 1-F: Formulario para la Notificación de Concentraciones en el Sector Eléctrico debidamente llenado y con los siguientes Adjuntos:



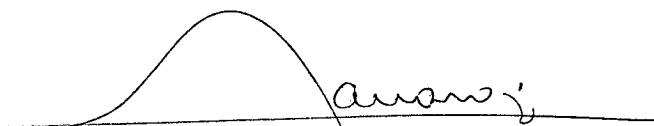
- Adjunto A: Estructura accionaria y de gestión de **ISA**.
- Adjunto B: Copia de la Escritura Pública de Constitución de Red de Energía del Perú S.A.
- Adjunto C: Memoria Anual 2005 de Red de Energía del Perú S.A.
- Adjunto D: Copia de la Escritura Pública de Constitución de Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A.
- Adjunto E: Memoria Anual 2005 de Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A.
- Adjunto F: Estructura accionaria y de gestión de las empresas del Grupo **ISA**, así como un gráfico explicativo.
- Adjunto G: Estructura accionaria y de gestión de EEB.
- Adjunto H: Copia de la carta de invitación del Banquero de Inversión encargado del proceso de venta de acciones de Hydro-Québec Internacional Inc. y del Memorando Informativo que se entregó a los potenciales interesados en la compra. Se incluye traducción de ambos documentos con indicación y suscripción del traductor. Esta documentación se encuentra en el sobre de información confidencial, por lo que se incluye un resumen no confidencial de la misma.
- Adjunto I: Copia del Acuerdo de Compra de Acciones ("Stock Purchase Agreement") para adquirir las acciones que posee Hydro-Québec Internacional Inc. en el Consorcio Transmantaro S.A. Se incluye traducción de este documento con indicación y suscripción del traductor. Esta documentación se encuentra en el sobre de información confidencial, por lo que se incluye un resumen no confidencial de la misma.

- Adjunto J: Copia de las Bases para la Subasta Pública de las Acciones del Estado en la Empresa Consorcio Transmantaro S.A.
- Adjunto K: Documentos que acreditan la decisión de **ISA** y de EEB para la adquisición de las acciones del Consorcio Transmantaro S.A. en porcentajes de 60% y 40% de la inversión involucrada, respectivamente. Esta documentación se encuentra en el sobre de información confidencial, por lo que se incluye un resumen no confidencial de la misma.
- Adjunto M: Documento de precisiones sobre la estructura financiera de la operación y documentación sobre la emisión y colocación de bonos de deuda pública interna que ha sido autorizada a **ISA**. La mayor parte de la documentación sobre bonos se encuentra en el sobre de información confidencial; el documento de precisiones debe considerarse como resumen no confidencial.
- Adjunto N: Cuadro que contiene la información correspondiente a las redes de transmisión y sus características.
- Adjunto O: Copia del Contrato de Concesión de Red de Energía del Perú S.A.
- Adjunto P: Copia del Contrato de Concesión de Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A.
- Adjunto Q: Copia del Contrato de Concesión de Consorcio Transmantaro S.A.
- Adjunto R: Cuadros de los clientes de Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A., de Red de Energía del Perú S.A. y del Consorcio Transmantaro S.A.

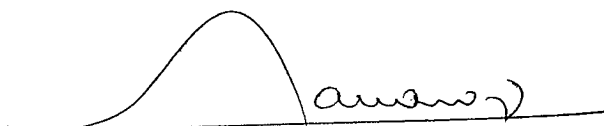
indicando los montos pagados por cada uno de ellos, así como su participación en los ingresos que perciben las referidas empresas transmisoras, considerando todos los servicios brindados para los años 2004 y 2005.

- Adjunto S: Cuadro sobre porcentajes de líneas de transmisión por empresa considerados en kilómetros de líneas.
- Adjunto T: Cuadros sobre los índices de concentración HHI antes y después de la operación notificada.

Lima, 19 de julio del 2006.



Carlos Ariel Naranjo Valencia
Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.

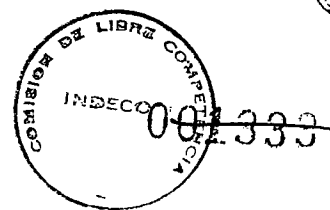


Carlos Ariel Naranjo Valencia
Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P.



ANEXO 2

INFORME N° 030-2006-INDECOPI/ST-CLC



A : **Comisión de Libre Competencia**
DE : **Ernesto López Mareovich**
Secretario Técnico

Francisco Sigüeñas Andrade
Asistente Económico

Roxana Arellano García
Asistente Legal

ASUNTO : Procedimiento de autorización previa de una operación de concentración en el sector eléctrico peruano, iniciado a solicitud de la empresa Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., en aplicación de lo dispuesto en la Ley 26876.

FECHA : 20 de septiembre de 2006

PREÁMBULO

El presente informe recoge la opinión de esta Secretaría Técnica con relación a la solicitud de autorización previa para la operación de concentración en el sector eléctrico presentada por la empresa Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en lo sucesivo, ISA), en virtud de la cual dicha empresa adquiriría en distintas etapas la totalidad de las acciones de la empresa Consorcio Transmantaro S.A. (en lo sucesivo, CTM), de acuerdo a lo establecido en la Ley 26876 y sus disposiciones reglamentarias.

El informe está estructurado de la siguiente manera:

I.	ANTECEDENTES	2
1.1.	Marco institucional	2
1.2.	Expediente N° 005-2006/CLC	4
II.	SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN	4
III.	EL SECTOR ELÉCTRICO EN EL PERÚ	6
IV.	MARCO JURÍDICO APLICABLE	9
4.1.	La Constitución Política	9
4.2.	Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y su Reglamento	11
4.2.1.	Delimitación de la definición de control en las operaciones de concentración ..	14
V.	ANÁLISIS DE PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN	20
5.1.	Estructura de control en CTM	20
5.2.	Adquisición sucesiva de acciones de CTM	21
VI.	POTENCIALES EFECTOS DEL ACTO DE CONCENTRACIÓN	26
VII.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	26



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance



01334



I. ANTECEDENTES

1.1. Marco institucional

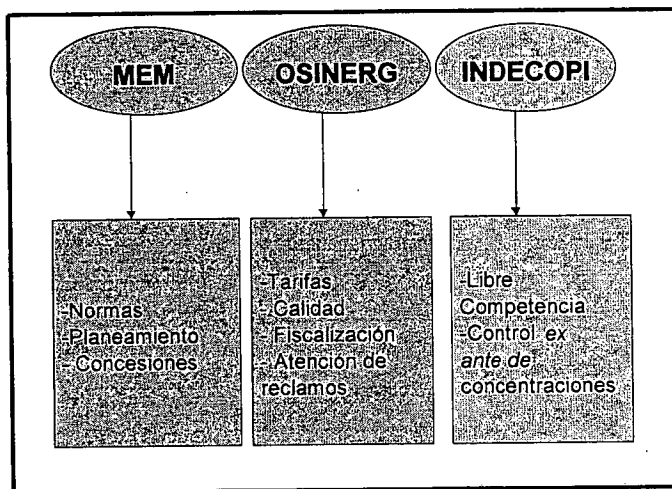
1. El marco normativo que regula la industria eléctrica peruana está constituido principalmente por la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844 (en lo sucesivo, LCE) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM (en adelante, Reglamento de la LCE).
2. Este marco normativo fue la base para desintegrar horizontal y verticalmente los activos de generación, transmisión y distribución del Estado, que hasta antes de la reforma en el sector se encontraban fusionados en las empresas públicas Electroperú S.A. y Electrolima S.A. A partir de dichos activos se crearon otras empresas a las que se les otorgó concesiones y autorizaciones para la operación en las actividades respectivas. Algunas de dichas empresas han sido transferidas al sector privado como parte del proceso de privatización.
3. Adicionalmente, se emprendió una reforma institucional consistente en la creación de entidades públicas y privadas, y la reorganización de las funciones de las instituciones existentes. De esta manera, se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (en adelante, Osinerg) responsable de la fiscalización y supervisión de las empresas en los sectores de electricidad e hidrocarburos, así como de la fijación de tarifas de las actividades eléctricas reguladas¹.
4. Con la creación de Osinerg, las funciones desempeñadas por el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MEM) se centraron en el otorgamiento de concesiones y en la promulgación de normas de carácter general sobre el sector.
5. Posteriormente, se aprobó la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley N° 26876 (en lo sucesivo, la Ley) la cual otorgó a la Comisión de Libre Competencia del Indecopi (en lo sucesivo, la Comisión) competencias para pronunciarse respecto de las solicitudes de autorización previa de operaciones de concentración en el sector eléctrico.
6. El gráfico siguiente muestra cómo están distribuidas las competencias de las distintas instituciones antes mencionadas para conocer asuntos relacionados directamente con el desarrollo de las actividades en el sector eléctrico.

¹ Hasta el año 2000, la fijación de tarifas en el sector era realizada por la Comisión de Tarifas de Energía (denominada anteriormente Comisión de Tarifas Eléctricas, en adelante, CTE). No obstante, la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, dispuso que a más tardar el 31 de diciembre del año 2000 la CTE y el OSINERG se integraran como un solo organismo bajo la denominación de este último.

En la actualidad la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria del OSINERG se encarga de elaborar las tarifas aplicables al sector energía.



Gráfico N° 1
Instituciones públicas con competencias
para supervisar o regular el sector eléctrico



Elaboración: ST/CLC-INDECOPI

7. La reforma de los años noventa en el sector eléctrico involucró también un cambio en el sistema de regulación tarifaria. Así, conforme al artículo 42 de la LCE los precios regulados deben reflejar los costos marginales de suministro y se estructuran de manera que promuevan la eficiencia en el sector.
8. Bajo este esquema de regulación tarifaria, los precios regulados del segmento de generación se deben estimar en función a los costos marginales de operación, mientras que las tarifas de los segmentos de transmisión y distribución (monopolios naturales) se estiman en función a los costos medios eficientes de dichas actividades. En el caso de la transmisión, el costo medio eficiente (Costo Total de Transmisión) comprende la anualidad de la inversión y los costos estándares de operación y mantenimiento del Sistema Económicamente Adaptado²; mientras que en el caso de la tarifa de distribución, ésta comprende las tarifas en barra y el Valor Agregado de Distribución el cual estará basado en la comparación con una empresa modelo eficiente (modelo regulatorio denominado *yardstick competition*)³.
9. De otro lado, como parte de las reformas emprendidas, se liberalizó el mercado de "clientes libres", compuesto por los usuarios con una demanda superior 1 MW (Mega Watt) de potencia. Para dichos clientes se estableció la posibilidad de contratar de manera libre su suministro ya sea con una empresa de generación o con una empresa de distribución. En este sentido, con el objetivo de promover la competencia en el sector, se estableció la obligación de brindar acceso abierto a las redes de transmisión y distribución a efectos de viabilizar que las empresas de generación puedan comercializar energía a clientes libres situados en cualquier ámbito del Sistema Interconectado⁴, en particular, en las áreas de concesión de las empresas de distribución.

² Conforme a las Definiciones contenidas en el Anexo de la LCE, el Sistema Económicamente Adaptado es aquel sistema eléctrico en el que existe una correspondencia de equilibrio entre la oferta y la demanda de energía, procurando el menor costo y manteniendo la calidad del servicio.

³ Bajo dicho esquema se dice que la empresa "compite" con una empresa modelo (competencia por comparación).

⁴ Conforme a las Definiciones contenidas en el Anexo de la LCE, un Sistema Interconectado es un conjunto de líneas de transmisión y subestaciones eléctricas conectadas entre sí, así como sus respectivos centros de despacho de carga, que permite la transferencia de energía eléctrica entre dos o más sistemas de generación.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
 Lloyd's Register Quality Assurance

10. Asimismo, la LCE estableció un "mercado regulado" compuesto por aquellos clientes del Servicio Público de Electricidad con demandas hasta 1 MW de potencia. Estos clientes pasaron a ser suministrados de forma exclusiva y con tarifas reguladas por las empresas operadoras del área de distribución respectiva.

001336

11. Finalmente, paralelamente a la constitución de los mercados libre y regulado de electricidad, se estableció un sistema de despacho centralizado de las unidades de generación, administrado a través de un Comité de Operación Económica del Sistema (en lo sucesivo, COES). Mediante los programas de operación y mantenimiento de unidades de generación elaborados por el COES, las centrales son convocadas a producir electricidad en función a sus menores costos marginales de corto plazo, independientemente de las obligaciones contractuales de suministro que dichas empresas puedan mantener con sus clientes. Las empresas de generación que no son llamadas a despachar pero que tienen contratos de suministro celebrados, deben adquirir la energía a otras empresas de generación, creándose de esta forma un mercado entre generadores al interior del COES (denominado mercado *spot*).

1.2. Expediente N° 005-2006/CLC

12. El 19 de julio de 2006, ISA presentó ante la Comisión una solicitud de autorización previa para una operación de concentración en el sector eléctrico, mediante la cual adquiriría en distintas etapas la totalidad de acciones de CTM.
13. Mediante Carta N° 175-2006/CLC-INDECOPI, del 11 de agosto de 2006, esta Secretaría Técnica realizó un requerimiento de información a la empresa notificante, con el objeto de recabar mayores elementos de juicio para que la Comisión se pronuncie sobre la solicitud presentada.
14. Mediante Escrito N° 3, del 23 de agosto de 2006, ISA absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta N° 175-2006/CLC-INDECOPI.
15. Mediante Oficios números 132, 133, 134, 135 y 136-2006/CLC-INDECOPI, dirigidos al Osinerg, MEM, al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, respectivamente, esta Secretaría Técnica pidió opinión sobre la solicitud de autorización previa para la operación de concentración en el sector eléctrico presentada por ISA.

II. SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN

16. ISA es una empresa colombiana, cuyos principales accionistas son la República de Colombia (a través de su Ministerio de Hacienda y Crédito Público) y Empresas Públicas de Medellín E.S.P. - EPM, con participaciones del 59,2990% y 10,6819%, respectivamente⁵. Dicha empresa participa del mercado eléctrico peruano a través de la propiedad directa e indirecta de dos empresas que realizan actividad de transmisión eléctrica, Red de Energía del Perú S.A. (en lo sucesivo, REP) e Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A. (en lo sucesivo, ISA Perú).

⁵ La participación restante se distribuye entre distintos accionistas con participaciones menores al 5%.





17. Los propietarios de REP son ISA, con el 30% de acciones, Transelca S.A. (en lo sucesivo, Transelca), con el 30%, y la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. (en lo sucesivo, EEB), con el 40%. Por su parte, el propietario con mayor participación en Transelca es ISA con el 64,99% de acciones, seguido de Ecopetrol S.A. (en lo sucesivo, Ecopetrol) con el 34,99%.
18. Los propietarios de ISA Perú son ISA, con el 54,86% de acciones; Transelca, con el 28,07%; y, el Fondo de Inversión en Infraestructura, Servicios Públicos y Recursos Naturales, con el 17,07%.
19. Asimismo, EEB es una empresa cuyo mayor propietario es el Distrito Capital de Bogotá, con un 81,5% de acciones, seguido de Ecopetrol, Luz de Bogotá S.A. y Capital Energía S.A., con 7,3%, 5,5% y 5,5% respectivamente.
20. Por su parte CTM es una empresa que realiza la actividad de transmisión eléctrica en el mercado peruano y se desempeña como concesionaria de la línea de transmisión Mantaro – Socabaya. Sus accionistas son Hydro Québec Internacional Inc. (en lo sucesivo, Hydro Québec), con un 56,67% de acciones; Fonds de Solidarité des Travailleurs du Québec (en lo sucesivo, el Fondo), con el 28,33%; y, la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. (en lo sucesivo, Etecen), con el 15,00%.
21. El acto de concentración notificado plantea la adquisición directa o indirecta por parte de ISA del control de CTM, a través de la compra de la totalidad de las acciones pertenecientes Hydro Québec, el Fondo y Etecen, en tres distintas partes o etapas:
- La adquisición del 56,67% de acciones de Hydro Québec. Conforme a lo establecido en el acuerdo del 16 de mayo de 2006, suscrito entre Hydro Québec e ISA y EEB, estos últimos acuerdan comprar las acciones de manera que el 60% correspondería a ISA y el 40% a EEB.
 - La adquisición del 28,33% de acciones que corresponden al Fondo, en las mismas condiciones a las pactadas con Hydro Québec.
 - La adquisición del 15% de acciones de Etecen.⁶

Asimismo, ISA señaló que: *"ISA y EEB han decidido adquirir las acciones correspondientes al Fonds de Solidarité des Travailleurs du Québec y a ETECEN en la misma proporción en que han acordado adquirir las acciones de Hydro Québec Internacional Inc., esto es, 60% la primera y 40% la segunda."*

22. Al respecto, la notificante manifiesta que el acto de concentración bajo análisis se encontraría dentro de los alcances de la Ley, pues según la información publicada por el Osinerg al primer semestre del año 2004, la mencionada operación superaría el umbral del 15% señalado el artículo 3 de la Ley.⁷

⁶ Según información periodística (Diario Oficial El Peruano – viernes 15 de septiembre de 2006), con fecha 14 de septiembre de 2006, el Consorcio ISA – EEB obtuvo la adjudicación del 15% de las acciones de propiedad de Etecen en CTM en la subasta pública convocada por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN. Sin embargo, a la fecha no se ha remitido formalmente dicha información por la empresa solicitante, por lo que el análisis efectuado en el presente informe se realizó considerando la situación previa a la adjudicación.

Asimismo, según se detalla más adelante, el cierre de la operación por PROINVERSIÓN está condicionado al pronunciamiento de la Comisión de Libre Competencia sobre los alcances de la Ley 26876 a la citada operación.

⁷ Sobre este punto cabe señalar que el artículo 9 del Reglamento de la Ley establece que el cálculo de participaciones de las empresas involucradas en el acto de concentración notificado deberá efectuarse considerando el total de ingresos percibidos por las referidas empresas, durante el año calendario anterior a la fecha de notificación, vale decir para el presente caso, el año 2005; asimismo, el 8 artículo de la Ley establece que le corresponde al Osinerg la determinación semestral de los porcentajes de participación en el mercado de las



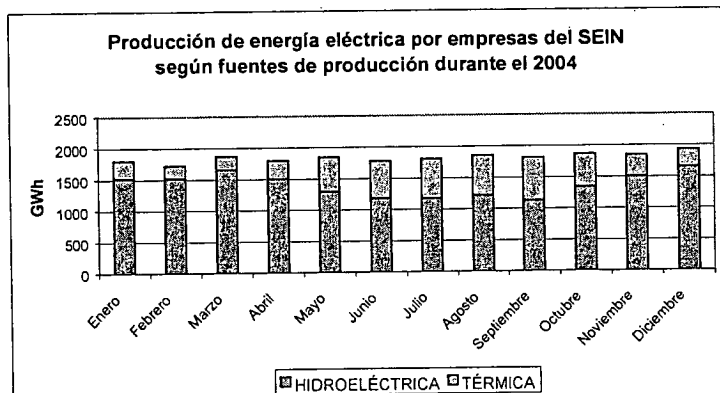
Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

23. En consecuencia, la solicitud de autorización presentada por ISA plantea dos cuestiones controvertidas: (i) si la adquisición de acciones de CTM descrita anteriormente se encuentra bajo los alcances de la Ley y su reglamento; y, (ii) de tratarse de un acto de concentración que debe ser analizado por la Comisión, si éste representa una afectación a la libre competencia en los mercados relevantes del sector eléctrico nacional y/o en los mercados relacionados.
24. Previamente a continuar con el análisis sobre la operación de concentración notificada por ISA, corresponde realizar un breve desarrollo del funcionamiento del mercado eléctrico peruano.

III. EL SECTOR ELÉCTRICO EN EL PERÚ

25. Como ya se mencionó, el sector eléctrico peruano ha experimentado profundos cambios estructurales en la década anterior, lo que ha significado pasar de una industria integrada bajo la gestión del Estado⁸, a una industria de propiedad diversificada (pública y privada) y desintegrada en sus fases productivas.
26. La actividad de generación comprende a la producción de energía eléctrica, la misma que se constituye en una fuente secundaria de energía, toda vez que se obtiene a través de la utilización del potencial hídrico, la energía nuclear, la combustión del carbón, leña, derivados del petróleo o gas natural. En el Perú, la producción de energía eléctrica proviene principalmente de la utilización del potencial hídrico, y en segundo lugar del potencial térmico (Ver Gráfico N° 2). Este último comprende la combustión de carbón, diesel, gas natural, entre otros (Ver Gráfico N° 3).

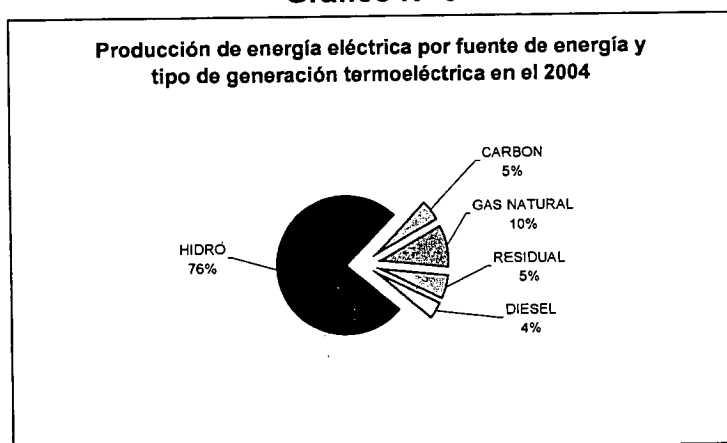
Gráfico N° 2



empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución. En ese sentido, corresponde determinar si, conforme a lo dispuesto por la Ley y su reglamento, se corrobora lo manifestado por ISA.

⁸ Que se constituya como un grupo empresarial verticalmente integrado que abarcaba todas las fases del sistema productivo desde la generación hasta la comercialización a los consumidores.

Gráfico N° 3



Fuente: OSINERG
Elaboración: ST-OLC/INDECOPI

27. En general, las fuentes de generación no se encuentran próximas a las zonas de consumo, razón por la cual resulta necesaria la construcción de líneas de conexión entre éstas, las llamadas redes de transmisión, lo que da origen a los denominados sistemas eléctricos. Un sistema eléctrico está constituido por productores, transportadores y consumidores⁹ de energía eléctrica. En el Perú, el principal sistema eléctrico se denomina "Sistema Eléctrico Interconectado Nacional" (en lo sucesivo, el SEIN), el cual interconecta al mayor número de generadores y consumidores¹⁰ en la costa, sierra y selva sur del país. La finalidad de los sistemas interconectados es agrupar centros de consumo con generadores de distinto tipo y complementarios en sus características.
28. En la red de transmisión se pueden distinguir dos tipos de transporte de energía: el SPT y el SST. De forma amplia es posible mencionar que el SPT es común a todos los generadores y les permite comercializar energía en cualquier barra¹¹ de ese sistema, mientras que el SST es la parte del sistema de transmisión que conecta a los generadores con el SPT o al SPT con los distribuidores.
29. La distribución es la provisión de electricidad a los consumidores finales en un área de concesión, por lo que los distribuidores pueden ser entendidos como grandes consumidores. En efecto, la actividad de distribución comprende el traslado de energía eléctrica desde las redes de transmisión hacia los consumidores finales en un área de concesión. En el Perú, la distribución y la venta minorista de electricidad son normalmente provistas por una misma empresa, por lo que la comercialización y la distribución se encuentran normalmente integradas.
30. Cabe precisar que, dadas las características intrínsecas de cada una de las actividades en la industria, no es posible introducir competencia en todas ellas. Así, la transmisión y distribución son entendidas como actividades con características de monopolio natural, por lo cual será deseable en términos de eficiencia que sólo una empresa preste tales servicios. Caso distinto ocurre con

⁹ Incluye clientes regulados, clientes libres y distribuidores.

¹⁰ De acuerdo a información de OSINERG en el 2004 participaron del SEIN 20 generadores, 7 transmisores, 20 distribuidores y 244 clientes libres.

¹¹ Punto físico de retiro o ingreso de energía.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

la generación y comercialización, donde la competencia es deseable y posible, aunque respecto de esta última no se ha registrado mayor dinamismo.

31. Entre los mecanismos de competencia introducidos en las reformas estructurales de la década de los noventa, se encuentra el establecimiento de un mercado libre de regulación, en el cual participan como consumidores aquellos agentes que demandan más de un mega watt (1MW) de potencia, los denominados clientes no sujetos a regulación tarifaria o clientes libres. El precio al que los clientes libres se proveen de energía y potencia depende de su capacidad negociadora frente a las empresas generadoras.
32. En un principio, para los clientes libres, además del precio de la potencia y energía, también se dejaba a libre negociación los cargos por transmisión y distribución; sin embargo, con el objeto de promover la competencia, actualmente se encuentran regulados. Ello a efectos de evitar un posible comportamiento oportunista por parte de las empresas distribuidoras en contra de las generadoras y/o clientes libres, cuando estos últimos (sobre todo los de menos consumo) se ubicaban al interior de una área geográfica de concesión.
33. En el año 2004 en el Perú se registraron un total de 244 clientes libres, ubicados en todo el territorio de la república (Ver Cuadro N° 1), 65% de los cuales fueron atendidos por empresas distribuidoras.

Cuadro N° 1
Clientes Libres por Departamento (2004)

Departamento	Clientes Libres	
	N°	%
Amazonas	0	0,00%
Ancash	8	3,28%
Apurimac	1	0,41%
Arequipa	9	3,69%
Ayacucho	0	0,00%
Cajamarca	1	0,41%
Cusco	7	2,87%
Huancavelica	5	2,05%
Huánuco	0	0,00%
Ica	18	7,38%
Junín	11	4,51%
La Libertad	4	1,64%
Lambayeque	6	2,46%
Lima	159	65,16%
Loreto	0	0,00%
Madre de Dios	0	0,00%
Moquegua	1	0,41%
Pasco	4	1,64%
Piura	6	2,46%
Puno	2	0,82%
San Martín	1	0,41%
Tacna	0	0,00%
Tumbes	0	0,00%
Ucayali	1	0,41%
Total	244	100,00%

Fuente: GART-OSINERG.
Elaboración: OEE-OSINERG.

34. En el marco de las reformas estructurales de los años noventa, y atendiendo a las características técnicas de la industria eléctrica, se creó el COES, con el objeto de operar eficientemente el sistema interconectado¹². Dado que el

¹² En un principio existían dos COES que respondían a dos sistemas interconectados distintos, el Centro – Norte y el Sur. Posteriormente, con la conexión de ambos sistemas, ambos COES pasaron a formar uno solo, el COES del Sistema Interconectado Nacional o COES – SINAC.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

almacenamiento de la energía eléctrica no es posible a bajo costo, se requiere de un perfecto balance entre la energía que es ingresada y retirada del sistema interconectado, a efectos de evitar una sobrecarga (cuando ingresa más energía de la que se retira) o una caída (cuando se retira más energía de la que se ingresa) del sistema. El organismo a cargo de la administración del mencionado balance es el COES, el cual designa la cantidad y periodo en que cada planta generadora debe ingresar energía al sistema, entre otros.

35. En ese contexto, el COES tiene el encargo de asignar los recursos energéticos para la generación de electricidad de forma que el sistema opere al mínimo costo, pero garantizando la seguridad, calidad y oportunidad del suministro eléctrico. En ese sentido, el COES tiene la facultad de ordenar que vayan ingresando a producir energía, en cada momento, las centrales del sistema que tienen menores costos marginales, hasta que la demanda queda satisfecha¹³. El costo marginal más alto que cubre toda la demanda en cada momento será el costo marginal del sistema en cada uno de esos momentos¹⁴.
36. En las transacciones al interior del COES, dado que los productores son llamados a producir según sus costos variables —de menor a mayor— a efecto de satisfacer la demanda en cada periodo, se introduce un primer mecanismo de competencia, toda vez que las empresas pueden esforzarse en producir energía a menores costos, y de esta manera, ser llamadas a producir en mayor número de oportunidades. Posteriormente, el COES realiza una compensación entre las empresas generadoras, de forma que las que produjeron menos energía de la que tenían comprometida a producir, compensen a las que se encuentran en la situación opuesta.

IV. MARCO JURÍDICO APLICABLE

37. Antes de proceder a analizar la operación de concentración notificada por ISA corresponde hacer una breve referencia de las principales normas que rigen los procedimientos de autorización previa de una operación de concentración en el sector eléctrico.

4.1. La Constitución Política

38. La Constitución Política establece la libre iniciativa privada como un principio fundamental del sistema económico vigente, el cual se sustenta en un régimen de economía social de mercado.
39. Bajo dicho régimen, los agentes del mercado tienen la libertad de emprender las actividades económicas que más les convengan en ejercicio de la libre iniciativa privada, mientras que el Estado tiene la función de establecer el marco jurídico e institucional necesario para viabilizar y garantizar el ejercicio de dicha libertad. En otras palabras, el Estado no se constituye en un agente más que realiza actividades económicas en el mercado, sino que una de sus funciones es vigilar que las condiciones necesarias estén dadas para garantizar a los privados su libre acceso al mercado. En este sentido, el Estado tiene un rol promotor del

¹³ Para mayor información véase: Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, Indecopi. *Competencia en el mercado de clientes finales de energía eléctrica no sujetos a regulación de precios*, año 2000.

¹⁴ En el caso peruano, para efectos del despacho de energía, se entiende al costo marginal como el costo variable auditado de la última central que entra a producir, es decir, el menor costo al que es posible producir suficiente energía para satisfacer la demanda.

mercado, estableciendo las políticas generales a ser implementadas en cada sector e incidiendo principalmente en la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

40. Ahora bien, la Constitución Política reconoce también el derecho de propiedad y la libre contratación¹⁵, dado que éstos constituyen pilares de una economía social de mercado. En efecto, sin el reconocimiento y protección de estos dos derechos, las personas no podrían dedicarse a la actividad económica de su preferencia ni gozarían de la autonomía para conducir libremente sus negocios. Sin derecho a la propiedad y sin libre contratación no habría desarrollo económico, pues sólo a través de una adecuada asignación de derechos de propiedad (garantizada mediante una adecuada protección de la propiedad) y la libre transferibilidad de éstos (garantizada mediante la libre contratación) puede lograrse una mayor generación de riqueza y por consiguiente un aumento del bienestar social.
41. Sin embargo, pese a la importancia de la libre iniciativa privada y los derechos de propiedad y libre contratación (así como otros derechos y libertades económicas) para el desarrollo de una economía social de mercado, éstos no pueden ser ejercidos de manera irrestricta. En efecto, la misma Constitución Política establece limitaciones al ejercicio de tales derechos y libertades. Así, en su artículo 59 señala que el ejercicio de la libre iniciativa privada "no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad públicas". Asimismo, con relación al derecho de propiedad el Artículo 70 del mencionado dispositivo constitucional prescribe que éste "se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley". Finalmente, respecto de la libre contratación, el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política señala que "toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público".
42. Una limitación al ejercicio irrestricto de los derechos y libertades mencionados en el párrafo precedente es el principio rector de la libre competencia, entendida ésta como la situación en la cual los agentes económicos rivalizan entre ellos con el fin de obtener las preferencias de los consumidores en el mercado. Este principio rector tiene sustento constitucional en el artículo 61 de la Constitución Política vigente, el cual establece que: "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar o establecer monopolios".
43. Como se puede apreciar, la Constitución Política le asigna al Estado un deber positivo de vigilar la libre competencia, el cual se plasma en el establecimiento de políticas y normativa para salvaguardar el proceso competitivo en beneficio de los consumidores así como la persecución de los actos anticompetitivos que realicen los agentes económicos en el mercado.
44. Precisamente, en ejercicio de este deber positivo, el Estado ha establecido un régimen de autorización previa de concentraciones en el sector eléctrico, mediante la aprobación de la Ley y su Reglamento, a efectos de evaluar y, de

¹⁵ Cuando utilizamos el término "libre contratación" queremos abarcar tanto la denominada "libertad de contratar" (libertad de decidir cuándo y con quién contratar o no contratar), como la "libertad contractual" o "libertad de configuración interna" (libertad de diseñar las reglas contractuales), conceptos que la doctrina distingue pese a que nuestro ordenamiento no realiza tal diferenciación. Véase: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Editorial Palestra, Lima, 2001. Pág. 197.



ser el caso, denegar la autorización de una operación de concentración en el mencionado sector que tenga por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en las actividades del mercado eléctrico.

45. Por un lado, es cierto que este régimen de control de concentraciones implica una limitación al ejercicio de la libre iniciativa privada, al derecho de propiedad y a la libre contratación de los agentes involucrados en una operación de concentración determinada. Sin embargo, esta limitación se sustenta en el interés público de mantener las condiciones de competencia en el mercado en beneficio de los consumidores, evitando la consumación de aquellos actos de concentración que impliquen una restricción, un daño o una merma al proceso competitivo en perjuicio de los usuarios.

4.2. Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y su Reglamento

46. El artículo 1 de la Ley dispone que se sujetarán a un procedimiento de autorización previa, los actos de concentración de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica a fin de evitar las operaciones que tengan los efectos de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.
47. Los actos de concentración vertical a los cuales hace referencia la Ley son aquellos que involucren a dos o más empresas que realizan sus actividades económicas en diferentes segmentos de la cadena productiva. Así por ejemplo, se estará ante un acto de concentración vertical cuando un grupo económico propietario de una empresa de generación adquiera el control de una empresa de distribución eléctrica.
48. De otro lado, los actos de concentración horizontal son aquellos que involucren a dos o más empresas que realizan actividades en el mismo segmento de la cadena productiva; así por ejemplo, cuando dos empresas de generación eléctrica son adquiridas por una sola unidad de decisión.
49. Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley, se consideran actos de concentración los siguientes:
- La fusión
 - La constitución de una empresa en común
 - La adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones o participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa, incluyendo la celebración de contratos de asociación "joint venture", asociación en participación; uso o usufructo de acciones y/o participaciones; contratos de gerencia, de gestión y de sindicación de acciones, o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares.
 - La adquisición de activos productivos¹⁶ de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector.

¹⁶ Reglamento de la Ley 26876.-

Artículo 10.- Adquisición de activos productivos. Se consideran como activos productivos aquellos bienes que a la fecha de realización de la operación se encuentren bajo el control de las Empresas que desarrollan Actividades, ya sea porque son de su propiedad o debido a cualquier acto, contrato o figura jurídica que así lo permita. La adquisición de activos productivos sólo se encuentra sujeta a procedimiento de autorización previa si los mismos permiten mediante su adquisición incrementar la participación de la empresa o grupo que los adquiere

- Cualquier otro contrato o figura jurídica —incluyendo legados— en virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realicen entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.
50. La Ley no considera un acto de concentración una situación en la que el control lo adquiere una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo.
51. Asimismo, el Reglamento de la Ley no considera como acto de concentración empresarial, el crecimiento de una empresa por inversión propia o financiado con recursos de terceros que no participan directa o indirectamente en el desarrollo de las actividades.
52. En ese sentido, se desprende de lo antes expuesto que lo importante para evaluar la existencia o no de una operación de concentración es la toma de control o la modificación en la estructura de control¹⁷ sobre empresas que realizan actividades en el sector eléctrico.
53. A efectos de definir lo que debe entenderse por "control", cabe remitirse de manera referencial a las normas especiales sobre vinculación y grupo económico aprobadas mediante Resolución SBS N° 445-2000¹⁸, conforme lo establece el artículo 37 del Reglamento de la Ley.
54. En ese sentido, el control consiste en la capacidad de influir en forma preponderante y continua en la adopción de las decisiones estratégicas de los órganos de gobierno de una persona jurídica¹⁹; la vinculación, en cambio, es entendida como la relación entre dos o más personas naturales y/o jurídicas donde la situación financiera o económica de una persona repercute en la otra u otras personas. No necesariamente la vinculación empresarial implica la existencia de una relación de control.
55. Existirá dicha relación de control al interior de un grupo económico, entendido como el conjunto de personas jurídicas nacionales o extranjeras conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerza el control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión (conforme a lo previsto en el artículo 8 de la Resolución SBS N° 445-2000).
56. El control puede darse a través de relaciones de propiedad (participación cruzada en el capital social), de gestión (a través de representación en los órganos sociales o de influencia en la adopción de decisiones estratégicas), o de parentesco.

en el desarrollo de las Actividades, considerándose el valor de mercado de los mismos en la fecha en que se realice la Notificación.

¹⁷ Al respecto, véase: Informe N° 011-1999-INDECOPI/CLC del 26 de noviembre de 1999.

¹⁸ El Reglamento de la Ley 26876 hace referencia a las normas sobre vinculación y grupo económico aprobadas mediante la derogada Resolución SBS N° 001-98.

¹⁹ **Resolución SBS 445-2000.-**

Artículo 9.- Control

Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica.

(...)



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

57. Conforme a lo previsto en la Resolución SBS N° 445-2000, existen dos tipos de control:

- (i) Control directo: Cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas, ya sea a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio.
- (ii) Control indirecto: Cuando una persona tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.²⁰

58. Ahora bien, el artículo 3 de la Ley establece qué operaciones de concentración deberán ser objeto de la autorización previa de la Comisión, sobre la base de determinados umbrales. Estos actos son aquellos que involucren directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización:

- De manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal; y
- En los actos de concentración vertical, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados.

59. Conforme al artículo 8 de la Ley, corresponderá al Osinerg la determinación de los porcentajes de participación de mercado de las empresas que desarrollan actividades eléctricas (generación, transmisión y/o distribución), sobre la base de las declaraciones juradas que semestralmente deberán remitir dichas empresas.

60. El artículo 9 del Reglamento de la Ley establece que los porcentajes o umbrales descritos en el punto anterior no supondrán un prejuzgamiento de los efectos de la operación sobre la competencia en el mercado. Dichos porcentajes deberán ser entendidos como referidos a la participación en el desarrollo de actividades eléctricas de cada una de las empresas involucradas en la operación. Estos porcentajes serán calculados sobre la base del total de ingresos percibidos, durante el año anterior a la fecha de notificación del acto de concentración, por parte de las empresas que realizan la misma actividad en cualquiera de los sistemas interconectados.

²⁰ **Resolución SBS 445-2000.-**
Artículo 9.- Control
(...)

El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionista o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio.

Asimismo, el control es indirecto cuando una persona tiene la facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

61. Si las empresas involucradas en una determinada operación de concentración realizan sus actividades únicamente dentro de un sistema interconectado, el porcentaje de participación al cual se ha hecho referencia en el párrafo precedente, será establecido con relación al total de ingresos percibidos por las empresas que desarrollan la misma actividad dentro del referido sistema interconectado.
62. El citado artículo 3 de la Ley prevé además que no será necesario solicitar la autorización previa de la Comisión en los siguientes supuestos:
- Si la operación de concentración implica, en un acto o una sucesión de actos, la adquisición de activos productivos por un valor inferior al 15% del valor total de los activos productivos de la empresa adquirente, calculados de acuerdo a lo previsto en el Reglamento de la Ley, tomando en consideración la influencia y las condiciones de competencia en el mercado.
 - Si la operación de concentración implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación directa o indirecta por parte del adquirente de menos del 10% del total de las acciones o participaciones con derecho a voto de otra empresa. No obstante lo expuesto, se requerirá necesariamente de autorización, si el acto de concentración permite adquirir el control directo o indirecto de la empresa que desarrolla alguna de las actividades del mercado eléctrico.
63. En consecuencia, a efectos de delimitar aquellas operaciones que no se encuentran en el ámbito de aplicación de la Ley, la salvedad según lo establece expresamente la norma, es si alguna de ellas permite adquirir control directo o indirecto en alguna empresa que desarrolla actividades en el sector eléctrico, supuestos en los cuales se deberá notificar la operación.

4.2.1. Delimitación de la definición de control en las operaciones de concentración

64. Según se ha señalado en el marco legal aplicable a las operaciones de concentración en el sector eléctrico en el Perú, la Ley en su artículo 2 califica como concentración y opta por limitar las operaciones sujetas a autorización previa, sólo a aquellas que generen directa o indirectamente una modificación en la estructura de control de las empresas objeto de la concentración, lo cual se podría obtener mediante una fusión, constitución de una empresa en común, entre otros.
65. En ese sentido, de la definición de operación de concentración antes señalada, es necesario precisar: (i) qué se entiende por control y cuáles son sus manifestaciones; y, (ii) qué características debe presentar la modificación en la estructura de control para calificar determinada operación como un acto de concentración empresarial bajo el ámbito de la Ley y sus disposiciones reglamentarias.
- (i) Delimitación del concepto de control**
66. El control al que se refiere la norma, se define como la capacidad de influir en forma preponderante y continua en la adopción de las decisiones estratégicas de los órganos de gobierno de una persona jurídica. A su vez, las decisiones relevantes que importan al derecho de la competencia según la agencia de competencia nacional, recogiendo la práctica en la Comunidad Europea, son



aquellas que definen la estrategia competitiva de la empresa, es decir, la aprobación del presupuesto de la empresa, el establecimiento de su programa de actividad (plan estratégico), la definición de planes de inversión y el nombramiento de personal directivo (principales gerentes, funcionarios y miembros del Directorio).²¹

67. De igual manera, en vinculación con lo anterior, la adquisición de control o el ejercicio de control en una empresa que determina dicha influencia en la toma de decisiones estratégicas puede ser exclusivo o conjunto. En tal sentido, con la finalidad de comprender esta distinción, se puede recurrir a la experiencia y a la doctrina de la Comunidad Europea en la materia así como a la práctica de autoridad de competencia nacional en aquellos casos donde se ha distinguido ambas manifestaciones de adquisición de control.

(i).1 Experiencia comunitaria

68. En el ámbito comunitario, los conceptos cruciales para que haya una concentración son que exista un "cambio duradero y estructural" de la estructura de una empresa²² y que haya un control entendido como la "influencia preponderante sobre las decisiones estratégicas de la misma empresa". En tal sentido, la Comisión Europea (en adelante, CE) ha desarrollado directrices para la interpretación de estas definiciones en su Comunicación de la Comisión (CE) sobre el concepto de concentración²³, también a propósito de los conceptos de control exclusivo o común, tal como se verá a continuación.
69. La adquisición del control exclusivo y control en común (que incluye el paso del control exclusivo al control en común) se puede determinar basándose en circunstancias de derecho o de hecho²⁴. Así por ejemplo, la compra de derechos de propiedad y los acuerdos entre accionistas son importantes ejemplos que revisten forma jurídica, pero también existen situaciones excepcionales, en las cuales a pesar que el control no se puede probar a través de derechos o contratos, existan elementos de hecho, en particular sobre la base de consideraciones económicas ó conclusiones del estudio de la actividad en el pasado de las empresas en el mercado, que lleven a la convicción de la existencia de una posibilidad de ejercicio de influencia decisiva de una o más empresas sobre otra u otras²⁵.

²¹ Al respecto, véase: Resolución N° 002-1998-INDECOPI-CLC, Resolución 015-1998-INDECOPI-CLC e Informe N° 011-99-INDECOPI/CLC del 26 de noviembre de 1999.

²² Como el concepto de concentración se limita al cambio de estructuras de control, la reestructuración interna de un grupo de empresas no constituye una concentración. Puede darse una situación excepcional cuando tanto la empresa adquirente como la adquirida sean empresas públicas propiedad del mismo Estado (o del mismo ente público). En este caso, que la operación se considere o no como reestructuración interna depende a su vez de si ambas empresas formaban anteriormente parte de la misma entidad económica con arreglo al duodécimo considerando del Reglamento (CE) N° 139/2004. Si las empresas formaban anteriormente parte de distintas entidades económicas dotadas de un poder de decisión autónomo, la operación constituirá una concentración y no una reestructuración interna (Ver: Asunto IV/M.097 - *Péchiney/Usinor* del 24 de junio de 1991 y Asunto IV/M.216 - *CEA Industrie/France Télécom/SGS-Thomson* de 22 de febrero de 1993). Sin embargo, conviene precisar que rara vez existe un poder de decisión autónomo cuando las empresas forman parte del mismo *holding* (Véase el apartado 55 de la Comunicación de la CE sobre el concepto de empresas afectadas). Véase: Comunicación de la CE sobre el concepto de concentración, numeral 8.

²³ Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 2 de marzo de 1998.

²⁴ Comunicación de la CE sobre el concepto de concentración, numeral 9.

²⁵ BRIONES, Juan y otros. *El control de concentraciones en la Unión Europea. La práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento CEE 4064/89 por el Reglamento CE 1310/97*. Marcial Pons, Madrid, 1999. Pág. 42.



70. Según la Comunicación de la CE sobre el concepto de concentración, existe control en común cuando los accionistas deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa controlada. También existe control en común cuando dos o más empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa²⁶. Caso contrario, hay control exclusivo por la empresa que tiene la influencia preponderante o decisiva.
71. Sobre el particular, la doctrina entiende como casos de control exclusivo aquellos en los que una empresa pasa a ostentar una mayoría del capital social de otra empresa siendo también titular de una mayoría de los votos necesarios para adoptar decisiones estratégicas de la sociedad. Sin embargo, los accionistas minoritarios también pueden obtener control exclusivo cuando uno de ellos obtiene derechos específicos (por ejemplo, derechos de voto) que le confieren determinar la estrategia competitiva de la empresa.²⁷
72. Por su parte, el control conjunto se establece por ejemplo, cuando dos empresas adquieren el control de la empresa común con participaciones del 50 por 100 cada una y que lleven aparejados idénticos derechos de voto sobre las decisiones estratégicas, e incluso, no sería necesario que exista un acuerdo formal entre ellas. A su vez, empresas con una participación accionaria minoritaria pueden gozar, en virtud de los estatutos o acuerdos, de derechos que compensen su situación minoritaria ejerciendo un control conjunto con una empresa mayoritaria, principalmente a través de la existencia de derechos de veto.²⁸
73. En este contexto, la "influencia decisiva" en el caso del control en común incluye el poder para bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa. A diferencia del control exclusivo, que concede a un accionista dado el poder de determinar las decisiones estratégicas de una empresa, el control en común se caracteriza principalmente por la posibilidad de llegar a una situación de bloqueo a causa del poder de dos o más empresas matrices de rechazar las decisiones estratégicas propuestas. Por consiguiente, estos accionistas deben llegar a un acuerdo común para establecer la política comercial de la empresa en participación²⁹.
74. La CE menciona y detalla en su Comunicación de la CE sobre el concepto de concentración³⁰ los asuntos que pueden indicar la existencia de control en común si los accionistas de la empresa objeto de la concentración tienen derechos de voto con relación a dichas decisiones. Estos son los siguientes:
- a) Nombramiento de los órganos decisorios y del personal directivo y establecimiento del presupuesto
 - b) Plan de actividades
 - c) Programa de actividad
 - d) Inversiones

²⁶ Comunicación de la CE sobre el concepto de concentración, numerales 18 y 19.

²⁷ BRIONES, Juan y otros. Op.cit. Págs. 43-44.

²⁸ Ibídem.

²⁹ Comunicación de la CE sobre el concepto de concentración, numeral 19.

³⁰ Ibídem. Apartado III.2.

e) Derechos específicos en relación con un mercado dado³¹

Ahora bien, para adquirir el control en común no es necesario que un accionista minoritario tenga todos los derechos de voto anteriormente mencionados. Algunos derechos, o incluso uno solo, pueden ser suficientes. Ello depende del contenido preciso del derecho de voto y de la importancia de dicho derecho en el sector en que opere la empresa en participación³².

75. Según se observa, y tal como se señaló anteriormente, aquellas decisiones respecto de las cuales se ejerce control común son precisamente aquellas que determinan la estrategia competitiva de la empresa.
76. En ese mismo orden de ideas, la Comunicación de la CE sobre el concepto de concentración³³ señala que:

A la hora de establecer la importancia relativa de los derechos de veto, cuando existan varios, no se les debería analizar por separado. Por el contrario, para demostrar la existencia o no de control en común debe efectuarse una valoración global. No obstante, un derecho de veto que no se refiera a la política o estrategia comercial, al presupuesto o al programa de actividades no puede considerarse que confiera el control en común a su titular³⁴.

77. Efectivamente, no se debe perder de vista que existen decisiones que son propias de la protección normal de los accionistas minoritarios y que afectan a la propia empresa, como por ejemplo, modificaciones de los estatutos, aumento o reducción del capital, liquidación, entre otros, que no confieren control en común al accionista minoritario.³⁵

(i). 2 Experiencia nacional

78. En el caso peruano, en el análisis realizado para determinar la existencia de control en el marco de operaciones de concentración en el sector eléctrico, la Secretaría Técnica ha efectuado la distinción entre control exclusivo y control conjunto, entendiendo ambas figuras como manifestaciones de aquel control que se definió como la influencia preponderante y continua en un primer momento, en los órganos de decisión de la persona jurídica³⁶ y luego, en las decisiones estratégicas de la empresa.

³¹ Los derechos específicos en relación con un mercado dado tienen que ver con decisiones concretas que son importantes en el mercado en que opera la empresa en común. Un ejemplo de ello es la decisión sobre la tecnología que la empresa en participación va a utilizar cuando la tecnología es un factor clave en las actividades de dicha empresa. También cabe citar el ejemplo de los mercados que se caracterizan por la diferenciación del producto y un nivel elevado de innovación, caso en que un derecho de veto sobre las decisiones relativas a las nuevas líneas de productos que la empresa va a desarrollar puede también constituir un elemento importante para demostrar la existencia de control en común (Véase: *Ibíd.*, numeral 28).

³² *Ibíd.*, numeral 24.

³³ *Ibíd.*, numeral 29.

³⁴ Asunto IV/M.295 - SITA-RPC/SCORI del 19 de marzo de 1993. (Citado en: *Ibíd.*, numeral 29).

³⁵ *Ibíd.*, numeral 22.

³⁶ Inicialmente, las operaciones de concentración se analizaban bajo la definición de control establecida en la Resolución SBS 001-98, la cual fue reemplazada por una definición más amplia entendida como "...influencia preponderante y continua en las decisiones estratégicas de la empresa" establecida en la Resolución SBS 445-2000.

Empresa Nacional de Electricidad S.A. de España/Enersis S.A. – Enersis S.A./ Empresa Nacional de Electricidad S.A. de Chile³⁷

79. En este caso, por ejemplo, la existencia de un Pacto de Accionistas suscrito entre los accionistas de Enersis S.A. (en adelante, Enersis) en el cual se establecía que las decisiones de control (denominados “asuntos especiales”) de la Empresa de Distribución Eléctrica del Norte S.A.A. – Edelnor (operadora en el Perú) debían adoptarse por el voto de 9 de los 11 directores, nombrando Enersis a 6 de ellos y Empresa Nacional de Electricidad S.A. de España (en adelante, Endesa España) a 3, era una situación que reflejaba un caso de control conjunto sobre Edelnor por parte de ambas empresas.
80. De igual manera, las empresas notificantes sostuvieron que la adquisición del 32% de acciones de Enersis por parte de Endesa España en 1999, no implicaba un caso de adquisición de control, pues esta última empresa ya ostentaba el control exclusivo de Enersis con la adquisición del 32% del accionariado en 1997. Sin embargo, se determinó que: (i) según los estatutos de Enersis, las decisiones de control eran adoptadas por mayoría absoluta (50%); (ii) Endesa España no controlaba el Directorio de Enersis pues sólo eligió a 3 de 7 miembros y se requería mayoría para la adopción de acuerdos; y, a su vez, la unanimidad en los acuerdos de Directorio de Enersis no acreditaba el control de Endesa España a través de dicho órgano, y a lo más, sólo demostraba el consenso en la toma de decisiones.
81. Vista la situación anterior, se estableció que recién con la adquisición del 32% adicional de las acciones de Enersis, Endesa España asumía el control exclusivo sobre dicha empresa y por ende, la operación se encontraba en el ámbito de aplicación de la Ley. Efectivamente, sólo con el 64% de las acciones de Enersis, Endesa España obtuvo la mayoría en el Directorio (5 de 7 miembros) así como la facultad de nombrar funcionarios de confianza en cargos estratégicos que le aseguraban el control exclusivo de la empresa.

PSEG Global Inc./Electricidad de los Andes S.A.³⁸

82. En este caso, PSEG Global Inc. (en adelante, PSEG) sostuvo que si bien tenía una participación indirecta en Luz del Sur del 43.93%, no tenía el control exclusivo de dicha empresa dado que, para la toma de decisiones estratégicas, actuaba de manera conjunta y coordinada con Sempra Energy Internacional Holding B.V. (en adelante, Sempra). Así, para corroborar aquella afirmación, la Secretaría Técnica efectuó un análisis de las Actas de la Junta General de Accionistas y de Directorio con la finalidad de determinar cómo se adoptaban dichas decisiones.
83. Del análisis realizado, la Secretaría Técnica determinó que PSEG y Sempra eran quienes proponían los asuntos de las agendas de las sesiones del Directorio y principalmente que, ante ciertos acuerdos “especiales”³⁹, que según el Estatuto requerían el 85% de los votos de los miembros del Directorio, actuaban como un

³⁷ Véase: Informe N° 011-1999-INDECOPI/CLC y Resolución N° 012-99-INDECOPI/CLC.

³⁸ Procedimiento seguido en el marco de la solicitud de autorización para la operación de concentración resultante de la adquisición de la empresa generadora Electricidad de los Andes S.A. por parte de PSEG Global Inc., empresa accionista de las empresas distribuidoras Luz del Sur S.A. y Edcaféte S.A. (Véase: Informe N° 011-2001-INDECOPI/CLC del 17 de octubre de 2001).

³⁹ Por ejemplo, la renuncia a concesiones otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

grupo en la toma de decisiones. De igual manera, este control conjunto se manifestó en los cambios producidos en la contratación de funcionarios, en la modificación de puestos estratégicos de la empresa así como en el número de funcionarios que asumieron las gerencias más importantes.

(ii) Actos de adquisición de control

84. Según se señaló en el artículo 2 de la Ley, se consideran actos de concentración: la fusión, la constitución de una empresa en común, la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones participaciones o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa, la adquisición de activos productivos⁴⁰ de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector, entre otros.
85. En igual sentido, la Comisión Europea, ejemplificando cómo se podría modificar la estructura de control de las empresas, ha señalado que los actos de concentración se podrían manifestar principalmente mediante⁴¹:
- a) Fusiones
 - b) Adquisición de control exclusivo: de la totalidad de la empresa, de parte de la empresa o de empresas previamente reducidas o ampliadas, a través de una filial de un grupo.
 - c) Adquisición de control en común: de una nueva empresa de nueva creación, de una empresa preexistente, para proceder inmediatamente al reparto de los activos.
 - d) Transformación del control en común en control exclusivo: un accionista adquiere la participación que antes le correspondía al otro (u otros).
 - e) Modificación del accionariado en casos de control en común de una empresa en participación ya existente, donde se debe evaluar si la operación provocará un cambio de la naturaleza del control.
86. No obstante, también deberá considerarse que:

*"(...) un reforzamiento meramente cuantitativo de la participación accionarial, de votos o de miembros en los órganos de dirección, que no suponga cambio sustancial en el control, no da lugar a una nueva operación de concentración. Por ello no parece que se pueda calificar de concentración el reforzamiento del control de una empresa matriz en su filial sin más. Una operación de este tipo debe considerarse, más bien, como una reorganización interna dentro del grupo (...)"*⁴²

(el subrayado es nuestro)

⁴⁰ **Reglamento de la Ley 26876.-**

Artículo 10.- Adquisición de activos productivos. Se consideran como activos productivos aquellos bienes que a la fecha de realización de la operación se encuentren bajo el control de las Empresas que desarrollan Actividades, ya sea porque son de su propiedad o debido a cualquier acto, contrato o figura jurídica que así lo permita. La adquisición de activos productivos sólo se encuentra sujeta a procedimiento de autorización previa si los mismos permiten mediante su adquisición incrementar la participación de la empresa o grupo que los adquiere en el desarrollo de las Actividades, considerándose el valor de mercado de los mismos en la fecha en que se realice la Notificación.

⁴¹ *Comunicación de la CE sobre el concepto de empresas afectadas.* Publicada el 2 de marzo de 1998 en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

⁴² BELLO MARTÍN-CRESPO, María. *Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 1997. Pág. 266.



87. Lo anterior, requiere que previamente se detente el control de la empresa, ya sea de forma exclusiva o conjunta, y que el incremento de participación no modifique dicha situación, es decir, por ejemplo, que no produzca que el control conjunto se convierta en control exclusivo o viceversa.
88. En consecuencia, se puede concluir que el criterio decisivo para evaluar los cambios en el accionariado de una empresa es si la operación provocará un cambio en la naturaleza y en la estructura de control, y ese será el análisis que la agencia de competencia efectuará para determinar si en una solicitud de autorización previa determinada, la operación notificada califica como una concentración bajo el ámbito de aplicación de la Ley.

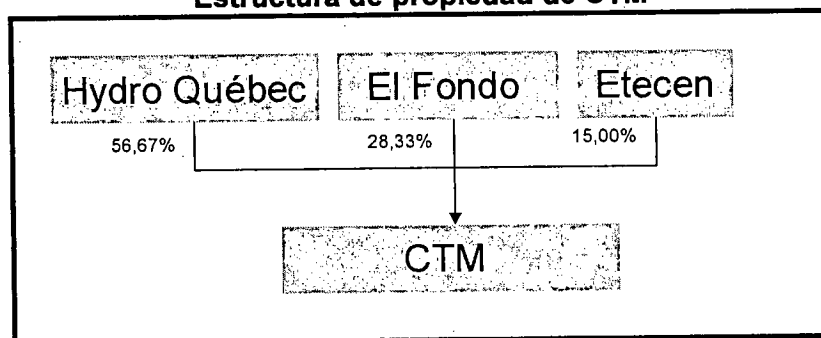
V. ANÁLISIS DE PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN

5.1. Estructura de control en CTM

89. En la actualidad, la estructura de propiedad de CTM es la siguiente:

- (i) Hydro Québec cuenta con el 56,67% de las acciones, de las cuales 25% corresponde a acciones de clase A y están relacionadas con la condición de operador estratégico que tiene sobre CTM hasta el año 2008. El 31,67% restante corresponde a las acciones de clase B.⁴³
- (ii) El Fondo posee el 28,33% de acciones clase B.
- (iii) Etecen tiene el 15,00% de acciones clase B.

Gráfico N° 4
Estructura de propiedad de CTM



⁴³ En el artículo 5 del Estatuto de CTM se señala que la diferencia entre ambas series consiste en que las acciones de la clase A son intransferibles durante un plazo de 10 años, que vencerá el día 27 de febrero del año 2008, según lo estipulado por la cláusula 5.1.4. (III) del Contrato BOOT del Sistema de Transmisión Mantaro – Socabaya suscrito con el Estado. Por su parte, las acciones de la clase B son libremente transferibles con sujeción al derecho preferencial de compra regulado por el artículo 13 del Estatuto.

Sin embargo, la cláusula 9.7 del citado contrato en concordancia con lo señalado en la cláusula 5.1.4. (III), señala que el operador estratégico precalificado podría ser reemplazado por otra sociedad que reúna, al menos, los mismos requisitos que aquel cumplió en su oportunidad para precalificar como operador estratégico contenidos en el Anexo 10 del contrato, y siempre que el concedente dé su conformidad previa y por escrito, la cual no podrá ser negada sin motivo razonable y justificado. En este caso, el concedente es el Estado representado por el Ministerio de Energía y Minas.

Al respecto, cabe señalar que mediante Addendum N° 6 del Contrato BOOT de fecha 25 de abril de 2006, las partes acordaron dejar sin efecto la definición de "participación mínima" así como aquellas cláusulas que obligaban al operador estratégico a ser titular de al menos 25% del capital social de la sociedad concesionaria.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

90. Al respecto, según los estatutos de CTM, el 56,67% de acciones le otorga a Hydro Québec la mayoría en las decisiones de la Junta General de Accionistas así como le permite nombrar a la mayoría de los miembros del Directorio, órgano que toma decisiones relacionadas principalmente con la dirección y administración del negocio, la aprobación de la gestión y resultados económicos, la definición del programa de inversiones, la aprobación del presupuesto, la apertura de sucursales y agencias, entre otros.

91. En efecto, las decisiones adoptadas por el Directorio son las que permiten determinar la estrategia competitiva de la empresa y por lo tanto, ejercer el control de CTM. Por consiguiente, de manera preliminar, se podría afirmar que la adquisición del 56,67% de acciones de Hydro Québec en CTM determina que la empresa compradora pueda adquirir el control de esta última al poder nombrar a la mayoría de directores.

5.2. Adquisición en etapas de las acciones de CTM

92. En el presente caso, previamente, es importante considerar cómo se estructura la adquisición de control por parte de ISA del 100% de las acciones de CTM, ello con la finalidad de determinar la operación de concentración notificada es una única operación que se produce en tres etapas, o si por el contrario se trata de adquisiciones independientes que conservan su individualidad y pueden significar cada una de ellas por sí misma una operación de concentración.

93. La operación de concentración para la cual se solicita la autorización previa, es la adquisición directa e indirecta del control de CTM por parte de ISA, a través de la compra de la totalidad de sus acciones en partes o tres etapas, tal como se detalla a continuación:

(i) El 16 de mayo de 2006, ISA y EEB llegaron a un acuerdo con Hydro Québec para la compra de la totalidad de las acciones que esta última tiene en CTM. ISA adquiriría el 60% de dichas acciones mientras que EEB compraría el 40%.

(ii) La adquisición de acciones de Hydro Québec incluye la posibilidad de que ISA y EEB también adquieran el 28,33% de acciones de propiedad del Fondo, en las mismas condiciones pactadas con Hydro Québec⁴⁴.

Según se señala en el Formulario de Notificación, en la invitación remitida por Hydro Québec, el Fondo había confirmado su intención de ejercer su derecho de venta conjunta con dicha empresa. En ese sentido, complementariamente a la adquisición de acciones de Hydro Québec, ISA y EEB pretenden comprar el 28,33% de acciones que corresponden al Fondo.

(iii) Adicionalmente, ISA y EEB también se encuentran a la espera de que se defina los pormenores para la transferencia al sector privado del 15% de

⁴⁴ Según el Acuerdo suscrito entre Hydro Québec y El Fondo el 25 de febrero de 2005, el Fondo cuenta con el derecho de vender sus acciones conjuntamente y en las mismas condiciones a las de Hydro Québec. Este derecho denominado "tag along right" permite que cuando el grupo de control negocie la venta de su paquete de acciones incluya a los accionistas minoritarios a pedido de éstos, para que así puedan beneficiarse del mejor precio.

acciones de CTM correspondientes a la empresa estatal Etecen, para efectos de hacer la propuesta de adquisición correspondiente.⁴⁵

ISA y EEB han decidido adquirir las acciones correspondientes al Fondo y a Etecen en la misma proporción en que han acordado adquirir las acciones de Hydro Québec, esto es, 60% la primera y 40% la segunda.

94. Cabe señalar que ISA contempla transferir el equivalente al 30% de acciones de CTM a Transelca, empresa que pertenece al mismo grupo económico y se encuentra bajo el control de ISA. Alternativamente, ISA utilizaría como vehículo una empresa intermedia cuyas acciones serían 30% propiedad de ISA, 30% propiedad de Transelca y 40% de propiedad de EEB, esta empresa intermedia (con una composición accionaria igual a la de REP, la cual podría ser considerada como vehículo) recibiría en transferencia la titularidad del total de las acciones de CTM.

En cualquier alternativa, ISA mantendría siempre el control directo y/o indirecto de por lo menos el 60% de las acciones de CTM, siendo por ende quien la controlaría efectivamente de obtenerse la autorización del Indecopi.

95. En consecuencia, ISA solicita a la Comisión la autorización de la adquisición directa y/o indirecta del control en CTM, lo que incluye no sólo la compra del 56,67% de acciones correspondientes a Hydro Québec, sino también la adquisición del 28,33% de acciones de titularidad del Fondo y del 15% de acciones que corresponden a Etecen.

96. Al respecto, ISA señala que el hecho de que la compra del total de acciones de CTM se realice en tres partes o etapas no modifica la naturaleza del acto de concentración cuya autorización se solicita, es decir, la concentración de REP, ISA Perú y CTM bajo el control de ISA.

97. Asimismo, luego de la realización del acto de concentración, es decir, considerando la compra de todas las acciones de CTM, la estructura de propiedad de la empresa sería la siguiente:

⁴⁵ Con fecha 20 de julio de 2006, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN expidió el Texto Consolidado de las Bases para la Subasta Pública de las acciones del Estado en CTM.

Sobre el pronunciamiento del Indecopi con relación a la adquisición de acciones de Etecen, a la fecha las condiciones impuestas en las Bases por PROINVERSIÓN son las siguientes:

TEXTO CONSOLIDADO - BASES SUBASTA PÚBLICA DE LAS ACCIONES DEL ESTADO EN LA EMPRESA CONSORCIO TRANSMANTARO S.A.

(...)

XI. FECHA DE CIERRE

Requisitos para la FECHA DE CIERRE:

- 11.1. De ser el caso, el POSTOR adjudicatario de la Buena Pro deberá acreditar antes del acto de la FECHA DE CIERRE, que no se encuentran comprendidos, en las restricciones y autorizaciones previas previstas en la Ley Antimonopolio y Oligopolio del Sector Eléctrico, Ley N° 26876 o que cuenta con la autorización respectiva de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI.
- 11.2. Si el POSTOR adjudicatario de la Buena Pro no obtiene el consentimiento del INDECOPI en aplicación de la Ley N° 26876, a que se refiere el párrafo precedente, el Comité dejará sin efecto la adjudicación de la Buena Pro, no siendo aplicable la ejecución de la Carta Fianza de Seriedad de Oferta presentada por el POSTOR señalada en el Literal c) del Numeral 7.1, pudiendo procederse conforme lo dispuesto en el segundo párrafo del Numeral 11.8 de las BASES.
- 11.3. (...)

Asimismo, véase nota al pie N° 6.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

Cuadro N° 2
Estructura de propiedad final de CTM

Accionista	Participación
ISA	30%
Transelca S.A. E.S.P.	30%
EEB	40%

Fuente: ISA

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Eventualmente, de ser el caso, esta también sería la estructura accionaria del vehículo o empresa intermedia que resulte titular de la totalidad de las acciones de CTM.

En tal sentido, de producirse la compra de acciones, ISA pasaría a controlar directa o indirectamente a CTM, con un 60% de participación, incluyendo el porcentaje de Transelca.

98. Sobre el particular, vista la notificación de la operación de concentración presentada por ISA, esta Secretaría Técnica considera que en los casos de operaciones fragmentadas, se debe determinar si las diversas transacciones entre las partes no son sino etapas de un plan más amplio entre aquellas y por lo tanto, deberían ser consideradas como una sola operación de concentración.

99. Al respecto, en el artículo 3 de la Ley que permite definir aquellos actos de concentración que requieren de autorización previa, se señala que una concentración puede implicar **un acto o una sucesión de actos** que permitan adquirir el control directo o indirecto de una empresa que participa en las actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica. En ese sentido, es posible afirmar que una sucesión de actos relacionados, analizados de manera conjunta, podrían determinar la existencia de una única operación de concentración.

100. Así por ejemplo, en la práctica comunitaria europea relacionada con operaciones fragmentadas, la Comisión Europea parece tender a hacer abstracción de los estadios intermedios de toma de control transitorio y realizar un análisis global, siguiendo la estrategia de las partes y la lógica económica de la operación, teniendo en cuenta el resultado final de dicha operación en el mercado.⁴⁶

101. Para establecer la existencia de una única concentración, en el caso de operaciones con tramos sucesivos y/o diversos, se debe analizar el carácter permanente o no de las operaciones intermedias y su condicionalidad de carácter legal (en aplicación de los acuerdos de transacción entre las partes) y de carácter económico. Asimismo, incluso se considera que cuando una operación o acuerdo contenga una cláusula que haga depender su ejecución de la obtención de los permisos de las autoridades públicas competentes, éste no es motivo para que el acuerdo pierda su carácter vinculante, lo que constituye un riesgo técnico presente con frecuencia en este tipo de operaciones.⁴⁷

102. En ese sentido, considerando que los acuerdos entre las partes pueden fácilmente modificarse como consecuencia de nuevas circunstancias en el mercado, la Comisión Europea determina con la información disponible cuál será

⁴⁶ BRIONES, Juan y otros. Op.cit, pág. 62.

⁴⁷ Ibidem, pág. 62- 63.



el desenlace más probable de la operación en el futuro, lo que se realizará teniendo en cuenta no sólo los acuerdos jurídicos entre las partes, sino especialmente la realidad económica, la lógica de la operación en cuestión, y en el caso de operaciones complejas, evaluando todas las transacciones directamente relacionadas, para establecer si la operación constituye una única operación. Esto último independientemente de la forma en que las partes elijan construir o notificar la operación.⁴⁸

103. En el caso materia de análisis, según se desprende del Acuerdo de Adquisición de Acciones suscrito el 16 de mayo de 2006, entre Hydro Québec, como vendedor, e ISA y EEB, como compradores, estos últimos acuerdan adquirir el 56,67% de las acciones que la primera tiene en CTM, lo que incluye el 25% de las acciones clase A y el 31,67% de las acciones de la clase B.
104. Asimismo, ISA y EEB acuerdan comprar al cierre de la adquisición de las acciones de Hydro Québec, todas las acciones de la clase B de propiedad del Fondo, dado que este accionista ejercería su derecho denominado "*tag along right*"⁴⁹, cuyo ejercicio implica que ante la venta de acciones por parte de la empresa que ostenta el control en CTM, puede proceder a la venta del 28,33% de sus acciones al mismo comprador y en las mismas condiciones a las que fueron pactadas con el accionista que controla la empresa.⁵⁰
105. De igual manera, en el Acuerdo de Adquisición de Acciones, ISA y EEB acuerdan participar en la subasta del 15% de las acciones de Etecten en CTM, comprometiéndose a ofrecer un precio de compra por acción por lo menos igual al ofrecido para adquirir las acciones de Hydro Québec.⁵¹ Al respecto, ISA manifestó en el presente procedimiento que se encuentra participando como postor en la subasta pública convocada por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN para la adquisición de acciones del Estado a través de Etecten en CTM.⁵²
106. En ese orden de ideas, según los términos del Acuerdo de Adquisición de Acciones antes mencionados, las adquisiciones por parte de ISA y EEB de las acciones correspondientes al Fondo y a Etecten se encuentran directamente relacionadas con la adquisición de las acciones de Hydro Québec en CTM, dado que las tres transacciones se producirían incluso en similares condiciones en lo que se refiere al precio de compra por acciones. Por ende, a pesar de la complejidad de la operación, no se debe considerar a cada una de estas adquisiciones como operaciones independientes o analizarlas de manera individual sin considerar la lógica económica de la operación bajo análisis.
107. En consecuencia, dado que el acuerdo respecto de las adquisiciones de acciones de Hydro Québec, el Fondo y Etecten suscrito por parte de ISA y EEB revela el carácter unitario de la operación, esta Secretaría Técnica es de la opinión
- ⁴⁸ Ibídem, pág. 63.
- ⁴⁹ En un primer momento, es preciso señalar que en el documento denominado "Visión Global de Oportunidad de Inversión", que fue la invitación efectuada Hydro Québec a distintas partes interesadas en la adquisición de sus acciones en CTM, se manifestó que el Fondo ejercerá su "*specific tag along right*", por lo que el comprador potencial podrá obtener en total el 85% de las acciones de CTM.
- ⁵⁰ Sección 6.7. del Acuerdo de Adquisición de Acciones entre Hydro Québec y EEB e ISA.
- ⁵¹ Sección 6.6. del Acuerdo de Adquisición de Acciones entre Hydro Québec y EEB e ISA.
- ⁵² Escrito del 8 de agosto de 2006. Véase también nota al pie N° 6.



de que la presente operación se debe considerar como una única adquisición de control por parte de ISA respecto del 100% de las acciones de CTM, la cual se llevará a cabo en tres etapas que finalmente tienen unidad de carácter.

108. Por tal razón, considerando que la adquisición del 100% de las acciones de CTM por parte de ISA —empresa que participa en el mercado de transmisión eléctrica nacional— implicaría un cambio en la estructura de control de CTM, siendo esta última una empresa que desarrolla actividades de transmisión en el sector eléctrico peruano, la operación notificada califica como una operación de concentración en los términos de lo dispuesto en la Ley 26876 y sus disposiciones reglamentarias.

109. Con relación a los efectos de lo anterior respecto del procedimiento, esta Secretaría Técnica considera que corresponde que la operación de concentración notificada por ISA se tramite de conformidad a lo dispuesto en el Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, siendo aplicables para el presente procedimiento los plazos y disposiciones establecidas en dicho reglamento.

5.3. Umbrales para efectuar la notificación

110. De la misma manera, de acuerdo al marco jurídico aplicable a las operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico peruano, corresponde evaluar a continuación si, en virtud de lo señalado en los artículos 3 y 8 de la Ley y 9 del Reglamento de la Ley, el acto de concentración notificado supera los umbrales establecidos para que proceda su notificación y posterior evaluación por parte de la Comisión.

111. De acuerdo a la información estadística presentada por el Osinerg⁵³, las participaciones de las empresas transmisoras que operan en el SEIN, medidas en facturación total para el año 2005, se presentan a continuación:

Cuadro N° 3
Participación de empresas transmisoras en el mercado del
Sistema Eléctrico Interconectado Nacional - SEIN

N° de orden	Entidad Transmisora	Total Año 2005	
		Soles (1)	Participación
1	REP - Red de Energía del Perú	185 288 549	48.01%
2	Consorcio Transmataro SA	89 422 165	23.17%
3	REDESUR - Red Eléctrica del Sur SA	34 417 590	8.92%
4	Interconexión Eléctrica ISA Perú SA	26 699 571	6.92%
5	Eteselva SRL	24 012 659	6.22%
6	CONENHUA - Consorcio Energético de Huancavelica SA	24 361 255	6.31%
7	DEPOLTI - Proyecto Especial Olmos Tinajones	1 734 269	0.45%
Facturación Total del Periodo		385 936 059	100.00%

(1) Facturación Total sin IGV, según información proporcionada por las Empresas con carácter de DECLARACIÓN JURADA, excepto donde se especifica

Fuente: Osinerg

Elaboración: Osinerg

⁵³ Oficio 2006-3088-OSINERG-GFE, del 9 de junio de 2006.

112. Como se puede apreciar, antes de la operación de concentración, ISA posee una participación del 54,93% en la facturación total de las empresas transmisoras durante el 2005, por lo que de concretarse la operación de concentración pasaría a poseer una participación del 78,10%, sobre la misma base.
113. De acuerdo a las participaciones de las empresas descritas en el párrafo anterior, en el presente caso la adquisición notificada por ISA superaría el umbral del 15% establecido por la Ley y su reglamento para el caso de concentraciones horizontales y, por lo tanto, a criterio de esta Secretaría Técnica, la solicitud de autorización previa resulta procedente.

VI. POTENCIALES EFECTOS DEL ACTO DE CONCENTRACIÓN

114. Habiéndose determinado que el acto de concentración notificado por ISA se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley y su reglamento, corresponde profundizar el análisis respecto de sus probables efectos sobre la competencia.
115. Los posibles efectos nocivos para la competencia que podrían ser resultado del acto de concentración notificado estarían relacionados entre otros, a: (i) desincentivos a la realización de inversiones en el sector; (ii) variación en la interrelación estratégica en mercados relacionados, (iii) desincentivo de inversiones en mercados relacionados, (iv) variación en la interrelación estratégica en mercados de la región (América del Sur); (v) variación en los esfuerzos de los reguladores para el ejercicio de su labor y en los costos regulatorios asociados. Asimismo, existe la posibilidad de alteración en las transacciones al interior del COES, afectación a las condiciones de competencia en el mercado de clientes libres, y distorsiones sobre el mercado de clientes regulados.
116. Adicionalmente, resulta pertinente esperar las opiniones solicitadas al Osinerg, MEM, al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, las cuales coadyuvarán a la Comisión en el análisis de la operación de concentración notificada.
117. En consecuencia, dado que la adquisición de acciones de CTM por parte de ISA se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley y su reglamento, y que los aspectos a profundizar son diversos y de distinto grado de complejidad, esta Secretaría Técnica recomienda a la Comisión disponer la ampliación del plazo para el análisis de los efectos de la operación notificada en el mercado eléctrico nacional y los mercados relacionados.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

118. La operación notificada permitirá la adquisición de control por parte de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. de la totalidad de acciones de Consorcio Transmantaro S.A., constituyendo un acto de concentración conforme a lo establecido por la Ley 26876. A su vez, considerando las cuotas de mercado de las empresas bajo control de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (antes y después de la operación), el acto de concentración notificado supera el umbral del 15% para las operaciones de concentración horizontal y en consecuencia, corresponde declarar la procedencia de la solicitud de autorización previa.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

119. Resulta necesario profundizar el análisis con el objeto de evaluar si la concentración notificada tiene efectos en los mercados relevantes del sector eléctrico nacional y los mercados relacionados.

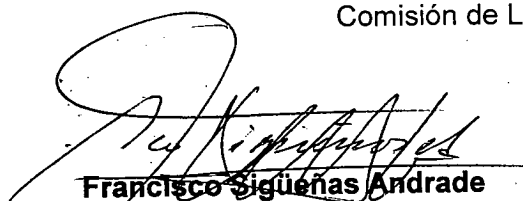
001359

120. Considerando lo expuesto, esta Secretaría Técnica recomienda a la Comisión profundizar la evaluación de los efectos de la operación de concentración notificada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., así como brindar la oportunidad tanto a la notificante como a las autoridades a las que se les ha requerido opinión, para que expongan ante la Comisión sus respectivas evaluaciones sobre los efectos de la operación materia de análisis, de acuerdo a los artículos 22 y 35 del Reglamento de la Ley, de tal manera que la decisión final de la Comisión sea realizada considerando la mayor y mejor información.

121. En consecuencia, tomando en cuenta las conclusiones anteriores esta Secretaría Técnica recomienda a la Comisión ampliar el plazo de su decisión por treinta (30) días de acuerdo a lo establecido en el artículo 24⁵⁴ del citado Reglamento y proceder de acuerdo a lo previsto en el artículo 25⁵⁵ de la misma norma legal.



Ernesto López Mareovich
Secretario Técnico
Comisión de Libre Competencia



Francisco Sigüenza Andrade
Asistente Económico
Comisión de Libre Competencia



Roxana Arellano García
Asistente Legal
Comisión de Libre Competencia

⁵⁴ **Reglamento de la Ley 26876.-**

Artículo 24.-

Antes del vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos en el Artículo 18° del presente Reglamento, la Comisión podrá adoptar, alternativamente, cualquiera de las siguientes decisiones:

(...)

c) ampliar el plazo para la decisión de la Comisión hasta por treinta (30) días, en los casos en que sea necesario profundizar el análisis a efectos de determinar la compatibilidad de la operación con el mercado.

⁵⁵ **Reglamento de la Ley 26876.-**

Artículo 25.-

Si la Comisión adopta la decisión señalada en el Artículo 24 inciso c) del presente Reglamento, podrá solicitar a las Personas y empresas que efectuaron la Notificación aclaren, amplíen, expliquen o precisen la información presentada. Las Personas o empresas que efectuaron la Notificación deberán cumplir con el requerimiento dentro de un plazo máximo de diez (10) días, aclarando, ampliando, explicando o precisando la información. Una vez satisfecho dicho requerimiento, la Comisión tendrá un plazo improrrogable de treinta (30) días para pronunciarse autorizando o desaprobanda la realización de la Operación de Concentración.

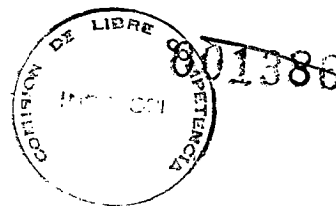




ANEXO 3



MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS



(INFORMACIÓN CONFIDENCIAL)

INFORME MEM/DGE N° 024-2006

OPINIÓN DEL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS RESPECTO A SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN LAS ACTIVIDADES DE TRANSMISIÓN SOLICITADA POR INDECOPI

1. OBJETO DEL INFORME

Atender la solicitud presentada por INDECOPI mediante Oficio N° 133-2006/CLC-INDECOPI, ingresado bajo el Registro N° 1635640, para que el Ministerio de Energía y Minas (MEM) emita un informe con su opinión respecto a los efectos perjudiciales y/o beneficiosos que, desde la perspectiva de las funciones de este Ministerio, podría generar la concentración empresarial en ISA por la adquisición de Consorcio Transmantaro S.A. (en adelante CTM), asunto que está siendo evaluado por INDECOPI.

2. OPINIÓN RESPECTO A LOS ASPECTOS SOLICITADOS POR INDECOPI

(i) Las necesidades y los efectos sobre futuras inversiones en el sector eléctrico

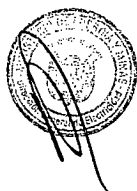
El Capítulo V de la Ley N° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, establece un nuevo procedimiento para promover y hacer efectivas las inversiones para el desarrollo de los sistemas de transmisión eléctrica.

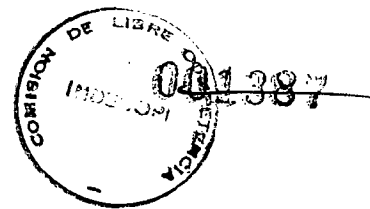
Según lo dispone la referida Ley, el desarrollo del Sistema Garantizado de Transmisión se realiza conforme al Plan de Transmisión, el cual se actualizará y publicará cada dos (2) años. El Ministerio aprobará el Plan de Transmisión que será elaborado por el COES.

El Plan de Transmisión tiene carácter vinculante para las decisiones de inversión que se adopten durante su vigencia.

El proceso para la elaboración y aprobación del Plan de Transmisión debe cumplir con las políticas de transparencia de información, audiencias públicas y mecanismos de participación de los Agentes del sistema, organizaciones representativas de usuarios y demás interesados, lo cual será establecido en el Reglamento conforme lo dispone la Ley N° 28832.

El Ministerio conducirá los procesos de Licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. En caso de instalaciones de Refuerzo,





el titular de la concesión de transmisión tendrá la preferencia para ejecutarlas directamente. De no ejercer el derecho de preferencia, se incluirán en los procesos de Licitación.

Por otro lado, la Ley permite también que, por iniciativa privada, se construyan instalaciones de transmisión, y norma los procedimientos para obtener la concesión y la forma de fijar sus remuneraciones cuando son utilizadas por terceros.

Según la experiencia de los últimos años, se prevé que, salvo las instalaciones directamente asociadas a nuevas centrales de generación o cargas mineras, las inversiones en transmisión se efectuarán como resultado de Licitaciones Públicas, según lo establece la Ley N° 28832.

En consecuencia, dado el componente altamente técnico en el proceso de elaboración del Plan de Transmisión y la determinación de los proyectos a ser licitados, se estima que la concentración empresarial en evaluación no tendrá efecto significativo.

En la presentación de ofertas a las licitaciones de concesión, es posible que ISA, siendo el grupo con mayor participación en el sistema de transmisión nacional, tenga mayores ventajas comparativas para presentar ofertas, por cuanto tendrá un buen conocimiento del sistema peruano y dispondrá de mayor infraestructura para construcción, operación y mantenimiento de las nuevas instalaciones, situación que podría desalentar la participación de nuevas empresas que desearan iniciar actividades en el Perú. En este aspecto, la concentración solicitada podría tener un relativo efecto negativo, sin embargo esta apreciación podría ser opuesta si es que los precios incluyen las reducciones de costos indicadas por efecto de la escala empresarial del Grupo ISA en el mercado peruano y se transmiten al usuario final a través de tarifas más económicas.

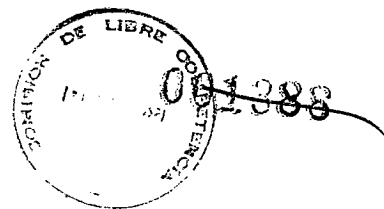
(ii) La variación de la oferta y demanda de energía eléctrica

El mecanismo de licitación de concesiones de transmisión establecida en la Ley N° 28832, evita que las decisiones de nuevas inversiones en instalaciones de transmisión estén en manos de las concesionarias. En consecuencia, se estima que el acto de concentración solicitado no tendrá efecto sobre el desarrollo de la oferta o demanda de energía eléctrica.

(iii) La variación en la oferta y demanda, de servicios y/o productos, especializados o directamente relacionados en la realización de actividades en el sector eléctrico nacional.

Es previsible que con la concentración ocurra una reducción del personal administrativo que labora en CTM. Sin embargo, respecto a los servicios de





operación y mantenimiento, no se puede pre determinar que haya una reducción de la cantidad de estos servicios, por cuanto dependen de las instalaciones físicas y son independientes de quien sea su propietario. Sin embargo, se prevé un posible efecto negativo por cuanto la contratación de servicios de mantenimiento se puede concentrar sólo en las empresas vinculadas al grupo ISA, en perjuicio de las empresas que actualmente brindan servicios a CTM, reduciendo la competencia de las empresas que brindan estos servicios.

(iv) Los efectos sobre la oferta y demanda en los mercados de generación y transmisión eléctrica a nivel nacional y de América del Sur.

ISA es un grupo económico que está en expansión a nivel latino americano, por lo que la adquisición de CTM contribuye a consolidar su posición en la región, condición que, no obstante tratarse de decisiones políticas, podría favorecer la materialización de los planes de integración regional tanto entre los países de la CAN, así como de otros países de Latinoamérica.

(v) La conformación y toma de decisiones al interior del COES

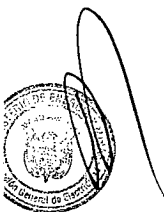
La Ley N° 28832, dispone una nueva conformación del COES, e incorpora como miembros a las empresas distribuidoras y los usuarios libres.

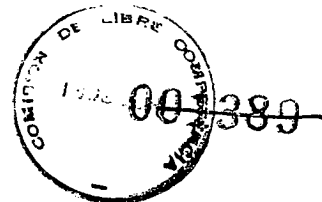
Según la Ley anotada, "la Asamblea del COES estará integrada por los Agentes del SEIN, agrupados en cuatro subcomités: uno de los Generadores, uno de los Distribuidores, uno de los Transmisores y uno de los Usuarios Libres".

"El Directorio está integrado por cinco (5) miembros, por un periodo de cinco (5) años, cuatro (4) en representación de cada uno de los subcomités que conforman el COES y uno designado por la Asamblea, quien lo presidirá".

"El Presidente y los miembros del Directorio mientras ejerzan su cargo, están prohibidos de desempeñar actividades para la Administración Pública bajo cualquier modalidad; así como poseer vínculos laborales, comerciales o financieros con los Agentes, sus empresas vinculadas, o con los accionistas mayoritarios de las mismas. La única excepción a las restricciones señaladas es la actividad docente".

Las empresas de transmisión que actualmente integran el COES, y que en aplicación de la Ley N° 28832 integrarán el sub comité de Transmisores, son las cinco (05) siguientes:





Empresas de Transmisión Integrantes del COES

ETESSELVA
TRANSMANTARO
REDESUR
RED DE ENERGÍA DEL PERÚ
ISA PERÚ

En esta conformación el grupo ISA tiene actualmente dos (02) miembros (Red de Energía del Perú e ISA PERÚ) de un total de cinco (05).

De producirse la concentración de CTM en el grupo ISA, éste tendría tres (03) miembros sobre cinco (05), lo que le daría mayoría en las decisiones del sub comité y control en la elección del director del COES que representa a los transmisores; situación que podría afectar la equidad de participación en el Subcomité de Transmisores del COES y sesgar las decisiones a favor de los intereses del grupo ISA. Sin embargo, en el Reglamento de la Ley N° 28832, en actual elaboración, se puede establecer algunas reglas de participación que eviten esta situación de ventaja, como por ejemplo, la participación en función de "grupo económico". Así mismo, se espera que en el futuro se incorporen nuevas empresas de transmisión, con lo cual se reducirá la ventaja inicial de ISA.

(vi) La variación esperada de la tarifa eléctrica a los clientes regulados

La tarifa eléctrica a los clientes regulados está conformada por el agregado de los precios de generación y los cargos por transmisión y distribución. Cada componente del precio es fijado por el OSINERG, según los procedimientos establecidos en la Ley de Concesiones Eléctricas, su Reglamento y las Resoluciones emitidas por el OSINERG.

Según la Ley N° 28832, los cargos por el Sistema Garantizado de Transmisión, serán determinados a base de los montos de las ofertas adjudicadas en las licitaciones.

En consecuencia, la concentración no tendría influencia directa en la fijación de las tarifas eléctricas a los clientes regulados, en tanto se garantice que el precio final se despeja por la libre participación de distintas ofertas.

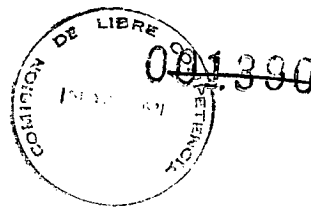
(vii) La variación esperada en el precio de la energía eléctrica a los clientes libres

El servicio de transmisión tiene precios regulados tanto para el mercado de clientes regulados como para los clientes libres, por lo que, de manera





MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS



similar a la respuesta anterior, la concentración no tendría influencia directa en la fijación de los precios a los clientes libres.

(viii) La variación en los esfuerzos regulatorios del organismo sectorial para el ejercicio de su labor.

El organismo normativo del sector eléctrico en el país es el Ministerio de Energía y Minas, y el organismo regulador de tarifas y fiscalizador de las actividades del sector eléctrico es el OSINERG.

Ambas entidades actúan de acuerdo a las leyes vigentes, de manera independiente de la propiedad de las empresas. Por lo tanto, la concentración no tendrá efecto sobre la actividad de ambos organismos.

(ix) La posibilidad de compartir infraestructura o servidumbres utilizadas para la realización de actividades en el sector eléctrico, en prestación de servicios de otros sectores o mercados.

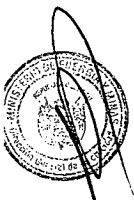
CTM es propietaria del enlace de transmisión entre los sistemas del centro y el sur, y dio lugar al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional – SEIN. Por su parte, ISA controla a través de REP los sistemas de transmisión centro, norte medio, norte y parte del sur. Por lo tanto, la concentración le daría a ISA el control sobre las líneas de transmisión que enlazan casi la totalidad de los principales centros urbanos y productivos del país. Esta situación puede ser aprovechada para expandir sus servicios al área de telecomunicaciones, directamente o a través de una empresa vinculada, mediante la instalación de enlaces con fibra óptica montados sobre los soportes de las líneas de transmisión. Esta posibilidad resultaría favorable para mejorar la oferta del servicio en el sector telecomunicaciones a nivel nacional, siempre que la posición de dominio que tendría ISA con la concentración no restrinja el acceso de terceros al mercado.

(x) De ser pertinente, la variación de las condiciones comerciales (v.g. precio, tarifa, volumen) en los mercados distintos al eléctrico bajo sus supervisión.

A excepción del posible uso compartido de las líneas de transmisión para sistemas de telecomunicaciones por fibra óptica, el servicio de transmisión eléctrica no tiene actividad compartida con mercados distintos al eléctrico.

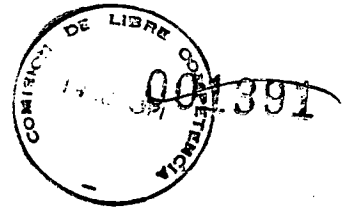
Por lo tanto, no se espera que la concentración afecte otros mercados.

3. OPINIÓN GENERAL DEL MINISTERIO SOBRE LA SOLICITUD DE CONCENTRACIÓN





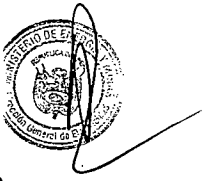
MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS



En opinión del Ministerio de Energía y Minas, en general, no se percibe que la solicitud de concentración altere significativamente la situación actual del mercado de transmisión eléctrica, habida cuenta que las actividades de transmisión están reguladas, y que la Ley N° 28832 introduce mecanismos de Planificación para el desarrollo de los sistemas de transmisión y mecanismos de licitación pública para la ejecución y explotación de los proyectos del Sistema Garantizado de Transmisión.

Es necesario precisar que el grupo ISA tendría mayoría de miembros en el sub comité de transmisión del COES (3 de 5), por lo que podría tener control en la elección del director representante de los transmisores, ventaja que podría beneficiar al grupo ISA, por la proporción de su participación en el mercado, respecto de las otras empresas de transmisión. Sin embargo, es de precisar que en el Reglamento de la Ley N° 28832, en actual elaboración por este Ministerio, se establecerán las reglas de participación que prevengan cualquier abuso de la posición de dominio. Además se espera que en el futuro nuevos transmisores se integren al Sub Comité, con lo cual también se neutralizaría esta ventaja inicial. En este aspecto, a fin de restringir eventuales intentos de manejos monopólicos contrarios al interés general, cabría efectuar un seguimiento más cercano por parte de la entidad encargada del control de la libre competencia en el mercado eléctrico peruano.

Lima, 2 de octubre de 2006





ANEXO 4



GERENCIA ADJUNTA DE REGULACIÓN TARIFARIA
AV. CANADA N° 1460 - SAN BORJA
224 0487 224 0488 - FAX 224 0491

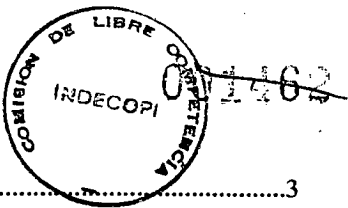
Informe OSINERG-GART/DGT N° 086-2006

001461

Efectos de la compra de acciones de la Empresa Consorcio Transmantaro S.A. por parte de la empresa Interconexión Eléctrica S.A.

Lima, octubre de 2006

ÍNDICE



1. INTRODUCCIÓN 3

1.1. MARCO LEGAL.....3

1.2. ANTECEDENTES 3

1.3. PEDIDO DE INDECOPI 4

1.4. ALCANCES 5

2. EL MARCO REGULATORIO VIGENTE DE LA TRANSMISIÓN ELÉCTRICA 6

2.1. LAS LIMITACIONES DEL SISTEMA DE TRANSMISIÓN 7

2.2. ADECUACIÓN DEL MARCO LEGAL DE LA TRANSMISIÓN – LEY 28832 8

2.3. EL CONTRATO DE CONCESIÓN SUSCRITO POR EL ESTADO CON REP 9

3. ANÁLISIS DEL OSINERG 11

3.1. ASPECTOS GENERALES DEL ANÁLISIS 11

3.1.1. Aspectos sobre las Inversiones de ISA y TRANSMANTARO 12

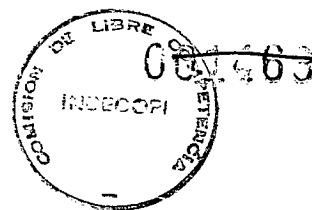
3.2. IMPLICANCIAS DEL PROCESO DE COMPRA DE ACCIONES.....13

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 18

5. ANEXOS.....20

5.1. REMUNERACIÓN DE LA TRANSMISIÓN DE LAS EMPRESAS CON CONTRATO BOOT Y RAG 21

5.2. ISA EN AMÉRICA DEL SUR Y CENTRO AMÉRICA 22



1. Introducción

1.1. Marco Legal

El presente análisis ha sido elaborado en conjunto con la Oficina de Estudios Económicos de OSINERG. Para ello, se consideran las normas que se indican a continuación y aquellas que las modifiquen o sustituyan:

- Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica;
- Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (LCE) y su Reglamento;
- Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, aprobada por Decreto Supremo N° 020-97-EM;
- Disposiciones dictadas por el OSINERG con relación a la regulación de los sistemas de transmisión; y,
- Otras Normas vigentes del Sector Eléctrico.

1.2. Antecedentes

La empresa Interconexión Eléctrica S.A. de Colombia (en adelante "ISA") presentó ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI una solicitud de autorización previa para una operación de concentración en el sector eléctrico, mediante la cual adquiriría las acciones de la empresa de transmisión eléctrica Consorcio Transmantaro S.A. (en adelante "TRANSMANTARO"), la cual tiene a su cargo la operación de la línea Mantaro – Socabaya desarrollada para interconectar la zona centro y sur del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante "SEIN").

La referida compra permitiría que ISA posea la totalidad de las acciones de los activos de TRANSMANTARO, ya que adquiriría las acciones de Hydro-

Québec (56,67%), del Fondo de Solidaridad de los Trabajadores de Québec (28,33%) y de Etecen S.A. (15%), habiéndose ya adjudicado la buena pro para la adquisición de acciones de esta última pero cuyo cierre está condicionado a la autorización de INDECOPI.

En principio, la referida transacción de compra incrementará la participación de ISA en la actividad de transmisión de electricidad en el Perú. En efecto, ISA opera en la actualidad la Empresa Red de Energía del Perú S.A. (en adelante "REP") y la Empresa Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A. (en adelante "ISA PERU").

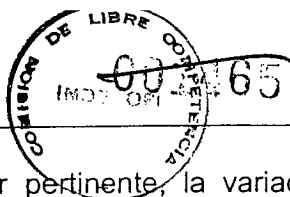
1.3. Pedido de INDECOPI

INDECOPI, mediante Oficio N° 132-2006/CLC-INDECOPI, solicita la opinión técnica del OSINERG respecto a las consecuencias sobre el funcionamiento del mercado eléctrico peruano por efecto de la compra de las acciones de TRANSMANTARO.

Entre otros aspectos, INDECOPI requiere la opinión de OSINERG sobre las implicancias de la concentración en:

- (i) Las necesidades y los efectos sobre futuras inversiones en el sector eléctrico.
- (ii) La variación en la oferta y demanda de energía eléctrica.
- (iii) La variación en la oferta y demanda, de servicios y/o productos, especializados o directamente relacionados en la realización de actividades¹ en el sector eléctrico nacional.
- (iv) Los efectos sobre la oferta y demanda en los mercados de generación y transmisión eléctrica a nivel nacional y de América del Sur.
- (v) La conformación y toma de decisiones al interior del COES.
- (vi) La variación esperada de la tarifa eléctrica a los clientes regulados.
- (vii) La variación esperada en el precio de la energía eléctrica a los clientes libres.
- (viii) La variación en los esfuerzos regulatorios de su organismo para el ejercicio de su labor.
- (ix) La posibilidad de compartir infraestructura o servidumbres utilizadas para la realización de actividades en el sector eléctrico, en la prestación de servicios en otros sectores o mercados.

¹ Generación, transmisión y distribución.

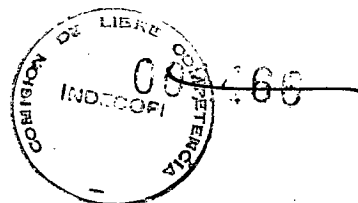


- (x) De ser pertinente, la variación de las condiciones comerciales (v.g. precio, tarifa, volumen) en los mercados distintos al eléctrico bajo su supervisión.

1.4. Alcances

En el presente Informe Técnico se analizan las implicancias económicas y regulatorias en el funcionamiento y desarrollo de la actividad de transmisión eléctrica en el Perú, por efecto de la compra de las acciones de TRANSMANTARO.

OSINERG emite opinión sobre la base de la información disponible y la proporcionada por INDECOPI. Con la finalidad de establecer cierto orden respecto a los puntos considerados en el requerimiento de INDECOPI, se incluyen en el análisis notas a pie de página especificando qué punto solicitado se trata en los diferentes párrafos del informe.



2. El Marco Regulatorio vigente de la Transmisión Eléctrica

Antes de proceder al análisis del OSINERG respecto al pedido de opinión del INDECOPI, es necesario señalar lo siguiente:

- i) Mediante la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, publicada el 23 de julio del presente, se aprobó una Adecuación del Marco Legal de la Transmisión donde se establecen cambios significativos en la planificación, clasificación y remuneración de la transmisión. Nuevo Marco Regulatorio de la Transmisión.

No obstante, este nuevo marco no es aplicables a las concesiones otorgadas al amparo 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 el Decreto Supremo N° 059-96-PCM; como es el caso de los Contratos de ISA PERÚ, REP, TRANSMANTARO, entre otros;

- ii) Con la modificación del Contrato de Concesión Sistemas de Transmisión Eléctrica ETECEN – ETESUR (en adelante "CONTRATO REP"), el Estado y REP podrán convenir la ejecución de las ampliaciones y el monto de las mismas será el que resulte de un informe elaborado por una empresa auditora.

2.1. Las Limitaciones del Sistema de Transmisión

Un sistema de transmisión que no posea suficiente capacidad de transporte² entre las fuentes de generación y los lugares donde se consume la energía crea condiciones para el ejercicio del poder de mercado por parte de los generadores. Un sistema de transmisión debe tener capacidad suficiente para evitar la formación de islas a lo largo de la red, con excedentes en un área y déficit en otra, impidiendo la optimización de los costos en beneficio de los usuarios. El análisis de las condiciones de seguridad del SEIN pone en evidencia que la falla de algunas de las líneas de transmisión podría tener una alta probabilidad de causar racionamientos ó por lo menos producir elevados costos marginales que podrían elevar indebidamente las tarifas a los consumidores finales de las zonas críticas.

Como ejemplo de lo anterior, se puede señalar que, del análisis reciente que OSINERG³ ha efectuado a la propuesta del Plan de Transmisión que ha remitido REP al MEM, se observa que con las instalaciones de transmisión incluidas en dicho plan, la congestión del enlace Mantaro – Socabaya (que corresponde a la concesión de TRANSMANTARO) llevaría que los precios de la electricidad sean económicamente insostenibles en el Sur, para el horizonte de tiempo (pudiendo alcanzar niveles que podrían superar los 100 US\$/MWh).

Dentro del marco regulatorio vigente hasta antes de la dación de la Ley N° 28832⁴, el Sistema Principal de Transmisión (SPT) es reconocido como el conjunto de instalaciones de transmisión considerado de uso común y cuyo pago es distribuido entre todos los consumidores, pero recaudado por los generadores a través del cargo del Peaje por Conexión. Los Sistemas Secundarios (SST) son las instalaciones que no forman parte del SPT y que, en general, deberían prestar servicio a la generación o a la demanda de forma dedicada. Existen, sin embargo, situaciones en las cuales los sistemas secundarios no son claramente atribuibles ni a la demanda ni a la generación⁵ y esto da lugar a una discusión permanente porque de acuerdo con la legislación, la estructura (SPT/SST) y los cargos por transmisión deben ser revisados periódicamente.

La continua revisión de la composición de los Sistemas Principal (SPT) y Secundarios de Transmisión (SST) y del Sistema de Transmisión Económicamente Adaptado (STEa) crean incertidumbre sobre la

² La capacidad de transporte se puede originar, entre otros, por: problemas de límites térmicos de la línea de transmisión; reserva de enlaces por seguridad y/o mantenimientos; insuficiencia de compensación reactiva. La falta de capacidad origina el fenómeno de congestión en la operación eléctrica.

³ Informe OSINERG-GART/DGT N° 084-2006. "Observaciones al Plan de Expansión Propuesto por Red Energía del Perú S.A. – 2006". OSINERG. Octubre de 2006.

⁴ Al parecer vigente para las instalaciones existentes y futuras que se encuentran al amparo de los Contratos suscritos por el ISA y TRANSMANTARO.

⁵ El Reglamento de la Ley de Concesiones denomina a estas instalaciones como Casos Excepcionales y otorga a OSINERG la facultad de regularlos con base en criterios de uso o beneficio económico.

responsabilidad por el pago de las redes de transmisión y contribuye a la inacción por parte de los agentes al desconocerse si una determinada instalación será remunerada o no, y por quién.

Bajo este contexto, era indispensable efectuar una revisión del marco regulatorio de la transmisión para resolver los problemas que impiden su desarrollo o que limitan la incorporación de nueva generación, a fin de establecer un plan centralizado de transmisión que debe ser vinculante, para asegurar la expansión del sistema, así como hacer más predecible y estable la remuneración de los sistemas de transmisión y de los cargos por su utilización.

2.2. Adecuación del Marco Legal de la Transmisión – Ley 28832

En el Artículo 13°, inciso a), de la Ley N° 28832 se establece que el COES debe elaborar la propuesta del Plan de Transmisión para su aprobación por el Ministerio de Energía y Minas (en adelante “MEM”). Para la aprobación del Plan de Transmisión se debe contar con la opinión favorable del OSINERG, que deberá verificar que el estudio haya cumplido con las políticas y criterios establecidos previamente. En el Artículo 21° de dicha Ley se establece además que el Plan de Transmisión tiene carácter vinculante para las decisiones de inversión que se adopten durante su vigencia.

Es preciso señalar que el sistema de transmisión estaría integrado por instalaciones del:

- Sistema Garantizado de Transmisión (SGT).
- Sistema Complementario de Transmisión (SCT).
- Sistema Principal de Transmisión (SPT).
- Sistema Secundario de Transmisión (SST).

Donde las instalaciones de los dos primeros sistemas serían aquellas cuya puesta en operación comercial se produzca en fecha posterior a la promulgación de la Ley, siendo las instalaciones de los dos últimos sistemas aquellas ya calificadas al amparo de la LCE y puestas en operación comercial antes de la promulgación de la Ley N° 28832.

El desarrollo del SGT se realizará conforme al Plan de Transmisión, para lo cual se seguirán procesos de licitación pública conducidos por el MEM. Los sistemas ejecutados fuera del Plan de Transmisión (SCT) serán asumidos por los agentes que libremente pacten su ejecución.

La asignación de pago por las nuevas inversiones en el SGT se efectuaría en proporción al beneficio económico que las instalaciones proporcionan a los usuarios y generadores, calculado para el periodo de años y según la metodología que especifique el Reglamento. La asignación obtenida se mantendrá invariable y permanente hasta la recuperación de la inversión. En el caso del SCT, cuando el uso sea efectuado por parte de terceros, las compensaciones y tarifas se regularán considerando los criterios establecidos en la LCE para los SST.

A pesar de la especificación de este régimen de "competencia por el mercado" que debiera existir en las licitaciones que se convoquen para el desarrollo de los activos del SGT, existen dos aspectos a destacar en la nueva Ley, que tienen que ver con los Contratos de Concesión suscritos por ISA y TRANSMANATARO; así como, con la LCE.

- a) De acuerdo con la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 28832, la calificación de las instalaciones SST y SPT, vigente a la promulgación de la presente Ley, no es materia de revisión, ni es aplicable a las instalaciones cuya puesta en operación comercial se produce en fecha posterior a la promulgación de dicha Ley. Es decir, se entendería que las nuevas inversiones no podrían ser calificadas como SPT y SST.
- b) No obstante, en la propia Ley 28832, se señala que lo dispuesto en la misma no será aplicable a las concesiones otorgadas al amparo 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 el Decreto Supremo N° 059-96-PCM⁶, en aquello que se oponga a lo estipulado en los respectivos contratos de concesión.

2.3. El Contrato de Concesión suscrito por el Estado con REP

Con fecha 5 de setiembre de 2002, por una parte, el Estado Peruano representado por el MEM y por otra parte, la empresa REP, suscribieron el CONTRATO REP, mediante el cual se otorgó en concesión a la referida empresa de transmisión eléctrica, las instalaciones de las empresas ETECEN S.A. y ETESUR S.A., por un periodo de 30 años.

Recientemente, se han suscrito varios Adendas a través de las cuales se han modificado aspectos importantes relacionados con el marco para la ejecución de las ampliaciones y los ingresos adicionales a la Remuneración Anual Garantizada (RAG). El primero de los temas está relacionado con la introducción de mecanismos para hacer viable la inversión en nuevas ampliaciones en transmisión por parte de REP ante la problemática de la falta de ejecución de nuevas instalaciones en el sistema de transmisión; el segundo tema está relacionado con el restablecimiento del equilibrio económico del CONTRATO REP, en virtud de la Cláusula 22.2 del mismo.

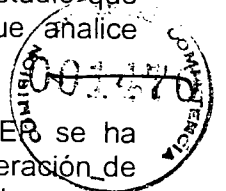
La modificación del marco para la ejecución de las ampliaciones ha otorgado a la empresa REP, integrante del grupo ISA, una situación diferenciada con el resto de las empresas, ello por cuanto:

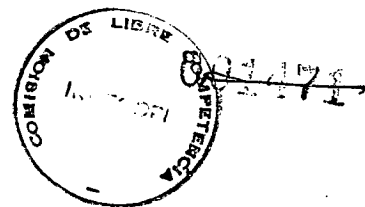
- El Estado y REP pueden convenir la ejecución de las ampliaciones mediante una cláusula adicional al CONTRATO REP. Es decir, a

⁶ Bajo este régimen se encuentran las concesiones otorgadas a través de los contratos suscritos por el grupo ISA y TRANSMANTARO.

diferencia de lo que se establece en la Ley 28832, en este caso, la decisión de inversión es decidido por las partes, previo estudio que realice REP, y no proviene de un Plan Transmisión que analice integralmente el SEIN, tal como lo prevé la ley 28832

- Adicionalmente, en las modificaciones al CONTRATO REP se ha establecido que el monto que se considere para la remuneración de las ampliaciones será el que resulte de un informe elaborado por una empresa auditora. Este nuevo mecanismo de remuneración, difiere tanto del que establece la LCE como del esquema que ha venido siendo utilizado en las licitaciones de los Sistemas BOOT. En efecto, el esquema RAA otorga el beneficio de las seguridades de remuneración del Sistema BOOT, pero otorga la concesión directamente al titular de transmisión (en este caso Red de Energía del Perú S.A.), reemplazando de esta forma el mecanismo de competencia para la obtención de la concesión por un mecanismo de competencia entre constructores y precios fijados por un sistema de auditoría que estaría reemplazando al Osinerg en la función de regulación de precios.





3. Análisis del OSINERG

3.1. Aspectos Generales del Análisis

Si bien todo proceso de concentración debe analizarse independientemente de la actividad en la que se lleve a cabo, reconociéndose en el Artículo 1° de la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante "LCE")⁷ cuatro actividades en el sector, en el caso específico de la transmisión sus características de monopolio natural y su consecuente regulación, restringen en gran medida los potenciales efectos negativos derivados de la existencia de incentivos para el abuso de posición de dominio como consecuencia del incremento de participación de un determinado operador en esta actividad como resultado del proceso de transferencia de propiedad. No obstante, es preciso advertir sobre ciertos riesgos asociados tanto al marco regulatorio con el cual se construyeron las instalaciones existentes como al nuevo marco regulatorio de la transmisión dispuesto mediante la Ley N° 28832.

En primer lugar, la actividad de transmisión de electricidad es considerada un monopolio natural, debido a la existencia de economías de escala ex-ante en la inversión y mantenimiento de las instalaciones (ya que se dan cuando se dimensiona la capacidad de transmisión, pues una vez que la obra es construida el costo incremental de ampliar la capacidad es alto). En ese sentido, la existencia de rendimientos a escala da lugar a economías que hacen más conveniente consolidar la producción en una única empresa y evitar la duplicación de instalaciones.

⁷ **Artículo 1°.** - Las disposiciones de la presente Ley norman lo referente a las actividades relacionadas con la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica.

El Ministerio de Energía y Minas y el OSINERG, en representación del Estado, son los encargados de velar por el cumplimiento de la presente Ley, quienes podrán delegar en parte las facultades conferidas.

Las actividades de generación, transmisión y distribución podrán ser desarrolladas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Las personas jurídicas deberán estar constituidas con arreglo a las leyes peruanas.

En segundo lugar, las barreras a la entrada instituidas de forma natural en los monopolios de transmisión limitan la competencia en el mercado. Sin embargo, este tipo de competencia, que en algunos casos es inviable, puede ser reemplazada por una "competencia por el mercado" o "competencia ex-ante". En este sentido, el Estado Peruano, mediante el Decreto Legislativo N° 839, publicado el 20 de agosto de 1996, aprobó la Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos y encarga a PROMCEPRI la selección de obras de infraestructura de interés nacional para su concesión al sector privado. Bajo este régimen, las inversiones se efectúan por solicitud del Estado y las tarifas se determinan según contratos de concesión (en este caso del tipo BOOT - *Built, Own, Operate & Transfer*), los cuales resultan de concursos públicos.

En los contratos tipo "BOOT", entregados por el Estado en condiciones de competencia, se asegura el retorno de las inversiones a los propietarios de la transmisión mediante la incorporación de las instalaciones al correspondiente Sistema de Transmisión. Es decir, el Estado dispone de una concesión que desea entregar al sector privado (por considerarla de interés público) y para ello convoca a una competencia entre los interesados; el ganador de la concesión es aquél que oferta el menor VNR (Valor Nuevo de Reemplazo) asegurándose la eficiencia económica en la inversión y en consecuencia la menor tarifa posible para los usuarios. A cambio, el Estado le otorga un contrato con una tarifa calculada a partir del valor de su oferta debiendo entregar al Estado el activo construido al cabo de treinta (30) años. Bajo este régimen, se han licitado diversas instalaciones de transmisión y en la actualidad se tienen diversos operadores de transmisión, los cuales tienen un monopolio sobre determinados tramos del SEIN.

Finalmente, el nuevo marco regulatorio de la transmisión contempla el desarrollo de la transmisión a través de dos sistemas: SGT y SCT. En el caso de los SGT, éstos serán definidos a través de un Plan de Transmisión y construidos como resultado de un proceso de licitación pública, con lo que el esquema de competencia por el mercado utilizado para los contratos tipo BOOT permanecería prácticamente inalterable, sólo que con el beneficio de ser resultado de un Plan vinculante y no de políticas o intereses aislados. Para el caso de los SCT, la construcción será resultado de la iniciativa propia de uno o varios agentes y su remuneración será regulada por el OSINERG con los mismos criterios que para los SST o acordada mediante libre negociación de las partes intervinientes.

3.1.1. Aspectos sobre las Inversiones de ISA y TRANSMANTARO

En el caso de ISA, la recuperación del costo anual se produce en dos formas diferentes: i) la primera, a través del Contrato de Concesión Estado - REP, donde el costo total anual está definido por una Remuneración Anual Garantizada (RAG), establecida para los 30 años que dura la concesión de las que fueron las empresas ETECEN y ETESUR; y ii) la segunda, en el caso del Contrato de Concesión Estado - ISA PERU, el cual se dio bajo la modalidad de contrato BOOT, donde el costo total anual ofertado por ISA (equivalente a la anualidad del VNR y los costos de operación y

mantenimiento) es recuperado bajo los conceptos de Peaje por Conexión⁸ e Ingreso Tarifario de los Sistemas de Transmisión.

En el caso de los activos de TRANSMANTARO, el Contrato entre el Estado y esta empresa es similar al Contrato suscrito con ISA PERU. En efecto, en el caso de TRANSMANTARO, a pesar que en el proceso de licitación solamente se despejó el valor del VNR, en adenda posterior el MEM, en su calidad de Concedente, fijó en forma administrativa el porcentaje a reconocer como costo de operación y mantenimiento para dicha empresa, con lo cual configuró características similares a las que tiene establecidas ISA PERU en su respectivo contrato.

3.2. Implicancias del Proceso de Compra de Acciones

En principio, cada transmisor constituye un monopolio dentro de su área de influencia y las redes de ISA y TRANSMANTARO se complementan, más que competir entre sí, como parte del SEIN. Al adquirir ISA las acciones de TRANSMANTARO, dicho grupo (conformado por ISA PERU, REP y TRANSMANTARO) tendría el 78% de las líneas de transmisión del Sistema Principal de Transmisión y aproximadamente el 39% de las líneas de transmisión existentes del SEIN.⁹

En el ámbito internacional ISA opera en Bolivia, Brasil, Colombia y Perú¹⁰. En este sentido, su oferta en los servicios de transmisión al interior de América del Sur (en el Anexo 2 se presenta un resumen de la participación de ISA en estos mercados) también se vería incrementado, aunque en menor proporción que en el caso nacional, dada la magnitud y longitud de las líneas de Colombia y Brasil.¹¹

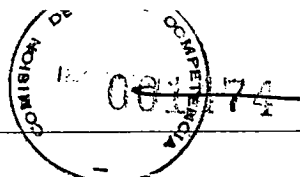
Los incrementos en la concentración de la oferta en un solo agente no necesariamente implica una reducción de las condiciones de competencia, dado que esta actividad tiene características de monopolio natural regulado. Así mismo, se esperaría que una fusión de ambas empresas genere economías en la operación y mantenimiento de todos los activos de transmisión de forma integrada. No obstante, toda vez que dichos costos,

⁸ El Peaje por Conexión corresponde a sus instalaciones que integran el Sistema Principal de Transmisión y el Peaje Secundario para aquella que conforma el Sistema Secundario de Transmisión.

⁹ Punto (iii) del pedido de INDECOPI.

¹⁰ ISA opera en Colombia (ISA 59.3%, Transelca 65%, Compañía de Expertos en Mercados 100%, Internexa 100%, Flycom Comunicaciones, Energía de Bogotá), Ecuador (Transnexa 50%), Perú (ISA Perú, REP), Bolivia (ISA Bolivia), Brasil (Transmissao Paulista) y Costa Rica (Empresa Propietaria de la Red).

¹¹ Punto (iv) del pedido de INDECOPI.



para el caso de las empresas ISA PERÚ y TRANSMANTARO¹², han sido fijados como un porcentaje de los costos fijos de inversión, los beneficios de dichas economías de escala no podrán ser transferidos a los usuarios de las redes de transmisión. Algo similar sucede con REP, toda vez que sus ingresos, a través de la RAG, no permiten que los beneficios de las referidas economías de escala sean transferidos a los usuarios de las redes.¹³

En este sentido, en el caso que se pudiera identificar economías de escala, el regulador no podría implementarlas en las tarifas si no se modifican los respectivos contratos de concesión, requiriéndose cierta coordinación con el MEM.¹⁴

Por otro lado, considerando el hecho de que tanto ISA como TRANSMANTARO sólo tienen el compromiso de mantener disponibles la capacidad de sus instalaciones, la fusión no tendría efectos inmediatos sobre la oferta de energía, incluso si existiera algún incentivo para restringirla¹⁵, pues la operación del sistema no está a cargo de los transmisores, sino del COES-SINAC, el cual debe seguir una serie de procedimientos aprobados por el MEM.

Paralelamente, debe distinguirse la noción de capacidad de transmisión de la evolución propia de la oferta y demanda de energía en las diferentes zonas del SEIN. Es decir, si en el futuro se prevé que la demanda en alguna zona se incremente y existen límites de transmisión hacia esa zona, es de esperarse que el costo marginal de suministro se incremente y eso debería dar señales al COES-SINAC para identificar las zonas congestionadas y elaborar el Plan de Transmisión que deberá ser sometido al MEM para su aprobación, el cual se encargará, a su vez, de conducir los procesos de licitación necesarios para su implementación, consistente en la ampliación o reforzamiento de líneas, posiblemente en paquetes para ganar economías de escala¹⁶.

En adición a lo anterior, en el caso del SEIN, las congestiones de las redes de transmisión pueden producir externalidades negativas y/o positivas en los agentes (generadores y consumidores) toda vez que cuando una línea de transmisión se congestiona, se producen variaciones en los costos marginales de las barras del SEIN (estas variaciones pueden propagarse

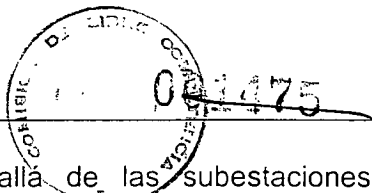
¹² En el caso del Contrato de ISA PERU dicho esquema de remuneración de los costos de operación y mantenimiento ha sido establecido desde las bases de la correspondiente licitación. En el caso de TRANSMANTARO dicho esquema se estableció por medio de una Addenda posterior a la firma del contrato de concesión.

¹³ Punto (vi) del pedido de INDECOPI.

¹⁴ Punto (viii) del pedido de INDECOPI.

¹⁵ En algunos mercados, los transmisores tienen incentivos para producir congestiones en sus instalaciones, ello con el objeto de capturar las denominadas rentas de transmisión (que se obtienen de la diferencia en la valorización a costo marginal de la potencia y energía entre las dos subestaciones que conecta la línea de transmisión o los ingresos marginales que se producen en el transformador. En el caso peruano ello no es posible porque a pesar que las rentas se incrementen ello no podrá superar el costo total de inversión que corresponden remunerar. Es decir, las reglas tarifarias originarían que si se incrementa el ingreso tarifario (denominación de las rentas de transmisión en el caso peruano) el peaje correspondiente se vería disminuido en la misma proporción.

¹⁶ Puntos (i), (ii) y (iii) del pedido de INDECOPI.



más allá de las subestaciones que conectan la línea de transmisión congestionada), las cuales afectan el nivel de ingresos de los que venden en el mercado Spot y el nivel de pago de los que compran en el Spot. En este sentido, los perjuicios y/o beneficios que se producen por las congestiones pueden afectar las decisión de inversión debido ala incertidumbre que puede se generar en los ingresos. No obstante, esto no depende de ISA, sino del operador y planificador de las redes las cuales, en el marco de la nueva Ley dependerán del nuevo COES-SINAC.¹⁷

Por otro lado, como ya se ha señalado, la base tarifaria de ambas empresas depende de los montos de VNR y O&M especificados, los cuales no pueden ser variados de forma unilateral, es decir, sin la participación del Concedente (MEM). Con ello, el proceso de compra no debiera afectar el nivel de tarifas y compensaciones que asumen los usuarios de las redes de transmisión involucradas, tanto en el mercado regulado como en el mercado libre, donde se realiza básicamente un *pass through* de estos precios y lo que se negocian son las condiciones de suministro y otros aspectos comerciales.

No obstante lo anterior, cabe precisar que una empresa de transmisión de mayor tamaño y sobre la cual depende un mayor número de instalaciones de transmisión podría ser un incentivo para solicitar mejores condiciones respecto de su situación actual en los Contratos de Concesión en el caso de una renegociación de los mismos.¹⁸

En cuanto a la posibilidad de que el incremento de la preponderancia de ISA en el sistema de transmisión peruano pueda tener consecuencias sobre el ingreso de nuevos operadores, se debe mencionar lo siguiente:

- En el marco de la nueva Ley 28832, si se identifican problemas de congestión en determinados tramos del sistema y se requiere de nueva capacidad, el MEM, con base en el estudio que efectúe el COES-SINAC y la opinión favorable de OSINERG, podrá licitar la construcción y mantenimiento de estos tramos, estando ISA en prácticamente las mismas condiciones que los potenciales entrantes.

No obstante, ISA como otras empresas que operan en la actualidad en el SEIN, poseen, como valor agregado, el conocimiento de las características particulares de la actividad intrínsecas a las diferentes zonas de concesión, las mismas que son desconocidas para un nuevo agente. En ese sentido, sus condiciones de participación siempre van a ser más favorables sobre un nuevo entrante, por los altos costos de transacción que le significaría a este último.

Esta característica otorga una ventaja competitiva al grupo ISA frente a nuevos entrantes para la concesión de nuevas instalaciones de transmisión.

¹⁷ Punto (i) del pedido de INDECOPI

¹⁸ Puntos (vi) y (vii) del pedido de INDECOPI.

- A pesar de lo anterior, y tal como se ha mencionado en la sección 2.3, el Estado y REP pueden convenir la ejecución de las ampliaciones, en el marco del contrato de Concesión de REP, ello sin necesidad que el mismo forme parte del Plan de Transmisión a que se refiere el ítem anterior. Esto, y el hecho de que la base tarifaria no lo determinará OSINERG, crea ciertamente ventajas que no lo tiene otros operadores de transmisión en el Perú.
- No obstante, es necesario reiterar que una empresa cada vez más grande y sobre la cual depende un mayor número de instalaciones de transmisión podría eventualmente tener mayor poder de negociación frente al Estado Peruano cuando se requieran ampliaciones de transmisión. En relación con esto último es necesario considerar las condiciones de acceso a la red, en aquellos casos en los que se implemente una expansión de la red de transmisión con un operador distinto de ISA. Es nuestro parecer que debe establecerse que ISA deberá de proveer acceso libre a sus instalaciones, con la finalidad de coadyuvar a la expansión de las redes de transmisión a través de otros operadores. Esto permitirá un mayor nivel de competencia, ex ante, en la asignación de las inversiones para expansión de la red, a través de ISA u de otros operadores.

Por otro lado, en el caso del funcionamiento del COES, el Directorio actual está compuesto por nueve (9) Directores, ocho (8) elegidos por los integrantes generadores y uno (1) por los integrantes de transmisión. Sin embargo, con la Ley N° 28832 se ha establecido que los órganos de gobierno del COES serán la Asamblea, el Directorio y la Dirección Ejecutiva, donde la Asamblea es el órgano supremo y estaría conformado por cuatro subcomités: uno de Generadores, uno de Distribuidores, uno de Transmisores y uno de Usuarios Libres, con un peso específico de voto igual por cada subcomité, con lo que la participación de los transmisores tendría un equivalente del 25% en el puntaje final, igual que cualquier otro grupo¹⁹.

Por otra parte, debe mencionarse que ni ISA ni Hydro Québec (principal accionista de TRANSMANTARO) tienen el control ni poseen participación accionaria en empresas que estén en las actividades de generación o distribución de electricidad, por lo que la fusión no tendría consecuencias sobre el grado de competencia en los mercados donde estas empresas operan incluso en el caso que el marco regulatorio tuviera algún vacío que posibilite la existencia de prácticas anticompetitivas en el acceso a las instalaciones de transmisión²⁰.

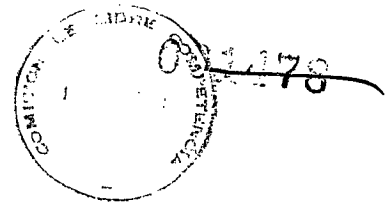
Por último, ISA tendría una estrategia de expansión a nivel latinoamericano que incluye la incursión en el negocio de telecomunicaciones, al poder utilizar su infraestructura de transmisión conjuntamente con la de portador de larga distancia, lo cual puede explicar en parte la compra de TRANSMANTARO como forma de acceder a la zona sur del país. Sin embargo, ello no tiene repercusiones directas en el sector eléctrico y dado el dinamismo del sector

¹⁹ Punto (v) del pedido de INDECOPI.

²⁰ Punto (iii) del pedido de INDECOPI.

telecomunicaciones, la existencia de competencia en diferentes niveles y servicios, no debería ser por sí un motivo de preocupación, siempre y cuando se establezcan las normas de acceso a instalaciones si es que ISA se convirtiera en portador de larga distancia nacional. Sin embargo, siendo este tema parte de las competencias de OSIPTEL, se recomienda solicitar la opinión respectiva a dicha entidad²¹.

²¹ Punto (ix) del pedido de INDECOPI.



4. Conclusiones y Recomendaciones

Del análisis efectuado, sujeto a la información disponible sobre el proceso de compra de acciones, se concluye lo siguiente:

1. La compra de TRANSMANTARO por parte de ISA, en el marco de las nuevas reglas de transmisión contenidas en la Ley 28832, no afectaría la competencia futura en el mercado actual de la transmisión (monopolio natural) dado que las concesiones se otorgarían mediante procesos de licitación competitiva, lo que implica el establecimiento de precios regulados.

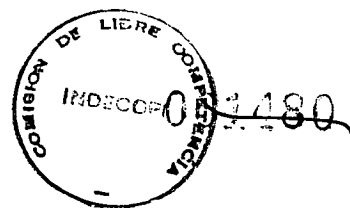
No obstante, REP, que forma parte del grupo de ISA, puede convenir con el Estado, en el marco de su Contrato de Concesión, la ejecución de las ampliaciones, sin necesidad de competir en un proceso de licitación con otros operadores.

2. La compra de TRANSMANTARO por parte de ISA no tendría consecuencias sobre el grado de competencia en las actividades de generación y distribución dadas las características de la regulación en el sector eléctrico peruano, donde las externalidades negativas y/o positivas que producen las restricciones de transmisión solo afectan a los mencionados agentes y no influyen en el nivel de ingresos de los operadores de transmisión.
3. Las consecuencias sobre otros mercados como el de telecomunicaciones deben ser evaluadas por las organismos competentes a dicho sector.
4. Los beneficios de las economías de escala que se podrían producir, tanto en los costos de capital como en los de operación y mantenimiento, con la compra de TRANSMANTARO por parte de ISA, no podrían ser trasladados a los usuarios de dichas redes debido a la rigidez de los Contratos de Concesión de dichas empresas, los cuales consideran dicho costo como un valor fijo.
5. Una empresa de transmisión de mayor tamaño y sobre la cual depende un mayor número de instalaciones de transmisión podría generar incentivos para solicitar mejores condiciones respecto de su situación actual en los Contratos de Concesión y lograr un mayor poder de

negociación frente al Estado Peruano cuando se requieran ampliaciones de transmisión.

6. En atención a lo comentado, es nuestro parecer que debe de establecerse que ISA debe proveer acceso libre a sus instalaciones, con la finalidad de coadyuvar a la expansión de las redes de transmisión a través de otros operadores, definiendo ex-ante que es un operador con posición de dominio²³ y que cualquier acto en sentido contrario se deberá de entender como abuso de posición de dominio, en la modalidad de negativa injustificada a contratar. Esto permitirá un mayor nivel de competencia, ex ante, en la asignación de las inversiones para expansión de la red, a través de ISA u de otros operadores, lo cual reducirá la asignación presupuestal que el Estado destina a estos recursos.

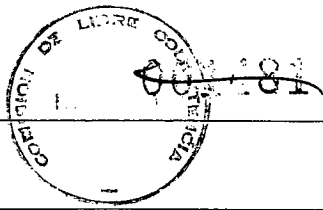
²³ En la experiencia regulatoria internacional (ver el caso de México), este tipo de declaración, consiste en establecer que un proveedor tiene posición de dominio sustancial, con la finalidad de reducir los plazos asociados a definición de mercado relevante y la determinación de posición de dominio, ante una eventual denuncia por un acto anticompetitivo. En el algunos casos se definen ex – ante ciertas conductas prohibidas, de forma que se evitan dilaciones ante ciertos actos que resultan claramente anticompetitivos, es el caso de la negativa de acceso a redes de infraestructura.



5. Anexos

A continuación se presenta los siguientes documentos:

- Tabla con la Remuneración de la Transmisión de las Empresas con Contrato BOOT y RAG.
- Participación de ISA en América del Sur y Centro América.



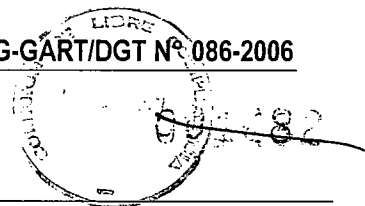
5.1. Remuneración de la Transmisión de las Empresas con Contrato BOOT y RAG

Empresa	Tipo Contrato	Instalaciones	km	SPT			SST			Costo Anual Reconocido
				VNR	COyM	Costo Anual ⁽¹⁾	VNR	COyM	Costo Anual ⁽¹⁾	
Consorcio Transmantaro S.A.	BOOT	Línea Mantaro - Socabaya y subestaciones Mantaro, Cotaruse y Socabaya	603	197 899	5 397	30 253			0	30 253
Red Eléctrica del Sur S.A.	BOOT	Líneas Socabaya - Moquegua, Moquegua - Puno y Moquegua - Tacna y Subestaciones Puno y Tacna	428	73 981	2 155	11 430	4 945	151	757	12 187
Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A.	BOOT	Líneas Pachachaca - Oroya - Carhuamayo - Paragsha - Vizcarra y Aguaytia - Pucallpa y Subestaciones Oroya, Carhuamayo, Paragasha, Vizcarra, Aguaytia y Pucallpa.	394	60 396	1 812	9 366	8 455	254	1 198	10 564
Red de Energía del Perú S.A.	RAG	Instalaciones de las empresas ETECEN y ETESUR ⁽²⁾	4478	112 294	3 811	17 752			42 794	60 545

(1) El Costo Anual incluye el monto de la liquidación anual de los ingresos

(2) El Costo Anual del Sistema Secundario de Transmisión es la diferencia para completar la RAG

(*) Valores de VNR, COyM y Costo Anual en miles de US\$



5.2. ISA en América del Sur y Centro América

Colombia

ISA, es la empresa matriz del grupo ISA, ejerce control de todas sus filiales (el gobierno es el mayor accionista del grupo con 59.3%)

Transelca, segunda empresa de transmisión de Colombia y presta servicios en la costa atlántica

XM, Compañía de Expertos en Mercados, encargada de operar el Sistema Interconectado Nacional Colombiano, de administrar el Mercado de Energía Mayorista y coordinar las transacciones Internacionales de electricidad entre Colombia y Ecuador.

Internexa, es propietaria de la red de transporte de telecomunicaciones de Colombia, presta servicios a las empresas de larga distancia, valor agregado, Internet y comunicaciones móviles.

Flycom Comunicaciones, operador especializado en banda ancha de inalámbrica de Colombia y empresa de telecomunicaciones de valor agregado en seis ciudades coombianas.

Energía de Bogotá

Ecuador

Transnexa, empresa de telecomunicaciones ecuatoriana en el cual el ISA tiene el 50% de la inversión.

Perú

ISA Perú, opera las líneas Pachachaca – Vizcarra y Aguaytía – Pucallpa a través de un contrato BOOT

REP, opera el 79% de la red nacional.

Bolivia

ISA Bolivia, Opera las líneas de transmisión de Sucre – Santibáñez, Sucre – Punutuma y Carrasco – Urubó.

Brasil

Transmissao Paulista, opera y administra las líneas de transmisión del estado de Sao Paulo.

Costa Rica

Empresa Propietaria de la Red (EPR), en asociación construye el Proyecto de sistema de interconexión para América Central (SIEPAC)



ANEXO 5

INDECOPI

2006 NOV 6 PM 3 47

RECIBIDO
UNIDAD DE TRÁFICO
DOCUMENTARIO

Exp.:

Materia:

Sumilla:

Escrito:

005-2006/CLC

Notificación de Concentración en el
sector eléctrico.

Alegatos finales

Nº 7

Lo testado no vale

INDECOPI
Comisión de Libre Competencia

07 NOV 2006

RECIBIDO

A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI

Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante ISA), empresa estatal colombiana debidamente representada por el señor **Carlos Ariel Naranjo Valencia**, según poder que obra en autos, identificado con Carné de Extranjería N° 000156763, en el procedimiento de autorización de concentración empresarial iniciado conforme a la Ley N° 26876, atentamente decimos:

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado con fecha 19 de julio de 2006 ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, solicitamos a la Comisión de Libre Competencia la autorización de la operación de concentración derivada de la adquisición del Consorcio Transmantaro S.A. (en adelante CTM) por parte de **ISA** y la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. (en adelante EEB), según lo dispuesto por la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI.

En dicha oportunidad señalamos que esta concentración involucraba a las empresas de transmisión de electricidad peruanas Red de Energía del Perú S.A. (en adelante REP) e Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A. (en adelante ISA Perú), que se encuentran bajo el control de **ISA**, así como a CTM que también pasaría a estar bajo el control de **ISA** como producto de la adquisición antes señalada. Asimismo, informamos que la operación implicaría la compra de la totalidad de acciones de CTM en porcentajes de 60% por ISA y 40% por EEB, y que se llevaría a cabo en tres etapas, según el siguiente detalle:

- 56.67% de acciones correspondientes a HQI, a través del Stock Purchase Agreement (SPA) suscrito con esta empresa el 16 de mayo de 2006.

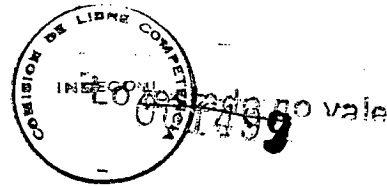
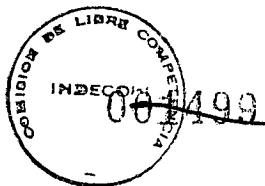


Lo festeja vale

- 28.33% de acciones correspondientes al Fonds de Solidarité des Travailleurs du Québec, también a través del SPA y en las mismas condiciones pactadas con HQL.
- 15% de acciones correspondientes a ETECEN, a través del proceso de subasta pública que estaba llevando a cabo PROINVERSIÓN y que finalmente resultó en la adjudicación de la buena pro a favor de ISA y EEB con fecha 14 de septiembre de 2006.

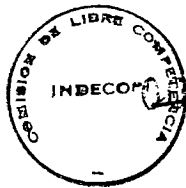
Como se informó oportunamente, la adquisición efectiva de las referidas acciones, en sus tres etapas, se encuentra condicionada de forma expresa e indubitable a que **ISA** obtenga la autorización respectiva de parte de la Comisión de Libre Competencia.

2. Mediante Carta N° 175-2006/CLC-INDECOPI, recibida con fecha 11 de agosto de 2006, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia nos requirió para que en el plazo de 10 días hábiles absolvamos el cuestionario remitido conjuntamente con dicha comunicación.
3. Mediante escrito presentado el 23 de agosto de 2006, **ISA** cumplió con presentar toda la documentación e información requerida por la Comisión dentro del plazo otorgado para tales efectos.
4. Como parte del procedimiento y según lo previsto sobre el particular en el Reglamento de la Ley 26876, el 15 y el 18 de septiembre de 2006, la Comisión de Libre Competencia solicitó la opinión de las siguientes entidades sobre distintos aspectos relacionados con la concentración notificada por ISA: (i) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía – OSINERG; (ii) Ministerio de Energía y Minas – MEM; (iii) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL; (iv) Defensoría del Pueblo; y (v) Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC.
5. Con fecha 20 de septiembre de 2006, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia emitió el Informe N° 030-2006-INDECOPI-CLC, mediante el cual consideró que la operación notificada constituía un acto de concentración sujeto a la autorización prevista por la Ley 26876, en tanto que daba lugar a la adquisición del control de CTM por parte de ISA y a que superaba el umbral de 15% de participación para las operaciones de concentración horizontal previsto



en la referida Ley. Adicionalmente, la Secretaría Técnica recomendó a la Comisión ampliar el plazo para adoptar una decisión sobre la autorización solicitada, a fin de profundizar la evaluación de los efectos de la operación.

6. Mediante Resolución N° 068-2006-INDECOPI/CLC, de fecha 25 de septiembre de 2006, notificada el 02 de octubre del mismo año, la Comisión declaró procedente la solicitud de autorización previa formulada por ISA, debido a que la operación notificada se encuentra dentro del ámbito de la Ley 26876. Ello considerando que se trata de una operación realizada a través de una sucesión de actos -la adquisición de acciones de HQL, del Fondo de Trabajadores, y de ETECEN- que permitirán adquirir el control de una empresa transmisora eléctrica peruana, y que además supera los umbrales previstos para el caso de concentraciones horizontales. Asimismo, resolvió ampliar el plazo para emitir su decisión final, hasta por 25 días hábiles adicionales, para profundizar el análisis de los efectos de la concentración notificada en los mercados relevantes del sector eléctrico nacional y en los mercados relacionados.
7. Mediante Carta N° 232-2006/CLC-INDECOPI, recibida con fecha 05 de octubre de 2006, la Secretaría Técnica de la Comisión nos requirió para que en el plazo máximo de 10 días procedamos a absolver el cuestionario remitido conjuntamente con dicha comunicación.
8. Con fecha 12 de octubre de 2006, ISA cumplió con presentar la documentación e información requerida dentro del plazo correspondiente.
9. Mediante Notificación N° 379-2006/CLC-INDECOPI, recibida con fecha 24 de octubre de 2006, fuimos citados para asistir y hacer uso de la palabra en la Audiencia de informe oral a realizarse el 30 de octubre del presente.
10. Mediante Notificación N° 380-2006/CLC-INDECOPI, recibida con fecha 27 de octubre, se nos remitió las opiniones proporcionadas a la Comisión por el MEM, la Defensoría del Pueblo, el OSIPTEL y el MTC, que fueron recibidas por la Secretaría Técnica el 6, 12, 13 y 19 de octubre, respectivamente. Según tomó conocimiento ISA, el OSINERG presentó su opinión al INDECOPI con fecha 26 de octubre.



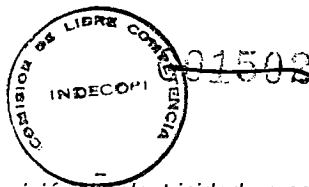
Lo testado no vale
001498

11. Con fecha 30 de octubre se realizó la Audiencia de informe oral, según lo previsto por la Comisión, con la intervención tanto de los representantes del MEM, la Defensoría del Pueblo, el MTC y el OSINERG; así como de ISA.

II. Mercados para Analizar la Concentración

2.1. Transmisión Eléctrica y Sistemas de Transmisión Involucrados

12. La concentración notificada es una integración horizontal en tanto que las tres empresas transmisoras involucradas -las dos que el Grupo ISA controla actualmente y CTM- no tienen vinculación alguna con empresas que operan en los segmentos de generación o distribución del mercado peruano. En tal sentido, el mercado en el que la concentración puede tener efectos directos es la actividad de transmisión eléctrica en el territorio nacional.
13. La actividad de transmisión eléctrica constituye un caso de monopolio natural dadas las grandes economías de escala que genera y las elevadas inversiones con carácter de costos hundidos que implica. Por esta razón, las líneas de transmisión suelen complementarse. En consecuencia, se trata de una actividad en la cual usualmente no existe competencia entre varias empresas que ofrecen servicios sustitutos.
14. REP es concesionaria de los Sistemas de Transmisión correspondientes a las empresas del Estado Peruano ETECEN y ETESUR, mientras que ISA Perú es concesionaria de las líneas de transmisión de Oroya-Carhuamayo-Paragsha-Derivación Antamina, y Aguaytía-Pucallpa. Por su parte, CTM es concesionaria de la línea de transmisión Mantaro-Socabaya. Estos Sistemas de Transmisión se extienden por gran parte del territorio peruano, en la costa desde Tumbes hasta Tacna, incluyendo también gran parte de la sierra sur y una sección de la selva central.
15. Los Sistemas de Transmisión que opera REP en las zonas centro norte y sur del país se encuentran interconectados por la línea de transmisión Mantaro-Socabaya, que corresponde a CTM. En tal sentido, las redes de transmisión materia de análisis tienen carácter eminentemente complementario, es decir, no son redes sustitutas entre sí y, por ende, no se encuentran en competencia. En el mapa siguiente se muestra que las líneas de transmisión de REP son



Lo que no vale
001500

"(...) la actividad de transmisión de electricidad es considerada un monopolio natural, debido a la existencia de economías de escala ex-ante en la inversión y mantenimiento de las instalaciones (ya que se dan cuando se dimensiona la capacidad de transmisión, pues una vez que la obra es construida, el costo incremental de ampliar la capacidad es alto). En ese sentido, la existencia de rendimientos a escala da lugar a economías que hacen más conveniente consolidar la producción en una única empresa y evitar la duplicación de instalaciones".

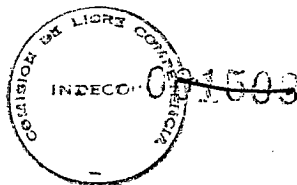
"En principio, cada transmisor constituye un monopolio dentro de su área de influencia y las redes de ISA y TRANSMANTARO se complementan, más que competir entre sí, como parte del SEIN"¹.

17. Dado el carácter de monopolio natural de la actividad de transmisión eléctrica, la misma se encuentra extensamente regulada tanto en lo que respecta a precios y calidad como también -y especialmente- en lo que concierne a la obligación de permitir el libre acceso de terceros a las redes de transmisión, como se explicará más adelante.

2.2. Otras Actividades del Sector Eléctrico y Mercados Relacionados

18. Adicionalmente a la actividad de transmisión, puede considerarse que la concentración puede tener efectos sobre las actividades de distribución y de generación eléctrica, como en los mercados de usuarios libres y de usuarios regulados, aunque sólo de manera indirecta en términos de acceso y uso de la red de transmisión. Eventualmente, la concentración también podría tener efectos sobre la integración de los sistemas de transmisión a nivel regional.
19. Otros ámbitos que han sido tomados en cuenta por la Comisión de Libre Competencia u otros agentes consultados, como mercados relacionados en los que la concentración podría tener efectos son: (i) el mercado de servicios

¹ Oficio N° 079, 2006-OSINERG/OEE, presentado a la Comisión con fecha 26 de octubre de 2006. Cabe agregar que el OSINERG ya emitió una opinión similar con ocasión del procedimiento de autorización previa seguido por ISA previamente respecto de la concentración de los Sistemas de Transmisión de ETECEN y ETESUR: *"Dentro del SEIN operan además de ETECEN, ETESUR e ISA, otras empresas de transmisión: Transmantaro, Redesur y Eteselva. Si bien todas estas empresas desarrollan actividades dentro de un mismo segmento, es claro que estas empresas no son competidoras, toda vez que sus sistemas de transmisión más que sustitutos resultan siendo complementarios en sí. En este sentido, la Línea Mantaro-Socabaya de propiedad de la empresa Transmantaro resulta complementaria, antes que sustituta, del recorrido de las líneas correspondientes a ETECEN y ETESUR"* (subrayado agregado).



Lo testado no vale
001501

públicos de telecomunicaciones; y (ii) el mercado de servicios ofertados a las empresas de transmisión eléctrica, en particular el servicio de mantenimiento de instalaciones de transmisión.

III. Evaluación de los Posibles Efectos sobre el Mercado Eléctrico y los Mercados Relacionados

20. En la Resolución N° 068-2006-INDECOPI/CLC, la Comisión expresó que si se define que la operación notificada constituye un acto de concentración, corresponde analizar si el mismo *"representa una afectación a la libre competencia en los mercados relevantes del sector eléctrico nacional y/o en los mercados relacionados"*. De otro lado, la Comisión también señaló que los posibles efectos para la competencia que podrían ser resultado del acto de concentración notificado, y que debían ser objeto de análisis, estaban relacionados con los siguientes aspectos:

- Desincentivo a la realización de inversiones en el sector.
- Variación en la interrelación estratégica en mercados relacionados.
- Desincentivo de inversiones en mercados relacionados;
- Variación en la interrelación estratégica en mercados de la región (América del Sur).
- Variación en los esfuerzos de los reguladores para el ejercicio de su labor y en los costos regulatorios asociados.
- Alteración en las transacciones al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES.
- Afectación a las condiciones de competencia en el mercado de clientes libres.
- Distorsiones sobre el mercado de clientes regulados.

Considerando lo anterior, así como los mercados para analizar los efectos de la concentración notificada que se han identificado previamente, a continuación se sustentará las razones por las cuales la toma de control de CTM por parte del Grupo ISA no ocasionará efecto nocivo alguno, tomando en cuenta los aspectos indicados. Para ello, se considerará que tales efectos pueden darse: (i) a nivel horizontal; (i) a nivel vertical; (iii) sobre los usuarios libres y regulados; (iv) sobre los esfuerzos regulatorios; y (v) sobre mercados relacionados. Asimismo, se



001504 v2

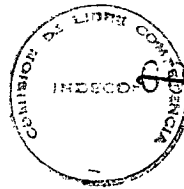
explicarán las eficiencias que genera la concentración, ya sea en beneficio del mercado eléctrico y de otros mercados.

3.1. Efectos a Nivel Horizontal

21. El primer ámbito en que puede evaluarse si la concentración notificada tiene supuestos efectos nocivos es en el nivel horizontal, esto es, al nivel de la actividad de transmisión en la que participan las tres empresas involucradas en la concentración.

3.1.1. Participaciones de mercado e índice de concentración

22. Previamente a la concentración notificada, la participación de mercado del Grupo ISA en la actividad de transmisión es de 54.93%, medida en términos de facturación total de las empresas transmisoras durante el año 2005. Luego de la concentración dicho participación sería del 78.10%, según los cálculos efectuados por la Comisión de Libre Competencia.
23. El índice de concentración del mercado calculado según la metodología del Índice Herfindahl-Hirshman Index (HHI), indica que previamente a la concentración el HHI se encuentra en 2,822.51 puntos y luego de la misma pasaría a ser de 3,473.19 puntos, considerando como variable de medición el número de kilómetros de líneas de transmisión de las empresas que operan en el Perú. De otro lado, considerando como variable de medición la facturación de las empresas durante el 2005, el HHI previo a la concentración es de 3,712.43 puntos y el posterior sería de 6,258.27 puntos.
24. Al respecto, la Defensoría del Pueblo ha señalado lo siguiente: *"(...) el grado de concentración existente en el sector es preocupante, y en el caso del grupo económico que es materia de análisis es actualmente superior al límite establecido por el marco normativo pertinente, que es de 15% para los actos de concentración horizontal. Las consecuencias potenciales de esta operación para las tarifas y las inversiones no son positivas para los usuarios, por lo que sería recomendable no permitir una mayor concentración"*.



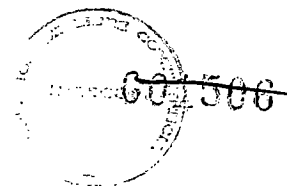
Lo testado no vale
001505

25. Al respecto, lo primero que debe precisarse es que el porcentaje establecido en la Ley 26876 de 15% para las integraciones de carácter horizontal² no constituye de manera alguna un límite de concentración permitido legalmente. Por el contrario, los porcentajes previstos por la norma constituyen únicamente umbrales de notificación, para que las empresas eléctricas involucradas puedan definir con certeza antes de hacer efectiva una operación de concentración si es que requieren obtener previamente la autorización de la Comisión de Libre Competencia. De otro modo, si fuera cierto que los porcentajes establecidos en la referida Ley constituyen límites de concentración -supuesto obviamente negado- la Comisión de Libre Competencia habría actuado en contra de la Ley al autorizar todas las concentraciones que le han sido notificadas hasta la fecha, pues todas ellas superaban los límites previstos en la norma.
26. En segundo lugar, es preciso señalar que la participación de mercado y los índices de concentración no son indicadores correctos para medir las condiciones de competencia en el caso particular de la actividad de transmisión eléctrica, en tanto que se trata de una actividad con marcadas características de monopolio natural, por lo que es típico que existan muy pocos operadores o incluso uno solo como ocurre en algunos países. Consecuentemente, es más que probable que los índices de concentración resulten bastante por encima del umbral superior de 1,800 puntos que suele considerarse en la literatura sobre la materia. Más aún, en el caso materia de análisis se trata de una concentración de empresas que no compiten entre sí por la naturaleza de monopolio natural que tienen y porque sus redes son complementarias.
27. La Comisión de Libre Competencia ya se ha manifestado en ese sentido previamente, señalando lo que sigue: "(...) *es importante anotar que para el caso concreto de la transmisión, los cálculos del índice de concentración no*

² Ley 26876

Artículo 3.- Antes de realizar actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, con las condiciones y características establecidas en el párrafo siguiente, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- INDECOPI, sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno.

Deberá solicitarse la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que origina la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquéllos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5 % de cualquiera de los mercados involucrados.



LC 001500
001500

constituyen un buen indicativo del grado de competencia en dicho mercado, dado que las empresas de transmisión no compiten directamente, toda vez que cada tramo de la red es monopolístico y complementario entre sí³.

28. Esta también es la opinión del OSINERG en el presente caso, pues el organismo regulador ha señalado lo siguiente: *"Los incrementos en la concentración de la oferta en un solo agente no necesariamente implican una reducción de las condiciones de competencia, dado que esta actividad tiene características de monopolio natural regulado"*⁴.
29. De acuerdo con lo señalado, debe concluirse que el grado de concentración no es un indicador correcto para medir las condiciones de competencia en la actividad de transmisión, por lo cual no debe ser tenido en cuenta como elemento principal de análisis en este caso concreto. Asimismo, también debe concluirse que no es posible asumir -como hace la Defensoría del Pueblo- que por el grado de concentración alcanzado se van a producir efectos nocivos sobre las tarifas y las inversiones, sin ofrecer el debido sustento de tales afirmaciones, que por lo demás son contradichas por las opiniones de las demás entidades consultadas por la Comisión de Libre Competencia en el presente procedimiento, como se explicará más adelante.

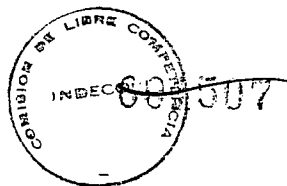
3.1.2. Incentivos para la inversión en transmisión

30. La Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, y su Reglamento dividen las instalaciones de transmisión eléctrica en el Sistema Principal de Transmisión (SPT) y el Sistema Secundario de Transmisión (SST). El SPT está constituido por las instalaciones de alta y muy alta tensión que permiten a los generadores comercializar potencia y energía en cualquier barra de dicho sistema. El SST está constituido por las instalaciones que permiten a los generadores conectarse al SPT o comercializar potencia y energía en cualquier barra de estos sistemas⁵. Adicionalmente, parte de las concesiones para operar los SPT y SST han sido otorgadas al amparo del Decreto Supremo 059-96-PCM, 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; como

³ Resolución N° 016-2002-INDECOPI/CLC, mediante la cual la Comisión de Libre Competencia autorizó la concentración de las redes de ETECEN y ETESUR.

⁴ Oficio N° 079-2006-OSINERG-OEE.

⁵ Artículo 58 de la LCE y artículo 132 del Reglamento de la LCE.

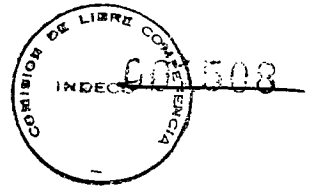


001505

sucede con las concesiones otorgadas a las tres empresas transmisoras involucradas en la concentración notificada. Las inversiones en futuras ampliaciones de estos sistemas de transmisión se rigen por las normas de la LCE y su Reglamento, así como por las reglas previstas en los respectivos contratos de concesión que tienen carácter de contratos-ley.

31. De otro lado, las futuras inversiones en nuevos sistemas de transmisión eléctrica que se lleven a cabo en el Perú a partir de julio del presente año se rigen por lo dispuesto en la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. Esta norma divide las instalaciones de transmisión en el Sistema Garantizado de Transmisión (SGT) y en el Sistema Complementario de Transmisión (SCT). El SGT está constituido por las instalaciones de transmisión cuya construcción será el resultado de un proceso de licitación pública y que se encuentran contempladas en el Plan de Transmisión. Este Plan de Transmisión es propuesto por el Comité de Operación Económica del Sistema - COES para aprobación del Ministerio de Energía y Minas - MEM. El SCT está constituido por las instalaciones cuya construcción es resultado de la iniciativa propia de cualquiera de los agentes del mercado, ya sea que se encuentren o no en el Plan de Transmisión⁶.
32. En tal sentido, las inversiones que se efectúen de ahora en adelante en líneas de transmisión que pertenezcan al SGT deberán ser resultado de procesos de licitación pública cuyo objetivo es lograr la denominada "competencia por el mercado". En efecto, reconociendo el carácter de monopolio natural de los sistemas de transmisión, que impide que se produzca competencia en el mercado entre redes de transmisión, se ha diseñado un sistema para que los interesados en invertir en instalaciones de transmisión eléctrica compitan a través de sus ofertas en los procesos de licitación, para ganar el derecho de construir y operar las líneas de transmisión. La idea es otorgar ese derecho a quien ofrezca las mejores condiciones de precios, calidad u otros para la construcción y operación.
33. Dada la normativa existente en esta materia, el MEM opina que la concentración notificada no tendrá efectos significativos sobre los incentivos para la inversión en el sector: *"El proceso para la elaboración y aprobación del Plan de*

⁶ Artículos 20 - 22 y 27 de la Ley 28832.



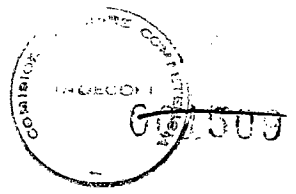
Transmisión debe cumplir con las políticas de transparencia de información, audiencias públicas y mecanismos de participación de los Agentes del sistema, organizaciones representativas de usuarios y demás interesados, lo cual será establecido en el Reglamento conforme lo dispone la Ley N° 28832. El Ministerio conducirá los procesos de Licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. (...). Según la experiencia de los últimos años, se prevé que, salvo las instalaciones directamente asociadas a nuevas centrales de generación o cargas mineras, las inversiones en transmisión se efectuarán como resultado de Licitaciones Públicas, según lo establece la Ley N° 28832. En consecuencia, dado el componente altamente técnico en el proceso de elaboración del Plan de Transmisión y la determinación de los proyectos a ser licitados, se estima que la concentración empresarial en evaluación no tendrá efecto significativo”.

Más adelante, el MEM ha señalado lo siguiente: *“El mecanismo de licitación de concesiones de transmisión establecida en la Ley N° 28832, evita que las decisiones de nuevas inversiones en instalaciones de transmisión estén en manos de las concesionarias. En consecuencia, se estima que el acto de concentración solicitado no tendrá efecto sobre el desarrollo de la oferta o demanda de energía eléctrica”⁷.*

34. De forma similar el OSINERG también considera que la concentración notificada no tendrá efectos negativos sobre la inversión en el sector, expresando lo siguiente: *“considerando el hecho de que tanto ISA como TRANSMANTARO sólo tienen el compromiso de mantener disponibles la capacidad de sus instalaciones, la fusión no tendría efectos inmediatos sobre la oferta de energía, incluso si existiera algún incentivo para restringirla, pues la operación del sistema no está a cargo de los transmisores, sino del COES-SINAC”.* Adicionalmente, el regulador también señala que: *“los perjuicios y/o beneficios que se producen por las congestiones pueden afectar la decisión de inversión debido a la incertidumbre que puede generarse en los ingresos. No obstante, esto no depende de ISA, sino del operador y planificador de las redes las cuales en el marco de la nueva Ley dependerán del nuevo COES –SINAC”⁸.*

⁷ Oficio N° 1091-2006-MEM/DGE, presentado ante la Comisión de Libre Competencia el 06 de octubre de 2006.

⁸ Oficio N° 079-2006-OSINERG-OEE.



35. En tal sentido, tanto la entidad encargada de la política de concesiones del sector como el organismo regulador coinciden en que la concentración notificada no tendrá efectos negativos sobre los incentivos para la inversión en el sector, ni afectarán la demanda u oferta de energía eléctrica.
36. No obstante lo anterior, las instituciones consultadas por la Comisión de Libre Competencia han manifestado cierta preocupación sobre la ventaja que tendría el Grupo ISA para participar en las licitaciones, como producto de la concentración notificada.
37. Al respecto, la Defensoría del Pueblo ha señalado lo siguiente: *"Respecto a la adquisición que es materia de consulta, de acuerdo con la información analizada estimamos que ésta podría tener un efecto negativo moderado sobre las inversiones futuras en transmisión debido a la menor presencia de empresas con experiencia y conocimiento del mercado nacional. Esto podría devenir en una reducción del número de postores para futuras licitaciones de inversión en transmisión, sobre todo si éstas se organizan con poca anticipación, como es el caso de las ampliaciones de líneas de transmisión que se requieren actualmente y cuya ejecución es urgente. En consecuencia, ello podría conducir a un incremento de precios futuros debido a un mayor costo de los proyectos"*⁹.
38. En el mismo sentido, el OSINERG expresa lo siguiente: *"ISA como otras empresas que operan en la actualidad en el SEIN, poseen, como valor agregado, el conocimiento de las características particulares de la actividad intrínsecas a las diferentes zonas de concesión, las mismas que son desconocidas para un nuevo agente. En ese sentido, sus condiciones de participación siempre van a ser más favorables sobre un nuevo entrante, por los altos costos de transacción que le significaría a este último. Esta característica otorga una ventaja competitiva al grupo ISA frente a nuevos entrantes para la concesión de nuevas instalaciones de transmisión"*¹⁰.
39. El MEM también plantea una idea similar, aunque seguidamente ofrece el contra argumento que disipa correctamente la preocupación planteada: *"En la presentación de ofertas a las licitaciones de concesión, es posible que ISA,*

⁹ Oficio N° 0262-2006-DP/ASPMA, presentado ante la Comisión de Libre Competencia el 12 de octubre de 2006.

¹⁰ Oficio N° 079-2006-OSINERG-OEE.

siendo el grupo con mayor participación en el sistema de transmisión nacional, tenga mayores ventajas comparativas para presentar ofertas, por cuanto tendrá un buen conocimiento del sistema peruano y dispondrá de mayor infraestructura para construcción, operación y mantenimiento de las nuevas instalaciones, situación que podría desalentar la participación de nuevas empresas que desearan iniciar actividades en el Perú. En este aspecto la concentración solicitada podría tener un relativo efecto negativo, sin embargo esta apreciación podría ser opuesta si es que los precios incluyen las reducciones de costos indicadas por efecto de la escala empresarial del Grupo ISA en el mercado peruano y se transmiten al usuario final a través de tarifas más económicas¹¹.

40. La preocupación en términos simples es que luego de la concentración el Grupo ISA se constituye en el operador más grande del mercado y que dada su experiencia en el sector puede encontrarse en posición de presentar mejores ofertas en las licitaciones públicas. Esto lo pondría en ventaja frente a los potenciales entrantes.
41. Al respecto, debe señalarse que el Grupo ISA ya cuenta con la referida experiencia sobre el mercado peruano antes de la concentración, como producto de los años que viene operando los sistemas de ETECEN y ETESUR. En tal sentido, la concentración no le otorga mayor experiencia al respecto. Si bien la concentración dará como resultado mayores economías de escala en la operación conjunta de los sistemas de transmisión, ello constituye una eficiencia que se obtiene gracias a la concentración y por ende no puede considerarse a la vez como una desventaja. En efecto, si dichas economías de escala permiten que el Grupo ISA ofrezca una mejor propuesta en las licitaciones que la que planteen los demás participantes, pese a que ello sea desventajoso para éstos últimos, resulta sumamente beneficioso para los demás Agentes del mercado eléctrico, es decir, los usuarios libres y regulados, así como las distribuidoras y generadoras de electricidad, quienes lograrían pagar menores precios por concepto del servicio de transmisión. Tal es el argumento que correctamente esboza el MEM en su opinión sobre este supuesto efecto negativo de la concentración.

¹¹ Oficio N° 1091-2006-MEM/DGE.

- 001511
42. Adicionalmente, debe señalarse que la participación de otros postores en las licitaciones públicas no depende única ni necesariamente de que haya un participante más experimentado o que pueda lograr economías de escala, sino de las obras que sean objeto de licitación. En otras palabras, cuanto mayor sea la escala de los proyectos a licitar, mayor será también el atractivo que ofrecerán para que se presenten distintos operadores, sea que ya participen en el mercado peruano, como sucede con Red Eléctrica del Sur S.A., o que se trate de actores totalmente nuevos. De esta forma, el diseño de los proyectos y las reglas de las licitaciones es lo que determina, en definitiva, el grado de competencia por el mercado que se produzca.
43. Corresponde entonces al MEM como encargado de conducir las licitaciones públicas hacer que los proyectos sean lo suficientemente importantes como para atraer la participación de postores de reconocida experiencia nacional o internacional. Cabe agregar que las entidades del Estado Peruano encargadas de promover la inversión cuentan con la capacidad y experiencia requerida para garantizar la participación de importantes empresas en los procesos de licitación que llevan a cabo.

3.1.3. Decisiones al interior del COES

44. Otro de los posibles efectos que podría tener la concentración notificada a nivel horizontal es su posible incidencia en la toma de decisiones al interior del COES. Para evaluar este aspecto, es conveniente tener en cuenta que el gobierno del COES está próximo a transformarse, por lo que debe considerarse el régimen actual y el futuro.
45. Según el régimen vigente previsto en la LCE y su Reglamento¹², el Directorio del COES está conformado por nueve miembros, de los cuales ocho son designados por las generadoras y sólo uno por las transmisoras, siendo esta última designación de forma rotativa y anual, comenzando con la empresa transmisora que tenga el mayor número de líneas¹³. Si bien con la concentración notificada el Grupo ISA pasa a tener un voto adicional en el grupo de transmisoras, dada la participación mínima que tiene este grupo en las votaciones para que el

¹² El régimen actual del COES se mantendrá vigente hasta que se designe a su nuevo Directorio según las reglas previstas en la Ley 28832. La designación del nuevo Directorio del COES debe realizarse dentro de los 120 días posteriores a la fecha de publicación del Reglamento de la Ley 28832.

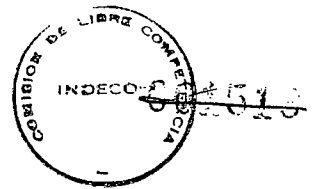
¹³ Artículo 85 del Reglamento de la LCE.

Directorio adopte sus decisiones, la capacidad del Grupo ISA para influenciar el sentido de tales decisiones no se ve modificada como producto de la concentración.

46. La Comisión de Libre competencia ya se ha pronunciado antes en el sentido de que una reducción en el número de empresas transmisoras como consecuencia de una concentración no tiene efecto significativo en la toma de decisiones al interior del COES, señalando lo siguiente: *"dado que las empresas de transmisión mantienen una participación mínima en las votaciones del Directorio a través de su voto unitario, no estarán en la posibilidad de influenciar las decisiones del COES, al no contar con una mayoría absoluta. Además, considerando que la elección de los representantes de los transmisores es en forma rotativa, esto asegurará una participación equitativa de cada empresa transmisora sin importar su tamaño o participación en el mercado. Por lo tanto, para esta Comisión, los efectos de la operación notificada sobre las decisiones del COES serán inocuos"*¹⁴.
47. De otro lado, según lo establecido en la Ley 28832, la nueva estructura del COES incluye la Asamblea conformada por cuatro subcomités correspondientes a cada uno de los Agentes del mercado (Distribuidoras, Generadoras, Transmisoras y Usuarios Libres), y el Directorio integrado por 5 miembros, cuatro elegidos en representación de cada subcomité y el quinto elegido por la Asamblea¹⁵.
48. Dentro de esta nueva estructura, el subcomité de Transmisoras estará conformado por 5 empresas. Actualmente el Grupo ISA cuenta con 2 de los miembros de este subcomité y como producto de la concentración pasaría a contar con 3 de sus miembros. Con ello, el Grupo ISA pasaría a ser mayoritario y podría definir las decisiones al interior de este subcomité. Sin embargo, aún cuando el Grupo ISA pudiera elegir, a través de su voto mayoritario, al representante del subcomité de Transmisoras dentro del Directorio del COES, sólo contaría con uno de los 5 votos, con lo cual su capacidad de influenciar sus decisiones es bastante limitada. Igual sucedería con su capacidad de influenciar las decisiones de la Asamblea.

¹⁴ Resolución N° 016-2002-INDECOPI/CLC, mediante la cual la Comisión de Libre Competencia autorizó la concentración de las redes de ETECEN y ETESUR.

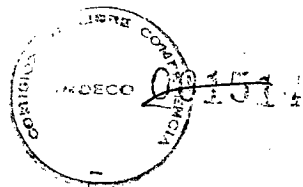
¹⁵ Artículos 16 y 17 de la Ley 28832.



49. Las distintas entidades consultadas por la Comisión de Libre Competencia han coincidido en señalar que la concentración no tendría efectos negativos en lo que respecta a la toma de decisiones al interior del COES.
50. Así, por ejemplo, la Defensoría del Pueblo ha expresado lo siguiente: *"en cuanto se apruebe el reglamento correspondiente para la nueva ley del sector, Ley N° 28832, las empresas de transmisión tendrán un único representante, y en esas circunstancias no habrá mayor diferencia si CTM está presente en el mercado o no, porque se trata finalmente de un grupo con participación no muy significativa en el mercado de transmisión y, entendemos, tendría poca influencia sobre el representante del grupo de transmisores. En conclusión, no advertimos un efecto significativo a futuro en el COES"*¹⁶.
51. En la misma línea, el OSINERG considera que el grupo de transmisores tendrá una participación equivalente a los demás Agentes del mercado, con lo cual la concentración no tendría impacto sobre tal situación: *"con la Ley 28832 (...) la Asamblea es el órgano supremo y estaría conformado por cuatro subcomités (...) con un peso específico de voto igual para cada subcomité, con lo que la participación de los transmisores tendría un equivalente del 25% en el puntaje final, igual que cualquier otro grupo"*¹⁷.
52. Finalmente, si bien el MEM plantea que la concentración podría afectar la equidad al interior del subcomité de Transmisoras por la participación mayoritaria de ISA, también sostiene que dicha situación puede ser controlada ya sea vía reglamentaria o en los si ingresan nuevas empresas transmisoras al mercado: *"De producirse la concentración de CTM en el grupo ISA, éste tendría tres (03) miembros sobre los cinco (05), lo que le daría mayoría en las decisiones del sub comité y control en la elección del director del COES que representa a los transmisores; situación que podría afectar la equidad en el Subcomité de Transmisores del COES y sesgar las decisiones a favor de los intereses del grupo ISA. Sin embargo, en el Reglamento de la Ley N° 28832, en actual elaboración, se puede establecer algunas reglas de participación que eviten esta situación de ventaja, como por ejemplo, la participación en función de 'grupo*

¹⁶ Oficio N° 0262-2006-DP/ASPMA.

¹⁷ Oficio N° 079-2006-OSINERG-OEE.



económico'. Así mismo, se espera que en el futuro se incorporen nuevas empresas de transmisión, con lo cual se reducirá la ventaja inicial de ISA¹⁸.

53. De acuerdo con todo lo señalado, la concentración notificada no tendrá efectos negativos en la toma de decisiones al interior del COES, ni en su estructura actual ni en la que tendrá en el futuro.

3.2. Efectos a Nivel Vertical

54. El segundo ámbito en que puede evaluarse si la concentración notificada tiene supuestos efectos nocivos es en el nivel de las relaciones verticales, esto es, respecto de las otras actividades del sector eléctrico peruano o de los demás Agentes del mercado.
55. Al respecto, debe señalarse que las empresas de transmisión están impedidas de comercializar electricidad¹⁹, con lo cual no pueden competir con generadoras o distribuidoras en la venta de energía. Adicionalmente, las empresas involucradas en la operación de concentración notificada no se encuentran vinculadas ni tienen relación alguna con empresas de otros segmentos de la industria, es decir, con generadores o distribuidores. En tal virtud, las empresas del Grupo ISA, incluyendo a CTM como producto de la concentración, no tienen incentivos para incurrir en prácticas de exclusión de dichas empresas.
56. El OSINERG coincide plenamente con esta apreciación al señalar que: *"ni ISA ni Hidro Québec (principal accionista de TRANSMANTARO) tienen el control ni poseen participación accionaria en empresas que estén en las actividades de generación o distribución de electricidad, por lo que la fusión no tendría consecuencias sobre el grado de competencia en los mercados donde estas empresas operan incluso en el caso que el marco regulatorio tuviera algún vacío que posibilite la existencia de prácticas anticompetitivas en el acceso a las instalaciones de transmisión"*²⁰.
57. Adicionalmente a lo anterior, es evidente que la regulación del sector impide que cualquier empresa transmisora, sin importar su tamaño, imponga precios o

¹⁸ Oficio N° 1091-2006-MEM/DGE.

¹⁹ Artículo 233 del Reglamento de la LCE.

²⁰ Oficio N° 079-2006-OSINERG-OEE.

condiciones monopólicas a los demás Agentes del mercado eléctrico peruano. En efecto, existen diversas normas del marco regulatorio que impiden cualquier posibilidad de prácticas anticompetitivas o monopólicas.

a) Imposibilidad de negativas injustificadas de trato

Los concesionarios de transmisión se encuentran obligados a permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros a cambio de la contraprestación correspondiente²¹. Los contratos de concesión de las empresas transmisoras recogen explícitamente este principio de libre acceso a las redes de transmisión. De acuerdo con ello, ninguna empresa transmisora puede negarse a brindar sus servicios a generadores, distribuidores o clientes libres que se lo soliciten, en tanto se encuentra obligada a hacerlo por ley. Existiendo además un procedimiento de accesos, regulado por OSINERG que le autoriza a imponer mandatos de conexión a favor de los usuarios²².

b) Imposibilidad de aplicar precios discriminatorios o excesivos

La compensación por el uso del SPT es fijada por el OSINERG – GART²³. De igual manera, el OSINERG – GART fija las compensaciones por el uso de instalaciones del Sistema Secundario de Transmisión²⁴. Las empresas transmisoras se encuentran obligadas a aplicar los precios fijados por el regulador. En consecuencia, las transmisoras no pueden fijar precios discriminatorios entre los usuarios de sus redes, sean del Sistema Principal o Secundario, ni tampoco establecer precios monopólicos.

En el caso específico de las empresas involucradas en la concentración, sus ingresos se encuentran definidos además por sus respectivos Contratos de Concesión, a través de la RAG en el caso de REP, y a través del Valor

²¹ Artículo 33 de la LCE.

²² Considerando la obligación prevista en el artículo 33 de la LCE, la Comisión de Libre Competencia ha señalado previamente que: "(...) el libre acceso a las redes de transmisión se encuentra garantizado, imposibilitando a ISA excluir a los otros agentes del mercado, del uso de sus redes de transmisión". Resolución N° 016-2002-INDECOPI/CLC, mediante la cual la Comisión autorizó la concentración de las redes de ETECEN y ETESUR.

²³ Artículo 60 de la LCE y artículos 132-141 de su Reglamento.

²⁴ Artículo 62 de la LCE.

Nuevo de Reemplazo y los Costos de Operación y Mantenimiento en el caso de ISA Perú y de CTM²⁵.

Finalmente, la obligación de otorgar libre acceso a las redes de transmisión a precios regulados por el OSINERG también impide la aplicación de prácticas discriminatorias de precios entre los operadores que requieren dicho acceso²⁶.

c) Imposibilidad de degradar o perjudicar la calidad del servicio

Las empresas de transmisión se encuentran obligadas a mantener sus instalaciones en condiciones adecuadas para su operación eficiente, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Contratos de Concesión²⁷. Como correlato de dicha obligación se ha definido estándares de calidad del servicio que deben cumplirse obligatoriamente bajo cargo de severas sanciones. En particular, se han establecido estándares estrictos sobre calidad del producto y del suministro que son aplicables a las empresas transmisoras²⁸. En tal sentido, estas empresas no pueden degradar o

²⁵ Tomando en cuenta las reglas de fijación de tarifas previstas en la LCE y los contratos de concesión, la Comisión de Libre Competencia ha señalado previamente que: "(...) la operación de concentración notificada no tendrá efectos sobre la regulación tarifaria del sistema de transmisión. Además, el RAG establecido en el contrato de Concesión no permitirá a ISA solicitar aumentos o modificaciones tarifarias al OSINERG durante todo el período de la Concesión". Resolución N° 016-2002-INDECOPI/CLC, mediante la cual la Comisión autorizó la concentración de las redes de ETECEN y ETESUR.

Cabe agregar que el OSINERG fue aún más contundente al respecto en la opinión emitida con ocasión del procedimiento de autorización previa que dio lugar a la citada resolución de la Comisión de Libre Competencia. En dicha opinión el organismo regulador expresó lo siguiente: "1. Las tarifas del servicio de transmisión se encuentran reguladas por OSINERG de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento. En términos simples, el sistema tarifario de la transmisión remunera el costo total medio de la transmisión a través de dos conceptos: el ingreso tarifario y el peaje por conexión. En ambos casos, la existencia de un alto nivel de concentración horizontal de la transmisión no resulta determinante para efectos del cálculo de dichos conceptos. 2. Por otra parte, en el caso concreto de la operación de concentración bajo análisis, en tanto el contrato de concesión considera la existencia de una Remuneración Anual Garantizada (RAG), la empresa no tendría posibilidad de requerir incrementos tarifarios mayores a los pactados".

²⁶ Al respecto, es pertinente citar lo señalado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia en su Informe N° 011-2001-INDECOPI/CLC, del 17 de octubre de 2001, emitido con ocasión del procedimiento de autorización previa iniciado por PSEG Global Inc. para la adquisición de la generadora estatal Electroandes S.A.: "No sólo existe obligatoriedad de prestar acceso a las redes, sino que además dicho acceso debe otorgarse a las tarifas reguladas por el OSINERG, lo cual anula la posibilidad de aplicar una discriminación anticompetitiva de precios. Finalmente, si el acceso se restringiera por mecanismos distintos al precio, la parte afectada puede recurrir al OSINERG para que dicho organismo actúe como dirimente y resuelva la controversia en un plazo de 30 días" (página 99, numerales 420 y 421).

²⁷ También lo dispone así el artículo 31 literal b) de la LCE.

²⁸ Decreto Supremo 20-97-EM, Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos.

61. Adicionalmente, corresponde señalar que La operación de concentración notificada no tendrá ningún impacto respecto de la determinación por parte de OSINERG de los ingresos por la operación de los sistemas de transmisión de REP, ISA Perú o CTM. Ello se debe a que si bien la operación técnica de los sistemas de transmisión de las tres empresas será llevada a cabo de forma coordinada por el Grupo ISA luego de la concentración, las tres empresas continuarán funcionando como entidades independientes para efectos del cálculo de sus respectivas remuneraciones. Las tres empresas cuentan con un mecanismo distinto para el cálculo de sus remuneraciones en virtud de su respectivo contrato de concesión. En tal virtud, dicho mecanismo de cálculo resulta de necesario cumplimiento para las tres empresas y no puede ser variado por ellas como consecuencia de la operación de concentración notificada.
62. De otro lado, la concentración notificada tampoco tendrá impacto en la determinación de las rentas de las tres empresas mencionadas en tanto que cada una de ellas tiene un régimen impositivo distinto en virtud del respectivo convenio de estabilidad tributaria suscrito con el Estado Peruano en el momento del otorgamiento de la concesión. En efecto, mientras que el CTM ha estabilizado el régimen impositivo vigente en febrero de 1998 para todo el plazo de su concesión, ISA Perú se sujeta al régimen correspondiente a marzo de 2001, y por su parte REP tributa según el régimen vigente en julio de 2002. Cada una de estas empresas evaluó su proyecto de inversión, sus flujos de caja y los costos involucrados considerando el régimen tributario correspondiente. Esta situación no se modifica como consecuencia de la concentración notificada, sino que más bien refuerza el hecho que, por tener regimenes remunerativos especiales e independientes estabilizados mediante contratos-ley, para las empresas involucradas la determinación de sus ingresos por parte del regulador se mantenga en los mismos términos existentes previamente a la concentración.
63. En este sentido se han pronunciado las entidades que han sido consultadas por la Comisión de Libre Competencia en el presente procedimiento. Por ejemplo, el OSINERG ha manifestado lo siguiente: *"la base tarifaria de ambas empresas depende de los montos de VNR [Valor Nuevo de Reemplazo] y O&M [Operación y Mantenimiento] especificados, los cuales no pueden ser variados de forma unilateral, es decir, sin la participación del Concedente (MEM). Con ello, el proceso de compra no debiera afectar el nivel de tarifas y compensaciones que*

*asumen los usuarios de las redes de transmisión involucradas, tanto en el mercado regulado como en el mercado libre, donde se realiza básicamente un pass through de estos precios y lo que se negocian son las condiciones de suministro y otros aspectos comerciales*³¹.

64. Por su parte, el MEM ha sido más explícito señalando lo siguiente: *“La tarifa eléctrica a los clientes regulados está conformada por el agregado de los precios de generación y los cargos de transmisión y distribución. Cada componente del precio es fijado por el OSINERG, según los procedimientos establecidos en la Ley de Concesiones Eléctricas, su Reglamento y las Resoluciones emitidas por el OSINERG. Según la ley N° 28832, los cargos por el Sistema Garantizado de Transmisión, serán determinados a base de los montos de las ofertas adjudicadas en las licitaciones. En consecuencia, la concentración no tendría influencia directa en la fijación de las tarifas eléctricas a los clientes regulados, en tanto se garantice que el precio final se despeja por la libre participación de distintas ofertas”*. Acto seguido, el MEM también expresa lo siguiente: *“El servicio de transmisión tiene precios regulados tanto para el mercado de clientes regulados como para los clientes libres, por lo que, de manera similar a la respuesta anterior, la concentración no tendría influencia directa en la fijación de los precios a los clientes libres*³².
65. En cuanto a lo señalado por el MEM sólo cabe agregar que la garantía de que *“el precio final se despeja por la libre participación de distintas ofertas”* no depende en forma alguna de que se lleve a cabo o no la concentración notificada, sino de que se vigile que en los procesos de licitación respectivos los postores actúen independientemente y sin incurrir en alguna forma de concertación. Esta conducta se encuentra expresamente prohibida por las normas de libre competencia³³ cuya aplicación se encuentra a cargo de la Comisión; la misma que ya cuenta con experiencia en la sanción de este tipo de conductas.
66. Asimismo, tal como se ha señalado previamente, también depende de que los proyectos objeto de licitación sean lo suficientemente atractivos como para interesar a los postores a competir por ellos.

³¹ Oficio N° 079-2006-OSINERG-OEE.

³² Oficio N° 1091-2006-MEM/DGE.

³³ Artículo 6 literal i) del Decreto Legislativo 701, Ley contra Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia.

67. De acuerdo con lo señalado previamente, la concentración notificada no tendrá efecto nocivo alguno sobre las tarifas por el uso de los servicios de transmisión para atender a clientes libres o regulados.

3.4. Efectos sobre el Esfuerzo Regulatorio

68. El cuarto ámbito en que puede evaluarse si la concentración notificada tiene supuestos efectos nocivos es respecto del mayor esfuerzo que podrían requerir las autoridades reguladoras del sector para llevar a cabo sus labores, como consecuencia de la estructura del mercado posterior a la concentración.
69. Al respecto, corresponde señalar en primer término la contundente opinión del MEM en el sentido de que la operación no va a tener efecto negativo alguno sobre el desempeño de las funciones del propio MEM ni del OSINERG. En efecto, esta institución ha manifestado lo siguiente: *"El organismo normativo del sector eléctrico en el país es el Ministerio de Energía y Minas, y el organismo regulador de tarifas y fiscalizador de las actividades del sector eléctrico es el OSINERG. Ambas entidades actúan de acuerdo a las leyes vigentes, de manera independiente de la propiedad de las empresas. Por lo tanto, la concentración no tendrá efecto sobre la actividad de ambos organismos"*³⁴.
70. Por su parte, la Defensoría del Pueblo entiende que la concentración si exigiría un mayor esfuerzo por parte del regulador en los siguientes términos: *"la reducción del número de grupos económicos presentes en el mercado tendería a incrementar la asimetría de información entre las empresas y el regulador, con el resultado de tarifas más elevadas en el largo plazo y un mayor esfuerzo por parte del regulador para obtener información sobre costos eficientes"*³⁵.
71. Sobre el particular debe precisarse que el sistema regulatorio peruano en materia de tarifas de transmisión eléctrica no se sustenta en esquemas de comparación de costos entre las empresas reguladas (*"yardstick regulation"*), con lo cual la reducción del número de grupos empresariales que operan transmisoras eléctricas en el mercado peruano como consecuencia de la concentración notificada no dificulta la labor del regulador en este aspecto. Si el obtener información sobre costos eficientes fuera un problema para el regulador en el

³⁴ Oficio N° 1091-2006-MEM/DGE.

³⁵ Oficio N° 0262-2006-DP/ASPMA.

caso de la transmisión, el OSINERG habría sido el primero en señalarlo al emitir su opinión en respuesta a la consulta efectuada por la Comisión de Libre Competencia en el presente procedimiento. Sin embargo, ni el regulador ni el MEM han planteado preocupación alguna al respecto.

72. Tampoco existen razones para suponer que el sistema de regulación de tarifas de transmisión vaya a evolucionar hacia uno de comparación. De un lado, ni el MEM ni el OSINERG lo han indicado al emitir su opinión en el presente procedimiento. De otro lado, las nuevas reglas para la transmisión eléctrica previstas en el capítulo quinto de la Ley 28832 tampoco contemplan un sistema de regulación de tarifas por comparación, sino que mantienen un esquema de reconocimiento individualizado de costos eficientes de inversión, operación y mantenimiento comparables al normado por la LCE y los contratos de concesión.
73. En consecuencia, la preocupación de la Defensoría del Pueblo sobre un supuesto mayor esfuerzo del regulador como producto de la concentración notificada no resulta atendible, en tanto que se sustenta en una apreciación incorrecta.
74. Finalmente, el OSINERG tampoco considera que la concentración ocasione un mayor esfuerzo regulatorio, aunque indica lo siguiente: *“una empresa cada vez más grande y sobre la cual depende un mayor número de instalaciones de transmisión podría eventualmente tener mayor poder de negociación frente al Estado Peruano cuando se requieran ampliaciones de transmisión”*³⁶.
75. Al respecto, debe tenerse en cuenta que marco legal (contratos de concesión y Ley 28832) establecen que el Estado, a través del MEM, tiene la potestad de autorizar la ejecución directa por la concesionaria o disponer la licitación de las ampliaciones de transmisión que requiera el país conforme al Plan de Transmisión que aprueba el MEM. Para el caso particular de REP, el contrato de concesión dispone que el MEM puede optar por licitar las ampliaciones o encargárselas a REP que está obligada a ejecutar los proyectos que el MEM priorice hasta el 2011, luego deberá existir acuerdo de partes sin perjuicio de la potestad del MEM de licitar las ampliaciones.

³⁶ Oficio N° 079-2006-OSINERG-OEE.

76. En virtud de lo expresado, se concluye que la concentración notificada no tendrá mayor impacto sobre el esfuerzo regulatorio que despliegan las autoridades del sector.

3.5. Efectos en Mercados Relacionados

77. El quinto ámbito en que puede evaluarse si la concentración notificada tiene supuestos efectos nocivos es respecto de las condiciones de competencia de los mercados relacionados que han considerado tanto la Comisión de Libre Competencia como las entidades que han sido consultadas.

3.5.1. Servicios de Telecomunicaciones

78. La Comisión de Libre Competencia ha hecho especial énfasis en los efectos que pudiera tener la concentración notificada sobre el mercado de servicios de telecomunicaciones. Dicha preocupación se encuentra sustentada, en general, en que la infraestructura de transmisión eléctrica de las tres empresas involucradas en la operación puede ser utilizada para brindar servicios de telecomunicaciones y, en particular, en que el Grupo **ISA** se encuentra interesado en intervenir en el mercado de telecomunicaciones peruano a través de una de sus empresas, a saber INTERNEXA.
79. El proyecto de inversión en referencia supone la instalación de fibra óptica sobre la infraestructura de las empresas transmisoras para efectos de brindar servicios portadores a nivel nacional, es decir, de transporte de señales de otras operadoras de servicios de telecomunicaciones. Este uso convergente de infraestructuras eléctricas para ofrecer servicios de telecomunicaciones constituye un notorio beneficio para este mercado en tanto reduce los costos de ingreso al mercado -que en gran parte están relacionados con el acceso a infraestructura ya existente- y supone la participación de un nuevo operador, de reconocida experiencia internacional, en el mercado peruano.
80. Las opiniones de las entidades consultadas por la Comisión de Libre Competencia han sido sumamente claras al señalar los beneficios y ventajas que supondría el ingreso de INTERNEXA al mercado peruano de servicios portadores.

81. Así, por ejemplo, el organismo regulador de telecomunicaciones, OSIPTEL, señala que: *"al ser el servicio portador un medio que posibilita la prestación de servicios finales por parte de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, el ingreso al mercado de un operador que cuente con infraestructura portadora puede dinamizar el nivel de competencia existente en la actualidad en el mismo. En efecto, el ingreso de un operador con las características que tendría INTERNEXA en el Perú, es decir, con una amplia red desplegada a nivel nacional (incluso con la que cuenta actualmente REP e ISA Perú) y con la experiencia en la provisión del servicio portador de Larga Distancia de dicha empresa en otros países de la región, podría significar una competencia efectiva para Telefónica del Perú, lo cual influiría en el bienestar de los consumidores mayoristas y minoristas del servicio"*³⁷.
82. Asimismo, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones coincide con dicha apreciación y afirma que: *"La participación de ISA (a través de INTERNEXA) en el mercado de las empresas que prestan el servicio portador permitirá incrementar la oferta de operadores de telecomunicaciones favoreciendo la competencia y por tanto se reducirán los precios en los que respecta a la provisión de enlaces"*³⁸.
83. Otras entidades también han planteado comentarios favorables sobre el proyectado ingreso de INTERNEXA. El MEM por ejemplo ha señalado que el referido ingreso puede ser *"favorable para mejorar la oferta del servicio en el sector telecomunicaciones a nivel nacional, siempre que la posición de dominio que tendría ISA con la concentración no restrinja el acceso de terceros al mercado"*³⁹.
84. Sólo cabe hacer una precisión importante a la opinión del MEM y es que ISA no tendrá posición de dominio en el mercado de telecomunicaciones si llega a ingresar al mismo, sino que más bien contribuirá a desconcentrar dicho mercado y se constituirá en competencia efectiva del operador dominante en la actualidad, esto es, de Telefónica del Perú S.A.A.

³⁷ C. 700-GG-GRE/2006, presentada ante la Comisión de Libre Competencia con fecha 13 de octubre de 2006.

³⁸ Oficio N° 538-2006-MTC, presentado ante la Comisión de Libre Competencia con fecha 20 de octubre de 2006.

³⁹ Oficio N° 1091-2006-MEM/DGE.

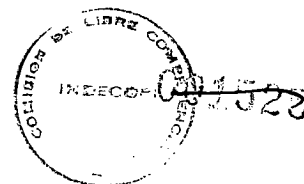


85. Esta es la conclusión a la que llega el propio OSIPTEL: *"considerando que en la actualidad Telefónica del Perú es la empresa que participa de forma mayoritaria en el mercado del servicio portador de larga distancia a través del arrendamiento de circuitos, la entrada de un nuevo competidor a este mercado, y en particular, la entrada de un competidor que cuenta con una red de las dimensiones de la red transmisora resultante de la operación de concentración, puede contribuir a desconcentrar este mercado y en dicha medida, favorecer la competencia efectiva, en beneficio de los consumidores finales de los servicios finales de telecomunicaciones"*⁴⁰.
86. De otro lado, considerando la posible entrada de INTERNEXA, la Defensoría del Pueblo ha planteado lo siguiente: *"sería recomendable que de aprobarse la operación de adquisición, ésta se condicione a que la empresa adquirente se adapte a la normativa futura que se emita para regular el uso de infraestructura para este tipo de actividad sin alegar derechos adquiridos"*⁴¹.
87. En este punto es necesario precisar que ISA ya se encuentra sujeta a las normas que existen en la actualidad para regular el uso compartido de infraestructura eléctrica para brindar servicios de telecomunicaciones⁴², pues entre dicha infraestructura se incluyen los postes, ductos, conductos, cámaras, torres y derechos de vía asociados a la prestación de servicios de energía eléctrica. Tales normas han establecido un sistema de negociación supervisada según el cual cualquier operador de servicios públicos de telecomunicaciones puede solicitar el uso de aquella infraestructura para colocar los cables y equipos necesarios para la prestación de tales servicios. Si en el plazo de 30 días de iniciada la negociación el interesado no llega a un acuerdo con el titular de la infraestructura queda facultado para solicitar al OSIPTEL que emita un mandato de compartición ordenando al titular de la infraestructura en cuestión que permita el uso de la misma al interesado, fijando además las condiciones técnicas y económicas respectivas. Esto incluye el establecimiento de la contraprestación por el uso de la infraestructura.

⁴⁰ C. 700-GG-GRE/2006.

⁴¹ Oficio N° 0262-2006-DP/ASPMA.

⁴² Ley 28295, Ley que Regula el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Uso Público, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC.



De conformidad con dichas normas, el interesado en acceder a la infraestructura debe cumplir los siguientes requisitos:

- Acreditar la existencia de una restricción establecida por una autoridad administrativa que le impida instalar en la zona geográfica correspondiente su propia infraestructura para colocar los cables y equipos para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Esta restricción puede deberse a razones de (i) medio ambiente, (ii) salud pública, (iii) seguridad, u (iv) ordenamiento territorial.
- Cumplir las exigencias técnicas, de operación, administrativas, de seguridad y ambientales establecidas en las normas del sub-sector electricidad.
- Señalar los acuerdos o puntos en los que existe discrepancia con el titular de la red de transmisión.
- Señalar los términos en los que solicita la emisión del mandato.
- Presentar otra información que establezca OSIPTEL.

De esta forma, el titular de la infraestructura correspondiente –en este caso las empresas transmisoras de electricidad involucradas en la concentración notificada- se encuentra obligado a permitir el uso de la misma en el supuesto de que en su zona de concesión existan restricciones administrativas establecidas por la autoridad que impidan a los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones instalar y/o construir infraestructura propia. Si el titular de la infraestructura no pacta libremente el uso de la misma con el interesado, el regulador de servicios públicos de telecomunicaciones se encuentra facultado para exigirle que cumpla dicha obligación fijando además las condiciones en que se verificará el uso de la infraestructura.

88. Esto ha sido expresamente confirmado por las entidades que han sido consultadas por la Comisión de Libre Competencia. De un lado, el OSIPTEL señala que: *“las empresas notificantes de la operación de concentración se encuentran en la actualidad obligadas a cumplir, siempre que se presenten los supuestos previstos en la Ley de Uso Compartido de Infraestructura, con las disposiciones de la referida norma”*⁴³. De otro lado, el MTC informa que: *“De acuerdo a las disposiciones vigentes, el titular de la infraestructura se encuentra*

⁴³ C. 700-GG-GRE/2006.

*obligado a permitir su uso. En el caso de INTERNEXA, al ingresar al mercado de telecomunicaciones y contar con infraestructura estará obligada a compartirla*⁴⁴.

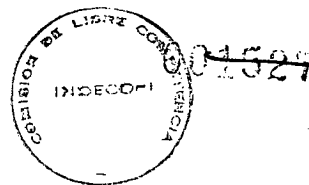
89. De esta forma, es evidente que no es necesario condicionar la aprobación de la concentración notificada a que **ISA** se adapte a las normas sobre uso compartido, en tanto que ya se encuentra sujeta a dichas normas y, de hecho, también lo estará respecto de cualquier otra normativa que se emita en el futuro.
90. De acuerdo con los argumentos señalados se concluye que la concentración notificada no tendrá efecto nocivo alguno sobre las condiciones de competencia en el mercado de servicios de telecomunicaciones, sino que muy por el contrario, puede dar lugar a notorias ventajas y beneficios para dicho sector.

3.5.2. Servicios de Mantenimiento de Redes de Transmisión

91. El MEM señala en su opinión que un mercado relacionado que puede verse afectado como producto de la concentración es el de los servicios de mantenimiento, planteándolo en los siguientes términos: *"se prevé un posible efecto negativo por cuanto la contratación de servicios de mantenimiento se puede concentrar sólo en las empresas vinculadas al grupo ISA, en perjuicio de las empresas que actualmente brindan servicios a CTM, reduciendo la competencia de las empresas que brindan estos servicios"*⁴⁵.
92. Al respecto, debe señalarse que en la actualidad los servicios de mantenimiento de la red de CTM son llevados a cabo en su integridad por HQI, es decir, por su accionista mayoritario y operador estratégico. En otras palabras, actualmente no existe competencia en la prestación de servicios de mantenimiento a CTM. Siendo ello así, no puede afirmarse que la concentración notificada pueda ocasionar una reducción de la competencia en dicho ámbito.
93. Por el contrario, como producto de la concentración, el mantenimiento de la red de CTM será realizado conjuntamente con el de REP y, como se sabe, esta empresa subcontrata parte de dichos servicios de mantenimiento con proveedores locales independientes, a través de procesos de selección competitivos.

⁴⁴ Oficio N° 538-2006-MTC.

⁴⁵ Oficio N° 1091-2006-MEM/DGE.



94. De esta forma, en vez de lo planteado por el MEM, la concentración dará lugar a que se introduzca competencia en la prestación de servicios de mantenimiento a la red de CTM. En tal virtud, se concluye que la concentración no tendrá efectos negativos en el mercado de servicios de mantenimiento.

3.6. Eficiencias que Producirá la Concentración

95. El último aspecto que corresponde analizar es si la concentración puede dar lugar a eficiencias y si éstas pueden trasladarse en beneficio de los demás Agentes del mercado eléctrico peruano, o también a otros ámbitos o mercados.
96. En cuanto al mercado eléctrico peruano, el OSINERG reconoce que la concentración producirá economías de escala pero entiende que tales eficiencias no podrán ser trasladadas a la tarifa, expresando lo siguiente: *"se esperaría que una fusión de ambas empresas genere economías en la operación y mantenimiento de todos los activos de transmisión de forma integrada. No obstante, toda vez que dichos costos, para el caso de las empresas ISA PERÚ y TRANSMANTARO, han sido fijados como un porcentaje de los costos fijos de inversión, los beneficios de dichas economías de escala no podrán ser transferidos a los usuarios de las redes de transmisión. Algo similar sucede con REP, toda vez que sus ingresos, a través de la RAG, no permiten que los beneficios de las referidas economías de escala sean transferidos a los usuarios de las redes. En ese sentido, en el caso que se pudiera identificar economías de escala, el regulador no podría implementarlas en las tarifas"*.⁴⁶
97. Al respecto corresponde precisar enfáticamente que ISA ha sostenido desde un inicio del presente procedimiento que la concentración generará eficiencias y que las mismas sí serán trasladadas a los demás Agentes del mercado eléctrico a través de un servicio de mejor calidad, y con mayor seguridad y confiabilidad, al mismo precio.
98. En esta materia nos permitimos remitirnos a las explicaciones y cuantificaciones ofrecidas previamente a la Comisión de Libre Competencia dentro del presente

⁴⁶ Oficio N° 079-2006-OSINERG-OEE.

procedimiento⁴⁷, pasando a señalar únicamente de manera resumida los argumentos que sustentan nuestras afirmaciones:

- Mayor confiabilidad y seguridad para el servicio: Los centros de control de REP (principal y de respaldo) serán utilizados también para operar las instalaciones de CTM, lo que ofrecerá mayor respaldo frente a interrupciones imprevistas por contingencias del sistema de transmisión.
- Mejora de la calidad del servicio en términos de mantenimiento: Se tendrá mayor alcance del soporte para las líneas de transmisión a través de las distintas sedes con las que cuenta REP, así como de su capacidad para realizar mantenimiento con líneas y equipos en servicio o con tensión, lo que permite realizar mantenimientos sin cortes de energía cuando el sistema interconectado lo requiere.
- La mayor confiabilidad y seguridad en la operación de las redes, como consecuencia de las economías de escala en el mantenimiento de las mismas, beneficiará directamente a generadores, distribuidores y clientes libres; e indirectamente a consumidores finales, al reducir la probabilidad de interrupción imprevista del suministro por falla.

99. Respecto de otros ámbitos o mercados en los que la concentración puede dar lugar a eficiencias, corresponde incluir que a través de ella se facilita una eventual interconexión de redes de transmisión a nivel regional. Sobre este punto se ha pronunciado el MEM, manifestando lo siguiente: *"ISA es un grupo económico que está en expansión a nivel latino americano, por lo que la adquisición de CTM contribuye a consolidar su posición en la región (...) podría favorecer la materialización de los planes de integración regional"*⁴⁸.
100. Adicionalmente, también debe mencionarse las ventajas que el ingreso de INTERNEXA produciría, y en esta materia puede citarse la opinión del OSIPTEL: *"se esperaría que las tarifas del servicio, y los servicios prestados en el mercado aguas abajo se reduzcan y que la expansión de la red y la calidad del servicio aumenten, pudiendo brindarse incluso en lugares muy alejados en donde ISA opera actualmente como operador de transmisión eléctrica y que no cuentan con servicios de telecomunicaciones"*⁴⁹.

⁴⁷ Páginas 24-30 del Formulario para la Notificación de Concentraciones en el Sector Eléctrico, presentado como anexo de nuestra solicitud de autorización previa.

⁴⁸ Oficio N° 1091-2006-MEM/DGE.

⁴⁹ C. 700-GG-GRE/2006.

101. En virtud de todo lo anterior, se concluye que la concentración notificada tendrá efectos beneficiosos para el mercado eléctrico nacional, derivados del traslado de las eficiencias alcanzadas a los demás Agentes del mercado eléctrico con un servicio de transmisión de mejor calidad, y con mayor seguridad y confiabilidad, al mismo precio. Adicionalmente, también generará ventajas para una eventual integración de redes de transmisión a nivel regional, y para los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

IV. Consistencia de las Recomendaciones de las Entidades Consultadas

102. Las diversas entidades que han sido consultadas por la Comisión de Libre Competencia han planteado algunas recomendaciones que en los hechos exceden el ámbito y alcance de la concentración notifica. Consecuentemente, se trata de recomendaciones que no pueden constituir condicionamientos para que la concentración notificada sea autorizada por la Comisión.
103. En primer lugar, refiriéndose al COES el MEM ha planteado que *“a fin de restringir eventuales intentos de manejos monopólicos contrarios al interés general, cabría efectuar un seguimiento más cercano por parte de la entidad encargada del control de la libre competencia en el mercado eléctrico peruano”*⁵⁰.
104. Como se advierte, se trata de una preocupación del OSINERG sobre probables actos de parte del COES que pudieran resultar contrarios al interés general, por lo que recomienda al INDECOPI que vigile más de cerca el desempeño del COES en sus funciones de operador del sistema y de futuro administrador del mercado de corto plazo. Sin embargo, los supuestos actos que deben ser objeto de vigilancia no se derivan ni están vinculados en forma alguna con la concentración notificada, en tanto que según se ha explicado en secciones previas las empresas transmisoras no tienen la capacidad para definir de manera unilateral las decisiones del COES.
105. Por su parte, la Defensoría del Pueblo indica que *“en caso se decidiera otorgar la autorización solicitada, recomendamos que se establezca ciertas condiciones, como son: el fortalecimiento de la normativa para que las empresas operadoras proporcionen información acerca de sus costos, incrementar el acceso a la*

⁵⁰ Oficio N° 1091-2006-MEM/DGE.

información relativa a las condiciones de los contratos de concesión y sus modificaciones permitiendo la participación de la ciudadanía, y regular el uso de infraestructura de transmisión de electricidad para servicios de telecomunicaciones. Finalmente, en cumplimiento de nuestras funciones constitucionales, recomendamos que se establezca una evaluación periódica de las repercusiones que pudiera traer el alto grado de concentración en las condiciones de operación del mercado y los costos trasladados a los usuarios. Asimismo, recomendamos que se promueva el establecimiento de facultades para que la Comisión pueda optar por obligar a la enajenación de activos, en caso de perjuicios causados con la concentración empresarial⁵¹.

106. En cuanto a la supuesta necesidad de fortalecer la normativa para que las empresas proporcionen información sobre sus costos, debe reiterarse que en el caso de la transmisión esa información no es de relevancia para efectos del cumplimiento de las labores del regulador, como asume la Defensoría del Pueblo. Además, se trata de una recomendación que implicaría la emisión de determinada normativa por otras entidades distintas a la Comisión de Libre Competencia y que no se encuentra relacionada con la concentración notificada ni limita la capacidad de la Comisión de autorizarla.
107. Respecto del incremento del acceso a la información sobre los contratos de concesión y sus modificaciones, debe precisarse que todos los contratos de concesión se encuentran debidamente publicados en la página web institucional de PROINVERSIÓN⁵² y que todas las modificaciones de los referidos contratos son públicas en tanto que son elevadas a escritura pública, por lo cual tanto contratos como modificaciones son de libre acceso para la ciudadanía. La concentración notificada no modifica ni afecta lo anterior, por lo cual no existe razón para condicionar su autorización a que se incremente el acceso de la ciudadanía a la referida información.
108. La Defensoría del Pueblo también propone que la autorización de la concentración notificada se condicione a que se regule el uso de la infraestructura de transmisión para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Como se sabe y se ha explicado previamente, el supuesto planteado ya se encuentra regulado en la actualidad a través de la Ley 28295 y

⁵¹ Oficio N° 0262-2006-DP/ASPMA.

⁵² http://www.proinversion.gob.pe/transparencia/cont_1_1.htm (visitada el 02 de noviembre de 2006).

su Reglamento, el Decreto Supremo N° 009-2005-MTC. En tal sentido, esta tampoco puede ser una condición para autorizar la concentración.

109. Además, la Defensoría recomienda dos temas adicionales. Una evaluación periódica del mercado y que se promueva que se otorgue a la Comisión de Libre Competencia facultades para ordenar los denominados “remedios estructurales”. Sobre lo primero, cabe señalar que el seguimiento del mercado no puede ser una condición para autorizar la concentración notificada, puesto que se trata de una labor que realiza constantemente la Comisión de Libre Competencia, no solo respecto del mercado de transmisión eléctrica, sino de distintos mercados a nivel nacional. En cuanto a lo segundo, como ya se sabe el INDECOPI planteó hace cierto tiempo un proyecto de Ley de Defensa de la Competencia que incluía la facultad de la Comisión de ordenar la enajenación de activos a las empresas, dicho proyecto fue descartado a nivel del Poder Ejecutivo. Más recientemente, se planteó una iniciativa legislativa en el Congreso de la República que recogía casi en su integridad el proyecto de Ley antes mencionado, iniciativa que finalmente no fue aprobada por el Congreso⁵³. Consecuentemente, no resulta atendible que se pretenda condicionar la autorización de la concentración notificada a que se trate de promover que se asigne a la Comisión una facultad cuyo otorgamiento ya fue discutido y no se logró el consenso necesario.

110. Una última recomendación es la que plantea el OSINERG en los siguientes términos: *“debe de establecerse que ISA debe proveer acceso libre a sus instalaciones, con la finalidad de coadyuvar a la expansión de las redes de transmisión a través de otros operadores, definiendo ex-ante que es un operador con posición de dominio y que cualquier acto en sentido contrario se deberá de entender como abuso de posición de dominio, en la modalidad de negativa injustificada a contratar”*⁵⁴.

111. Al respecto, debe señalarse en primer lugar que en materia de aplicación de las normas de libre competencia en los sectores sujetos a regulación se aplica el denominado principio de supletoriedad, según el cual las primeras sólo aplican si es que la materia no se encuentra prevista en la regulación sectorial⁵⁵. Siendo

⁵³ Proyecto N° 14199, presentado por el señor Congresista Jesús Alvarado Hidalgo.

⁵⁴ Oficio N° 079-2006-OSINERG-OEE.

⁵⁵ Reglamento General de OSINERG

ello así, una empresa sólo podría ser sancionada por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato en el acceso a sus redes de transmisión si es que dicho supuesto no se encontrara previsto en la regulación sectorial.

112. Como se sabe, las empresas transmisoras se encuentran obligadas a permitir el libre acceso a sus redes a todos los Agentes del mercado que lo requieran, sean éstos distribuidoras, generadoras o usuarios libres⁵⁶. Las discrepancias entre transmisoras y los terceros que requieran el acceso a las redes en lo relativo a la capacidad de transmisión o las ampliaciones requeridas, son resueltas por el OSINERG a través de un procedimiento de solución de controversias ad-hoc previsto en la regulación⁵⁷. El incumplimiento de dicha obligación se encuentra expresamente previsto por la regulación sectorial como una infracción sancionable por parte del OSINERG⁵⁸. Asimismo, el OSINERG se encuentra expresamente facultado para emitir mandatos de conexión ordenando a las empresas de transmisión a permitir el acceso de terceros a sus redes en los puntos definidos por el regulador⁵⁹.

113. De acuerdo con lo indicado, no sería viable que la Comisión de Libre Competencia sancione a ISA por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de acceso a su red, en tanto que dicha conducta se encuentra normada al detalle por la regulación sectorial. Caso contrario, se estaría vulnerando el principio de supletoriedad previsto en el Reglamento General del OSINERG. Cabe señalar que la Comisión de Libre Competencia ya ha aplicado previamente este principio para declarar que no le corresponde pronunciarse sobre denuncias por conductas infractoras que ya se encuentran previstas en la regulación del sector eléctrico⁶⁰. En tal virtud, no tendría utilidad alguna que la Comisión de Libre Competencia defina ex-ante que el Grupo ISA tiene posición de dominio si no le es aplicable la figura del abuso de posición de dominio por negativa de acceso a su red.

Artículo 12.- Principio de Supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones regulatorias y/o normativas que dicte OSINERG en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las normas de OSINERG.

⁵⁶ Artículo 33 de la LCE.

⁵⁷ Artículo 62 del Reglamento de la LCE.

⁵⁸ Artículo 201 literal b) del Reglamento de la LCE.

⁵⁹ Resolución OSINERG 091-2003-OS/CD, Procedimiento para fijar las Condiciones de Uso y Acceso Libre a los Sistemas de Transmisión y Distribución Eléctrica.

⁶⁰ Sólo a manera de ejemplo puede citarse la Resolución 006-2002-CLC/INDECOPI (PANAPSA contra EDELNOR).

114. Adicionalmente a lo anterior, la transmisión es un monopolio natural y no habría razón para reiterar que tiene dicha naturaleza definiéndose ex-ante, como propone el OSINERG, que el Grupo ISA tiene posición de dominio, pues ello es consecuencia precisamente de ser un monopolio natural. De adoptarse el planteamiento del OSINERG, la Comisión también tendría que definir ex-ante que las otras empresas transmisoras también tiene posición de dominio, en tanto que también son monopolios naturales. Si la Comisión definiera ex-ante posición de dominio para el Grupo ISA, la estaría discriminando frente a las demás transmisoras que operan en el Perú.

115. Por último, esta el hecho de que la práctica usual de la Comisión de Libre Competencia es definir la existencia de posición de dominio caso por caso y siempre de manera ex-post. En esta materia, la autoridad de defensa de la competencia nacional se encuentra en la línea de la práctica generalizada de sus pares a nivel internacional. Aceptar el planteamiento del OSINERG implicaría variar el criterio utilizado hasta la fecha por la Comisión, sin que haya un sustento para ello y pese a que resulta inocuo dado lo que establece el principio de supletoriedad ya anotado.

116. Considerando todo lo señalado, debe concluirse que las recomendaciones y condicionamientos propuestos por las entidades consultadas por la Comisión de Libre Competencia exceden los alcances de la concentración notificada y no se relacionan directamente con la misma. Ello sin perjuicio de que la Comisión pueda continuar realizando el seguimiento de mercados, incluido el mercado eléctrico, que efectúa rutinariamente.

VI. Conclusiones

117. Todos los argumentos planteados previamente permiten llegar a las siguientes conclusiones:

- a) Las transmisoras involucradas en la concentración no compiten entre sí, son complementarias y no sustitutas, y se encuentran individualmente reguladas por su carácter de monopolio natural.

b) La concentración notificada no produce efecto negativo alguno sobre el mercado eléctrico, por las siguientes razones:

- El incremento de participación del Grupo ISA y del HHI no sirven como indicadores para medir las condiciones de competencia en la transmisión.
- La concentración no disminuye los incentivos a la inversión en la transmisión.
- La concentración no afecta la toma de decisiones al interior del COES ni según su estructura presente ni futura luego de implementarse la Ley 28832.
- La concentración no afecta el derecho de acceso de terceros a las redes de transmisión, que se encuentra plenamente garantizado por la regulación.
- La concentración no distorsiona los mercados de usuarios libres ni regulados, puesto que los precios de los servicios de transmisión se encuentran regulados por igual para ambos tipos de usuarios.
- La concentración no incrementa los costos de regular el mercado.

c) La concentración no produce efectos negativos en los mercados relacionados, por las siguientes razones:

- En el mercado de telecomunicaciones no se desincentivaré la inversión futura, por el contrario lo desconcentraré y generará competencia frente al operador dominante. Además, las redes del Grupo ISA ya se encuentran sujetas a las normas sobre uso compartido de infraestructuras para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.
- En el mercado de servicios de mantenimiento de redes de transmisión, la concentración no reducirá la competencia en la prestación de estos servicios a CTM.

d) La concentración genera diversos tipos de eficiencia:

- En el sector eléctrico peruano, mejora la confiabilidad y seguridad en la operación de la transmisión, y mejora la calidad del servicio en términos de mantenimiento, en beneficio de generadores, distribuidores, clientes libres y regulados.
- En otros ámbitos o actividades, se fortalecería la opción de la integración regional de los sistemas de transmisión en Latinoamérica; y se facilitaría la

reducción de precios de servicios de telecomunicaciones, así como la atención de zonas actualmente no servidas por las operadoras de telecomunicaciones peruanas.

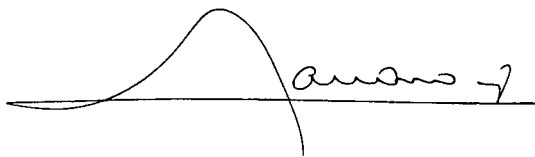
- e) Las medidas que han recomendado las entidades consultadas por la Comisión de Libre Competencia exceden el ámbito de la operación de concentración notificada por las siguientes razones:
- Se relacionan por un lado con posibles acciones anticompetitivas del COES, que no dependen ni de las empresas transmisoras en general, ni de las del Grupo ISA en particular.
 - Plantan que se dicten regulaciones que ya existen en la actualidad o cuya conveniencia habría sido descartada.
 - Plantean mecanismos que resultan innecesarios para evitar negativas de acceso a redes de transmisión.

Finalmente, es relevante destacar que la calidad en el servicio y la responsabilidad social empresarial son partes esenciales de las políticas y prácticas empresariales del Grupo ISA, lo cual es reconocido en todos los países donde operan empresas del grupo. En el caso particular del Perú, REP ha sido reconocida recientemente con el premio al Mejor Relacionamento Externo e Interno, en el marco del Concurso de Buen Gobierno Corporativo organizado por Procapitales y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Por tanto:

En virtud de todos los argumentos expuestos, solicitamos a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI que autorice la operación de concentración notificada.

Lima, 03 de noviembre de 2006.



Carlos Ariel Naranjo Valencia
Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.



ABEL GALINDO VERASTEGUI
ABOGADO
Reg. C.A.L. 13097



ANEXO 6

Resolución



N° 081-2006-INDECOPI/CLC

Lima, 16 de noviembre de 2006

VISTOS:

El escrito de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en lo sucesivo, ISA), del 19 de julio de 2006, por medio del cual solicita a esta Comisión la autorización previa de una operación de concentración en el sector eléctrico según lo dispuesto en la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (en lo sucesivo, la Ley); la audiencia de informe oral del 30 de octubre de 2006; el Informe N° 036-2006-INDECOPI/ST-CLC, del 10 de noviembre de 2006, emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión; la audiencia convocada de oficio por esta Comisión, del 16 de noviembre de 2006; y,

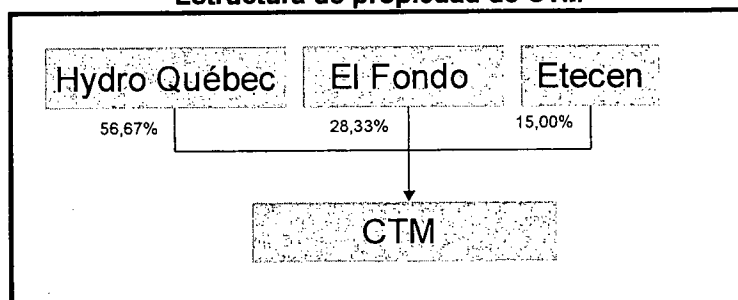
CONSIDERANDO:**I. Solicitud de Autorización Previa**

1. ISA es una empresa colombiana, cuyos principales accionistas son la República de Colombia (a través de su Ministerio de Hacienda y Crédito Público) y Empresas Públicas de Medellín E.S.P. - EPM, con el 59,2990% y 10,6819% de acciones, respectivamente¹. Dicha empresa participa del mercado eléctrico peruano a través de la propiedad directa e indirecta de dos empresas que realizan actividad de transmisión eléctrica, Red de Energía del Perú S.A. (en lo sucesivo, REP) e Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A. (en lo sucesivo, ISA Perú).
2. Los propietarios de REP son ISA, con el 30% de acciones, Transelca S.A. (en lo sucesivo, Transelca), con el 30%, y la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. (en lo sucesivo, EEB), con el 40%. Por su parte, el propietario con mayor participación en Transelca es ISA con el 64,99% de acciones, seguido de Ecopetrol S.A. (en lo sucesivo, Ecopetrol) con el 34,99%.
3. Los propietarios de ISA Perú son ISA, con el 54,86% de acciones; Transelca, con el 28,07%; y, el Fondo de Inversión en Infraestructura, Servicios Públicos y Recursos Naturales, con el 17,07%.
4. Asimismo, EEB es una empresa cuyo mayor propietario es el Distrito Capital de Bogotá, con un 81,5% de acciones, seguido de Ecopetrol, Luz de Bogotá S.A. y Capital Energía S.A., con 7,3%, 5,5% y 5,5% respectivamente.

¹ La participación restante se distribuye entre distintos accionistas con participaciones menores al 5%.

5. Por su parte, Consorcio Transmantaro S.A. (en adelante, CTM) es una empresa que realiza la actividad de transmisión eléctrica en el mercado peruano y se desempeña como concesionaria de la línea de transmisión Mantaro – Socabaya. Sus accionistas son Hydro Québec Internacional Inc. (en lo sucesivo, Hydro Québec), con un 56,67% de acciones; Fonds de Solidarité des Traveilleurs du Québec (en lo sucesivo, el Fondo), con el 28,33%; y, la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. (en lo sucesivo, Etecen), con el 15,00%.

Gráfico N° 1
Estructura de propiedad de CTM



Elaboración: ST/CLC

6. La operación de concentración para la cual se solicita la autorización previa, es la adquisición directa e indirecta del control de CTM por parte de ISA, a través de la compra de la totalidad de sus acciones en partes o tres etapas, tal como se detalla a continuación:

- (i) El 16 de mayo de 2006, ISA y EEB llegaron a un acuerdo con Hydro Québec para la compra de la totalidad de las acciones que esta última tiene en CTM. ISA adquiriría el 60% de dichas acciones mientras que EEB compraría el 40%.
- (ii) La adquisición de acciones de Hydro Québec incluye la posibilidad de que ISA y EEB también adquieran el 28,33% de acciones de propiedad del Fondo, en las mismas condiciones pactadas con Hydro Québec.

Según se señala en el Formulario de Notificación, en la invitación remitida por Hydro Québec, el Fondo había confirmado su intención de ejercer su derecho de venta conjunta con dicha empresa ("tag along right")². En ese sentido, complementariamente a la adquisición de acciones de Hydro Québec, ISA y EEB pretenden comprar el 28,33% de acciones que corresponden al Fondo.

- (iii) Adicionalmente, cuando se notificó la operación, ISA y EEB se encontraban a la espera de que se definan los pormenores para la transferencia al sector privado del 15% de acciones de CTM correspondientes a la empresa estatal Etecen, para efectos de hacer la propuesta de adquisición correspondiente.

Al respecto, mediante Escrito N° 4, del 20 de septiembre de 2006, ISA informó que el 14 de septiembre del mismo año, la Agencia de Promoción de

² Según el Acuerdo suscrito entre Hydro Québec y el Fondo el 25 de febrero de 2005, el Fondo cuenta con el derecho de vender sus acciones conjuntamente y en las mismas condiciones a las de Hydro Québec. Este derecho denominado "tag along right" permite que cuando el grupo de control negocie la venta de su paquete de acciones incluya a los accionistas minoritarios a pedido de éstos, para que así puedan beneficiarse del mejor precio.

la Inversión Privada - PROINVERSIÓN le adjudicó la buena pro al Consorcio ISA-EEB en la subasta efectuada para la venta del 15% de acciones que le correspondía a Etecen en CTM. No obstante, la empresa notificante señaló que el cierre de la operación se encuentra supeditado al pronunciamiento de la Comisión respecto del presente procedimiento.



ISA y EEB han decidido adquirir las acciones correspondientes al Fondo y a Etecen en la misma proporción en que han acordado adquirir las acciones de Hydro Québec, esto es, 60% la primera y 40% la segunda.

7. Cabe señalar que ISA contempla transferir el equivalente al 30% de acciones de CTM a Transelca, empresa que pertenece al mismo grupo económico y se encuentra bajo el control de ISA. Alternativamente, en un primer momento, en su notificación ISA señaló que podría utilizar como vehículo una empresa intermedia cuyas acciones serían 30% propiedad de ISA, 30% propiedad de Transelca y 40% de propiedad de EEB, esta empresa intermedia (con una composición accionaria igual a la de REP, la cual podría ser considerada como vehículo) recibiría en transferencia la titularidad del total de las acciones de CTM.

Sin embargo, posteriormente, mediante Escrito N° 5, del 12 de octubre de 2006, ISA precisó que luego de realizar el análisis respectivo, la adquisición de CTM se realizaría de manera directa sin la necesidad de utilizar un vehículo de inversión.

Por lo tanto, incluso si se transfiere un 30% a Transelca, ISA mantendría el control directo y/o indirecto del 60% de las acciones de CTM, siendo por ende quien la controlaría efectivamente de obtenerse la autorización del Indecopi.

8. En consecuencia, ISA solicitó a la Comisión la autorización de la adquisición directa y/o indirecta del control en CTM, lo que incluye no sólo la compra del 56,67% de acciones correspondientes a Hydro Québec, sino también la adquisición del 28,33% de acciones de titularidad del Fondo y del 15% de acciones que corresponden a Etecen.

Al respecto, ISA señaló que el hecho de que la compra del total de acciones de CTM se realice en tres partes o etapas no modifica la naturaleza del acto de concentración cuya autorización se solicita, es decir, la concentración de REP, ISA Perú y CTM bajo el control de ISA.

9. Asimismo, luego de la realización del acto de concentración, es decir, considerando la compra de todas las acciones de CTM, la estructura de propiedad de la empresa sería la siguiente:

Cuadro N° 1
Estructura de propiedad final de CTM

Accionista	Participación
ISA	30%
ISA (o Transelca)	30%
EEB	40%

Fuente: ISA

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

En tal sentido, de producirse la compra de acciones, ISA pasaría a controlar directa o indirectamente a CTM, con un 60% de participación, incluyendo eventualmente el porcentaje de Transelca.

10. Vista la operación notificada por ISA, mediante Resolución N° 068-2006-INDECOPI/CLC, esta Comisión consideró que tal como se estructuró la adquisición de la totalidad de acciones de CTM y la lógica económica de la operación bajo análisis, el acuerdo respecto de la adquisición de acciones de Hydro Québec, la eventual adquisición de acciones del Fondo (en ejercicio de su derecho de venta conjunta) y la adjudicación de la buena pro de las acciones de Etecen al Consorcio ISA - EEB, revelaban el carácter unitario de la operación, la cual llevaría a la adquisición de control por parte de ISA sobre CTM mediante tres etapas que finalmente tienen unidad de carácter.



11. Considerando que ISA participa en el mercado de transmisión eléctrica nacional y que con la operación adquiriría el control de CTM —empresa que desarrolla actividades de transmisión en el sector eléctrico peruano—, la Comisión calificó la operación notificada como una concentración que al superar el umbral del 15% establecido en la norma, se encontraba dentro del ámbito de aplicación de la Ley, por lo que se resolvió declarar procedente la solicitud de autorización previa.

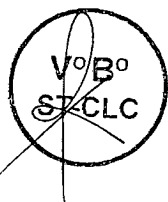
12. En consecuencia, de la solicitud de autorización previa presentada por ISA resta determinar si la operación de concentración representa una afectación a la libre competencia en los mercados relevantes del sector eléctrico nacional y/o en los mercados relacionados. Previamente, corresponde efectuar una breve descripción del sector eléctrico en el Perú.

II. El sector eléctrico en el Perú

2.1 Aspecto generales

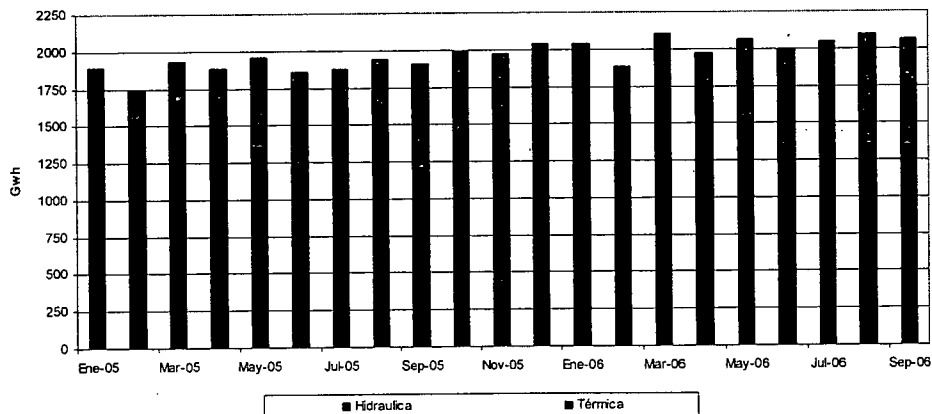
13. El sector eléctrico peruano ha experimentado profundos cambios estructurales en la década anterior, lo que ha significado pasar de una industria integrada bajo la gestión del Estado³, a una industria de propiedad diversificada (pública y privada) y desintegrada en sus fases productivas.

14. La actividad de generación comprende a la producción de energía eléctrica, la misma que se constituye en una fuente secundaria de energía, toda vez que se obtiene a través de la utilización del potencial hídrico, la energía nuclear, la combustión del carbón, leña, derivados del petróleo o gas natural. En el Perú, la producción de energía eléctrica proviene principalmente de la utilización del potencial hídrico, y en segundo lugar del potencial térmico (ver Gráfico N° 2). Este último comprende la combustión de carbón, petróleo, gas natural, entre otros (Ver Gráfico N° 3).



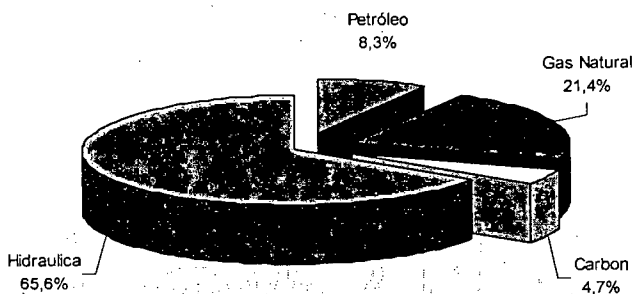
³ Que se constituía como un grupo empresarial verticalmente integrado que abarcaba todas las fases del sistema productivo desde la generación hasta la comercialización a los consumidores.

Gráfico N° 2
Producción de energía por empresas del SEIN
según fuentes de producción durante el 2005 - 2006

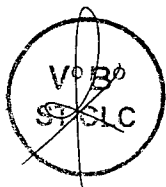


Fuente: COES
Elaboración: ST - CLC/INDECOPI

Gráfico N° 3
Producción de energía eléctrica por fuente de energía y
tipo de generación termoeléctrica en el 2006 (*)



(*) a Setiembre
Fuente: Osinerg
Elaboración: ST - CLC/INDECOPI



15. En general, las fuentes de generación no se encuentran próximas a las zonas de consumo, razón por la cual resulta necesaria la construcción de líneas de conexión entre aquellas, las llamadas redes de transmisión, lo que da origen a los denominados sistemas eléctricos. Un sistema eléctrico está constituido por productores, transportadores y consumidores⁴ de energía eléctrica. En el Perú, el principal sistema eléctrico se denomina "Sistema Eléctrico Interconectado Nacional" (en lo sucesivo, el SEIN), el cual interconecta al mayor número de generadores y consumidores⁵ en la costa, sierra y selva sur del país. La finalidad

⁴ Incluye clientes regulados, clientes libres y distribuidores.

⁵ De acuerdo a información de OSINERG en el 2005 participaron del SEIN 19 generadores, 7 transmisores, 20 distribuidores y 244 clientes libres.

de los sistemas interconectados es agrupar centros de consumo con generadores de distinto tipo y complementarios en sus características.

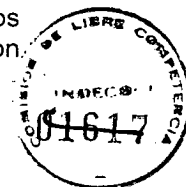
16. En la actualidad⁶, en la red de transmisión se pueden distinguir dos tipos de transporte de energía: el Sistema Principal de Transmisión (SPT) y el Sistema Secundario de Transmisión (SST). De forma amplia es posible mencionar que el SPT es común a todos los generadores y les permite comercializar energía en cualquier barra⁷ de ese sistema, mientras que el SST es la parte del sistema de transmisión que conecta a los generadores con el SPT o al SPT con los distribuidores.
17. La distribución es la provisión de electricidad a los consumidores finales en un área de concesión, por lo que los distribuidores pueden ser entendidos como grandes consumidores. En efecto, la actividad de distribución comprende el traslado de energía eléctrica desde las redes de transmisión hacia los consumidores finales en un área de concesión. En el Perú, la distribución y la venta minorista de electricidad son normalmente provistas por una misma empresa, por lo que la comercialización y la distribución se encuentran normalmente integradas.
18. Cabe precisar que, dadas las características intrínsecas de cada una de las actividades en la industria, no es posible introducir competencia en todas ellas. Así, la transmisión y distribución son entendidas como actividades con características de monopolio natural⁸, por lo cual será deseable en términos de eficiencia que sólo una empresa preste tales servicios. Caso distinto ocurre con la generación y comercialización, donde la competencia es deseable y posible, aunque respecto de esta última no se ha registrado mayor dinamismo.
19. Entre los mecanismos de competencia introducidos en las reformas estructurales de la década de los noventa, se encuentra el establecimiento de un mercado libre de regulación, en el cual participan como consumidores aquellos agentes que demandan más de un mega watt (1MW) de potencia, los denominados clientes no sujetos a regulación tarifaria o clientes libres. El precio al que los clientes libres se proveen de energía y potencia depende de su capacidad negociadora frente a las empresas generadoras.
20. En un principio, para los clientes libres, además del precio de la potencia y energía, también se dejaba a libre negociación los cargos por transmisión y distribución; sin embargo, con el objeto de promover la competencia, actualmente se encuentran regulados. Ello a efectos de evitar un posible comportamiento contrario a la libre competencia por parte de las empresas distribuidoras en contra de las generadoras y/o clientes libres, cuando estos últimos (sobre todo los de menos consumo) se ubicaban al interior de una área geográfica de concesión.

⁶ A pesar que la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, publicada el 23 de julio de 2006, incorpora dos nuevas denominaciones para las instalaciones de transmisión, los denominados Sistema Garantizado de Transmisión y Sistema Complementario de Transmisión, en la actualidad aún no existe infraestructura comprendida en dichas denominaciones. Ver: Capítulo Quinto de la Ley 28832.

⁷ Punto físico de retiro o ingreso de energía.

⁸ En la producción de un bien existe monopolio natural cuando la función de costos exhibe subaditividad para las cantidades demandadas, es decir cuando una sola firma es capaz de producir la cantidad que se demanda del bien en cuestión, a un costo menor al que tendrían dos o más firmas. Es el caso de aquellas industrias que requieren de grandes niveles de inversión inicial y poseen altos costos fijos, donde los costos medios y marginales de los productos disminuyen a medida que la cantidad de productos fabricados aumentan. Es de conveniencia social, por tanto, que existan un único oferente para estimular el abaratamiento del bien.

21. En el año 2005 en el Perú se registraron un total de 244 clientes libres, ubicados en todo el territorio de la república (ver Cuadro N° 2), 65% de los cuales fueron atendidos por empresas distribuidoras.



Cuadro N° 2
Clientes Libres por Departamento
(2005)

Departamentos	Clientes Libres
Amazonas	0
Ancash	4
Apurímac	1
Arequipa	10
Ayacucho	0
Cajamarca	2
Callao	32
Cusco	7
Huancavelica	5
Huánuco	1
Ica	17
Junín	9
La Libertad	4
Lambayeque	11
Lima	125
Loreto	0
Madre de Dios	0
Moquegua	1
Pasco	6
Piura	4
Puno	3
San Martín	1
Tacna	0
Tumbes	0
Ucayali	1
Total	244

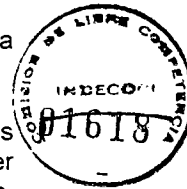
Fuente: MEM
Elaboración: ST – CLC/INDECOPI

22. En el marco de las reformas estructurales de los años noventa, y atendiendo a las características técnicas de la industria eléctrica, se creó el COES, con el objeto de operar eficientemente el sistema interconectado⁹. Dado que el almacenamiento de la energía eléctrica no es posible a bajo costo, se requiere de un perfecto balance entre la energía que es ingresada y retirada del sistema interconectado, a efectos de evitar una sobrecarga (cuando ingresa más energía de la que se retira) o una caída (cuando se retira más energía de la que se ingresa) del sistema. El organismo a cargo de la administración del mencionado balance es el COES, el cual designa la cantidad y periodo en que cada planta generadora debe ingresar energía al sistema, entre otros.

23. En ese contexto, el COES tiene el encargo de asignar los recursos energéticos para la generación de electricidad de forma que el sistema opere al mínimo costo, pero garantizando la seguridad, calidad y oportunidad del suministro eléctrico. En ese sentido, el COES tiene la facultad de ordenar que vayan ingresando a producir energía, en cada momento, las centrales del sistema que tienen menores costos marginales, hasta que la demanda queda satisfecha¹⁰. El costo marginal más alto

⁹ En un principio existían dos COES que respondían a dos sistemas interconectados distintos, el Centro – Norte y el Sur. Posteriormente, con la conexión de ambos sistemas, ambos COES pasaron a formar uno solo, el COES del Sistema Interconectado Nacional o COES – SINAC.

¹⁰ Para mayor información véase: Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, Indecopi. *Competencia en el mercado de clientes finales de energía eléctrica no sujetos a regulación de precios*, año 2000.



que cubre toda la demanda en cada momento será el costo marginal del sistema en cada uno de esos momentos¹¹.

24. En las transacciones al interior del COES, dado que los productores son llamados a producir según sus costos variables —de menor a mayor— a efecto de satisfacer la demanda en cada periodo, se introduce un primer mecanismo de competencia, toda vez que las empresas pueden esforzarse en producir energía a menores costos, y de esta manera, ser llamadas a producir en mayor número de oportunidades. Posteriormente, el COES realiza una compensación entre las empresas generadoras, de forma que las que produjeron menos energía de la que tenían comprometida a producir, compensen a las que se encuentran en la situación opuesta.

2.2 La transmisión eléctrica en el Perú

25. En el Perú, el principal sistema de transmisión eléctrica es el "Sistema Eléctrico Interconectado Nacional" - SEIN, el cual interconecta al mayor número de generadores y consumidores en la costa, sierra y selva sur del país. La finalidad del SEIN es vincular centros de consumo con generadores de distinto tipo y complementarios en sus características. Durante el año 2005 fueron siete (7) las empresas que conformaron el SEIN, las cuales se listan en el cuadro a continuación.

Cuadro N° 3
Empresas de Transmisión Eléctrica del SEIN
Año 2005

Entidad Transmisora
REP - Red de Energía del Perú
Consorcio Transmantaro SA
REDESUR - Red Eléctrica del Sur SA
Interconexión Eléctrica ISA Perú SA
Eteselva SRL
CONENHUA - Consorcio Energético de Huancavelica SA
DEPOLT - Proyecto Especial Olmos Tinajones

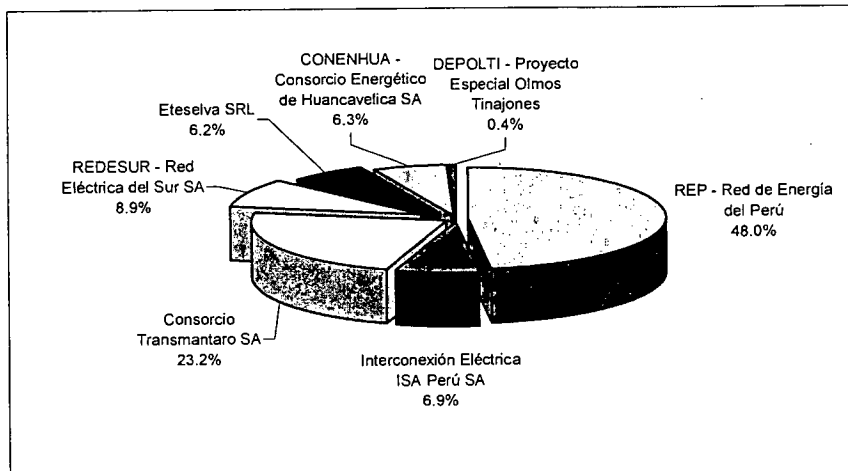
Fuente: Osinerg
Elaboración: Osinerg

26. El SEIN posee una extensión en sus líneas de transmisión equivalente a 14 891 Km. de los cuales 2 510 Km. pertenecen al SPT, mientras que los restantes 12 382 Km. pertenecen al SST.

27. La transmisión de energía eléctrica se caracteriza por tener dos (2) grandes empresas que en forma conjunta, medidos en términos de facturación, poseen una participación superior al 70% de dicho mercado. En particular, REP posee una participación equivalente al 48,0%, mientras que CTM tiene una participación del 23,2% (ver Gráfico N° 4).

¹¹ En el caso peruano, para efectos del despacho de energía, se entiende al costo marginal como el costo variable auditado de la última central que entra a producir, es decir, el menor costo al que es posible producir suficiente energía para satisfacer la demanda.

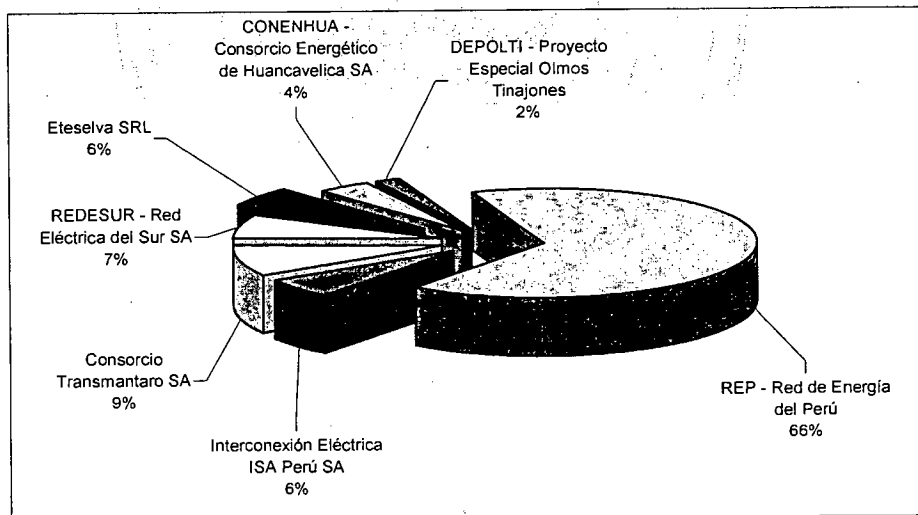
Gráfico N° 4
Participación de las Empresas Transmisoras
en el Mercado del SEIN
(Facturación- 2005)



Fuente: Osinerg
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

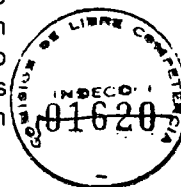
28. Asimismo, REP tiene 4 341,5 Km. de líneas de transmisión, lo que representa el 66% de la red de transmisión, respecto de aquellas empresas dedicadas a la transmisión eléctrica, y CTM posee una extensión de 603 Km. de líneas de transmisión, lo que representa 9% de la red (ver Gráfico N° 5). En consecuencia, es posible establecer de manera preliminar que, tanto en términos de facturación como de longitud de líneas, el mercado de transmisión de energía eléctrica es un mercado concentrado, con la participación mayoritaria de dos empresas: REP y CTM.

Gráfico N° 5
Participación de las Empresas Transmisoras en el Mercado del SEIN
(Líneas de Transmisión - 2005)



Fuente: Minem
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

29. Adicionalmente, cabe resaltar la presencia en el SEIN del grupo económico liderado por ISA, el mismo que agrupa a REP e ISA Perú. Ambas empresas en forma conjunta obtuvieron en el año 2005 una facturación de S/. 211 988 120, lo que representó casi el 55% del mercado. En términos de la extensión de las líneas de transmisión, respecto de aquellas empresas dedicadas a la transmisión eléctrica, la participación del grupo económico en cuestión se ubicó en un 72%.



Cuadro N° 4
Participación por Grupo Económico

	Grupo Económico	Participaciones por facturación (*) (%)	Participaciones por la longitud de línea de transmisión (*) (%)
1	REP - Red de Energía del Perú (Grupo ISA) Interconexión Eléctrica ISA Perú SA (Grupo ISA)	54,9%	72%
2	Consorcio Transmataro SA (CTM)	23,2%	9%
3	REDESUR - Red Eléctrica del Sur SA	8,9%	7%
4	Eteselva SRL	6,2%	6%
5	CONENHUA - Consorcio Energético de Huancavelica SA	6,3%	4%
6	DEPOLTI - Proyecto Especial Olmos Tinajones	0,4%	2%
	Total	100,0%	100%

(*) Participación del año 2005
Fuente: OSINERG y Mem
Elaboración: ST - CLC/INDECOPI

30. A efectos de analizar la concentración en el mercado de transmisión eléctrica, se ha procedido a calcular el índice de Herfindahl Hirschman (HHI) considerando la participación por grupo económico. Asimismo, se estimó el impacto de la operación de concentración notificada en la variación del mencionado índice y lo que ello representa para la composición del mercado.
31. En el siguiente cuadro se observa que el índice de concentración en la actual configuración del mercado se ubica en 3 709 puntos, lo que evidencia la existencia de un mercado altamente concentrado¹²; por su parte, de aprobarse el acto de concentración bajo análisis, el HHI ubicaría su valor en 6 257 puntos, lo que representa un incremento superior al 68% (2 548 puntos) en su valor, evidenciando un incremento significativo en la concentración del mercado.

Cuadro N° 5
Índice de Concentración HHI

N° de orden	Grupo Económico	Participaciones por facturación (*) (%)	
		Sin CTM	Con CTM
1	REP - Red de Energía del Perú (Grupo ISA) Interconexión Eléctrica ISA Perú SA (Grupo ISA)	54,9	78,1
2	Consorcio Transmataro SA (CTM)	23,2	
3	REDESUR - Red Eléctrica del Sur SA	8,9	8,9
4	Eteselva SRL	6,2	6,2
5	CONENHUA - Consorcio Energético de Huancavelica SA	6,3	6,3
6	DEPOLTI - Proyecto Especial Olmos Tinajones	0,4	0,4
	Índice de Herfindahl Hirschman (HHI)	3 709,8	6 257,1

(*) Participación para el año 2005
Fuente: OSINERG
Elaboración: ST - CLC/INDECOPI

¹² Mayor información: *Horizontal Merger Guidelines*, Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión Federal de Comercio.



32. Cabe señalar que el servicio de transmisión eléctrica se presta a través de infraestructura con características de monopolio natural¹³, razón por la cual, más que competencia entre las redes de transmisión existe una situación de complementariedad entre ellas, otorgándoles a las empresas prestadoras del servicio, por las características propias del monopolio natural, posición de dominio en la transmisión dentro del ámbito de cobertura de su red.

33. Sin embargo, considerando la existencia de posición de dominio dentro del ámbito de cobertura de la red y la presencia de economías de escala¹⁴ en la operación, mantenimiento y/o ampliación de la misma (característica de los monopolios naturales), el aumento de la concentración en el mercado nacional de transmisión eléctrica incrementa o refuerza la ventaja en la competencia ex ante (o competencia por el mercado) de aquellas empresas o grupos económicos que poseen mayor participación.

III. Análisis de los efectos de la operación de concentración

34. Habiéndose determinado que el acto de concentración notificado por ISA se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley y su reglamento¹⁵, corresponde profundizar el análisis respecto de sus probables eficiencias y efectos sobre la competencia.

3.1. Eficiencias de la operación de concentración

35. El servicio de transmisión eléctrica se presta a través de infraestructura con característica de monopolio natural, por lo tanto, bajo determinadas consideraciones es deseable la presencia de una única empresa prestadora del servicio; dicha situación permite la obtención de eficiencias que en otras circunstancias podrían resultar muy difíciles de obtener, y que guardarían directa relación con el tamaño (la escala) de la empresa en el mercado.

36. Conforme a lo señalado por ISA, la operación de concentración bajo análisis permitiría generar incrementos en la confiabilidad y seguridad del sistema eléctrico bajo su administración, lo cual, finalmente, resultaría beneficioso para los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica, además de la obtención de economías a escala, mejoras en los procesos, entre otros.

37. La confiabilidad y seguridad son características deseables en la transmisión eléctrica, y redundan en la calidad del servicio, la cual se mide por la continuidad del mismo. La continuidad del servicio guarda directa relación con la capacidad de controlar el flujo de energía y la detección de posibles cortes. En ese sentido, mediante la operación de concentración notificada se incrementaría el número de Centros de Control disponibles para garantizar la continuidad del servicio, contribuyendo de esa forma a mejorar su calidad, brindándole confiabilidad y seguridad al sistema.

¹³ Ver pie de página 8.

¹⁴ Las economías de escala (o economías crecientes de escala) son producto de la disminución de los costes unitarios de fabricación debido a que al aumentar la cantidad de todos los inputs utilizados en la producción en un porcentaje, el output producido aumenta en mayor porcentaje. Por lo tanto, los costes fijos se reparten entre más unidades de producto y la producción resulta más barata por término medio cuanto mayor es el empleo de todos los recursos y el producto aumenta.

¹⁵ Resolución N° 068-2006-INDECOPI/CLC.



38. Asimismo, la operación de concentración notificada permitiría la obtención de economías a escala que se reflejarían, entre otros, en:

- Operación en tiempo real del sistema de transmisión.
- Programación de operaciones.
- Evaluación de la operación (análisis de perturbaciones, coordinación del sistema de protección, entre otros).
- Planificación del sistema de transmisión.
- Planeación, ejecución y control de las actividades de mantenimiento.

Así como, la reducción de costos, por compras por volumen, en la adquisición de repuestos, equipos de prueba, herramientas especializadas, entre otros.

39. Adicionalmente, según manifiesta ISA, los procesos de operación y mantenimiento del sistema de las instalaciones de CTM serían integrados a los que dispone REP, lo que lograría sinergias en los trabajos realizados.

40. Mediante un modelo simulado de proyección de fallas del sistema eléctrico, ISA ha cuantificado las ventajas que se derivarían de concretarse la operación notificada, señalando que los beneficios para el sistema y los usuarios por la mejor calidad del servicio del sistema de transmisión de CTM serían del orden de US\$ 400 000 (cuatrocientos mil dólares americanos).

41. En consecuencia, la operación de concentración notificada podría generar mejoras técnicas en la prestación del servicio, a través de la mejora en su confiabilidad, seguridad y calidad, la obtención de economías a escala, entre otros, lo que finalmente derivaría en beneficio para los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica.

3.2. Mercado de clientes libres, clientes regulados y generación eléctrica

42. Con relación a la probable afectación a la competencia que el acto de concentración notificado podría provocar en mercados tales como el de clientes libres, clientes regulados, y generación eléctrica, esta Comisión coincide con lo manifestado por los organismos consultados¹⁶, en que, bajo el actual marco regulatorio, no existiría la posibilidad de que ISA pueda variar las condiciones de competencia, pues en dichos mercados en particular las actividades de ISA se encuentran reguladas y/o restringidas.

43. Dadas las condiciones mediante las cuales el Estado ha transferido la prestación del servicio de transmisión eléctrica al sector privado, las empresas que participan en la operación de concentración, tienen garantizados y limitados los ingresos por la prestación del mencionado servicio.

44. En efecto, la formula considerada para establecer los ingresos de las empresas transmisoras parte del presente procedimiento, les garantiza un ingreso por la prestación del servicio de transmisión eléctrica, independientemente del flujo de energía que transite por sus líneas, en el extremo, el flujo de energía podría reducirse a la mitad, o duplicarse, y las empresas seguirían percibiendo el mismo ingreso calculado.

¹⁶ Al respecto, ver Informe MEM/DGE N° 024-2006 remitido mediante Oficio N° 1091-2006-MEM/DGE del 6 de octubre de 2006 por MEM e Informe OSINERG-GART/DGT N° 086-2006 remitido mediante Oficio N° 079-2006-OSINERG-OEE del 26 de octubre de 2006 por el Osinerg.



45. En ese sentido, al separar el ingreso de la empresa del flujo de energía que transita por sus líneas, se restringe el incentivo para que ésta realice acciones conducentes al incremento de la tarifa de transmisión, pues, de ser el caso, la empresa no obtendrían beneficio de dicha acción. Adicionalmente, cabe señalar que la tarifa por transmisión eléctrica se encuentra regulada por el Osinerg, entidad que en base a procedimientos técnicos establece el valor de la misma.¹⁷

46. Por lo tanto, de lo señalado, y considerando que existe normativa específica respecto de la obligatoriedad de interconexión con generadores y distribuidores,¹⁸ es posible establecer que la presente operación de concentración no afectaría la competencia en el mercado de clientes libres, clientes regulados y generación eléctrica.

3.3. El Comité de Operación Económica del Sistema - COES

47. Previamente a realizar el análisis sobre el impacto de la operación de concentración en el funcionamiento del COES, corresponde describir cómo cambiará la toma de decisiones al interior del referido ente colectivo, considerando que con la entrada en vigencia de la Ley 28832¹⁹, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica²⁰, se han derogado los artículos 39, 40 y 41 del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas²¹ y se han efectuado modificaciones respecto de normas que regulaban su funcionamiento.

En este punto, cabe destacar que según se señala en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 28832, el COES deberá adecuarse y elegir a su nuevo Directorio de conformidad con lo establecido en dicha norma, dentro de los ciento veinte (120) días siguientes a la publicación del Reglamento, el cual aún se encuentra pendiente de ser expedido por el gobierno.

48. En la norma anterior, la finalidad del COES era primordialmente coordinar la operación del sistema al mínimo costo, garantizando la seguridad del abastecimiento de energía eléctrica y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos.²²

Tomando en cuenta la finalidad señalada, las principales funciones del COES establecidas en el derogado artículo 41 de la LCE son:

- a) Planificar la operación del sistema interconectado, comunicando a sus integrantes para que operen sus instalaciones de acuerdo a los programas resultantes;
- b) Controlar el cumplimiento de los programas de operación y coordinar el mantenimiento mayor de las instalaciones;

¹⁷ Artículo 60 de la LCE y Artículos 132 a 141 del Reglamento de la LCE.

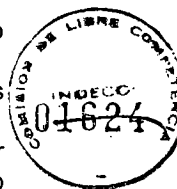
¹⁸ Artículo 33 de la LCE.

¹⁹ Publicada el 23 de julio de 2006.

²⁰ Según se señaló, tal como lo establece la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, el Poder Ejecutivo (gobierno) expedirá el reglamento para la aplicación de dicha ley, dentro de los ciento ochenta (180) días calendario, siguientes a la fecha de su publicación.

²¹ Disposición Complementaria Derogatoria Única de la Ley 28832.

²² Artículo 39 de la LCE, derogado por la Ley 28832.



- c) Calcular los costos marginales de corto plazo del sistema eléctrico de acuerdo al procedimiento que establezca el Reglamento de la LCE;
- d) Calcular la potencia y energía firme de cada una de las unidades generadoras de acuerdo al procedimiento que establece la LCE y su Reglamento;
- e) Garantizar a sus integrantes la compra o venta de energía, cuando por necesidades de operación económica del sistema, se requiera la paralización o el funcionamiento de sus unidades fuera de la programación. Estas transacciones se efectuarán a costos marginales de corto plazo del sistema;
- f) Garantizar a todos los integrantes la venta de su potencia contratada, hasta el límite de su potencia firme, a precio regulado. Ningún integrante podrá contratar con sus usuarios, más potencia firme que la propia o la contratada a terceros; y,
- g) Otras que señale expresamente el Reglamento de la LCE.

49. Con la nueva ley se establece que además de la coordinación que implica la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN, el COES también se encargará de planificar el desarrollo de la transmisión en el SEIN y administrar el Mercado de Corto Plazo²³.

Asimismo, se señala que el COES es una entidad privada sin fines de lucro y con personería de Derecho Público que se encuentra conformada por todos los Agentes del SEIN, es decir, los generadores, transmisores, distribuidores y usuarios libres, y sus decisiones son de obligatorio cumplimiento por dichos agentes.²⁴

Con la entrada en vigencia de la Ley 28832 y una vez expedido el Reglamento, se modificarán las funciones del COES, de manera que entre aquellas funciones de interés público que se le encargan, en el artículo 13 de la norma se reconocen las siguientes:

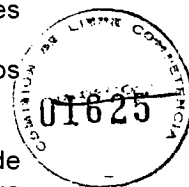
- a) Elaborar la propuesta del Plan de Transmisión para su aprobación por el Ministerio de Energía y Minas;
- b) Elaborar los procedimientos en materia de operación del SEIN y administración del Mercado de Corto Plazo, para su aprobación por Osinerg;
- c) Asegurar el acceso oportuno y adecuado de los interesados a la información sobre la operación del SEIN, la planificación del sistema de transmisión y la administración del Mercado de Corto Plazo;
- d) Asegurar condiciones de competencia en el Mercado de Corto Plazo; y,
- e) Procurar las mejoras tecnológicas que aseguren el eficiente cumplimiento de sus funciones.

De igual manera, en el artículo 14 de la Ley 28832, se establece que el COES tendrá a su cargo las siguientes funciones administrativas:

- a) Desarrollar los programas de operación de corto, mediano y largo plazo, así como disponer y supervisar su ejecución;
- b) Programar y coordinar el mantenimiento mayor de las instalaciones de generación y transmisión;
- c) Coordinar la operación en tiempo real del SEIN;
- d) Coordinar la operación de los enlaces internacionales y administrar las Transacciones Internacionales de Electricidad;
- e) Calcular los costos marginales;

²³ Mercado de Corto Plazo: Mercado en el cual se realizan las Transferencias de potencia y energía, determinadas por el COES.

²⁴ Artículo 12 de la Ley 28832.



- f) Calcular la potencia y energía firmes de cada una de las unidades generadoras;
- g) Determinar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES;
- h) Administrar el Mercado de Corto Plazo;
- i) Asignar responsabilidades en caso de trasgresiones a la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos así como calcular las compensaciones que correspondan;
- j) Planificar y administrar la provisión de los Servicios Complementarios que se requieran para la operación segura y económica del SEIN; y,
- k) Resolver divergencias o controversias derivadas de la aplicación de la Ley, del Reglamento, Normas Técnicas, Procedimientos y demás disposiciones complementarias, dentro del ámbito de su competencia, así como los recursos impugnativos que se interpongan contra sus decisiones.

Finalmente, las decisiones del COES que afecten a los Usuarios Regulados, pueden ser impugnadas ante el Tribunal de Solución de Controversias de Osinerg quien resuelve como última instancia administrativa.

50. El actual COES está constituido por la Asamblea, el Directorio y la Dirección de Operaciones, sin embargo, con la nueva norma los órganos de gobierno del COES serían la Asamblea, el Directorio y la Dirección Ejecutiva.²⁵

51. La Asamblea actual está constituida por los representantes de las empresas generadoras y transmisoras integrantes del COES, contando con las siguientes funciones: (i) la aprobación y/o modificación de los Estatutos del COES (cuando sea el caso); (ii) la designación de los miembros del Directorio; y, (iii) la aprobación del presupuesto anual y los estados financieros del COES.²⁶ A efectos de tomar las decisiones señaladas en los literales (i) y (iii), cada integrante tiene derecho a un voto.

Con relación a los acuerdos de la Asamblea relativos a la elección de los miembros del Directorio en actividad, el artículo 85 del Reglamento de la LCE establece que aquel cuenta con nueve (9) directores: ocho (8) designados por los integrantes de las empresas de generación y uno (1) designado por los integrantes de las empresas de transmisión.

En este mecanismo de elección del Directorio destacan la elección de directores de generación, considerando a los grupos económicos como un solo votante así como la elección rotativa del director de transmisión.²⁷

²⁵ Artículo 15 de la Ley 28832.

²⁶ Artículo 84 del Reglamento de la LCE.

²⁷ Bajo este esquema, la elección del Directorio se realiza de la siguiente manera:

- *Elección de los ocho (8) directores de generación:* Para la elección de estos directores, cada generador tenía derecho a tantos votos como número entero de MW de potencia efectiva tenga su parque generador multiplicado por ocho (8).

En esta elección, cada votante podía acumular sus votos a favor de una sola persona o distribuirlos entre dos (2). Los grupos económicos eran considerados como un solo votante.

Se proclaman Directores a quienes obtengan el mayor número de votos, siguiendo el orden de éstos. Si dos (2) o más personas obtienen igual número de votos y no pueden formar todos parte del Directorio por no permitirlo el número de Directores establecido para representantes de generación, por sorteo se determinaba cuál o cuáles de dichas personas debían ser los Directores.



52. Por otro lado, en la Ley 28832, la Asamblea, como órgano supremo del COES, tiene como funciones las siguientes:

- Designar y remover, según corresponda, al Presidente del Directorio y fijar la remuneración del Presidente y de los Directores;
- Aprobar el presupuesto anual;
- Designar o delegar en el Directorio la designación de los auditores externos;
- Pronunciarse sobre la gestión y los resultados económicos del ejercicio anterior, expresados en los estados financieros;
- Aprobar y modificar los estatutos del COES.²⁸

Conforme a la Ley 28832, la Asamblea estará integrada por los Agentes del SEIN, agrupados en cuatro subcomités: uno de Generadores, uno de Distribuidores, uno de Transmisores y uno de Usuarios Libres.²⁹

Con esta nueva composición, los acuerdos de la Asamblea, para cada decisión, se adoptan cuando se alcance en la votación un puntaje superior al 66,7% del puntaje máximo total. El puntaje total a favor de una determinada decisión resulta de sumar el puntaje a favor de todos los subcomités. El puntaje de cada subcomité será igual al cociente del número de sus integrantes que votó a favor de una determinada decisión, entre el número total de los integrantes que lo conforman.³⁰

Sin embargo, recién con el Reglamento de la Ley 28832 se establecerán los requisitos de convocatoria, quórum y demás aspectos relativos a la celebración de la Asamblea.³¹

53. Con relación al Directorio, la Ley 28832 le encarga cumplir con las funciones de interés público y las funciones administrativas atribuidas al COES que han sido establecidas en los artículos 13 y 14 de la norma, asimismo, la norma busca una actuación independiente y técnica de sus miembros brindando transparencia respecto de sus decisiones.³²

- Elección del único (1) director de transmisión: El Reglamento de la LCE establece que la elección del único director de los transmisores se realiza de manera rotativa entre ellos.*

El Estatuto del COES – SINAC precisa que al transmisor que cuente con el mayor número entero de kilómetros de líneas de transmisión calificadas como parte del SPT, le corresponde nombrar al primer director. La rotación para el cambio del director de transmisión será en orden decreciente de acuerdo a los kilómetros de línea de cada transmisor.

Cabe señalar, que conforme al artículo 85 del Reglamento de la LCE, en caso de que un grupo económico con empresas verticalmente integradas hubiera elegido dos (2) directores de generación, no podrá designar, en su oportunidad, al único director de transmisión del COES; y si dicho grupo hubiera decidido designar a este último, sólo podrá participar con sus votos en la designación de un (1) solo director de generación. En este supuesto, el Estatuto del COES – SINAC prescribe que se respetará el orden decreciente descrito en el párrafo precedente, omitiéndose u obviándose a quien se encuentre impedido de realizar la designación del director de transmisión, por haber designado a dos (2) directores de generación.

²⁸ Artículo 16.1. de la Ley 28832.

²⁹ Artículo 16.2 de la Ley 28832.

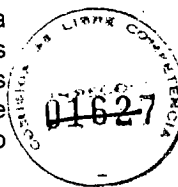
³⁰ Artículo 16.3 de la Ley 28832.

³¹ Artículo 16.4 de la Ley 28832.

³² **Ley 28832.-**

Artículo 17.- El Directorio del COES

17.1. El Directorio es el responsable del cumplimiento de las funciones señaladas en los artículos 13° y 14° de la presente Ley. Los Directores no estarán sujetos a mandato imperativo ni a subordinación jerárquica. En el desempeño de sus funciones deberán actuar de manera independiente, imparcial y técnica.



54. Por último, en la Ley 28832, la Dirección Ejecutiva estará constituida por la Dirección de Operaciones y la Dirección de Planificación de Transmisión, cuyas funciones serán establecidas en el Reglamento. El Director Ejecutivo es seleccionado por el Directorio y sólo podrá ser removido por aquel en caso de incapacidad o falta grave, debidamente comprobada y fundamentada, con el voto de al menos cuatro (4) Directores.³³
55. Finalmente, cabe señalar que, de manera similar a lo ya contemplado en la LCE, será materia de fiscalización por parte del Osinerg el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES.³⁴
56. De lo señalado, resulta evidente la importancia del COES para el funcionamiento del SEIN y el desarrollo del sector eléctrico nacional, tanto a nivel de operación como de planificación. Asimismo, conforme se recoge de la normativa sobre esta materia, resulta de particular importancia la independencia de las decisiones al interior del COES respecto de los intereses de las empresas o grupos económicos que lo conforman.
57. En ese sentido, esta Comisión considera que de concretarse la operación de concentración, con la actual configuración y conformación del COES, no se incrementaría la posibilidad de que alguna de las empresas involucradas mejore su capacidad de imponer su posición en dicho organismo. Por lo tanto, con la actual conformación del COES, la operación de concentración notificada no alteraría las condiciones de competencia relacionadas con él.
58. Sin embargo, con relación a la nueva estructura que adoptará el COES, y considerando lo establecido en el numeral 2 del artículo 16 de la Ley 28832 y lo señalado por el MEM³⁵ mediante su escrito del 6 de octubre de 2006; actualmente existen cinco empresas que conformarían el Subcomité de Transmisores del COES (REP, CTM, Eteselva S.R.L., ISA Perú y Red Eléctrica del Sur S.A.), de las

17.2 El Directorio está integrado por cinco (5) miembros, por un periodo de cinco (5) años, cuatro (4) en representación de cada uno de los subcomités establecidos en el numeral 16.2 del artículo 16° de la presente Ley y uno designado por la Asamblea, quien lo presidirá.

17.3 El Presidente y los miembros del Directorio deberán tener un mínimo de diez (10) años de experiencia profesional en el sector eléctrico. Mientras ejerzan su cargo, están prohibidos desempeñar actividades para la Administración Pública bajo cualquier modalidad; así como poseer vínculos laborales, comerciales o financieros con los Agentes, sus empresas vinculadas, o con los accionistas mayoritarios de las mismas. La única excepción a las restricciones señaladas es la actividad docente.

Una vez que cesen en el ejercicio del cargo estarán sujetos a las mismas prohibiciones por el lapso de un (1) año, periodo durante el cual percibirán la misma remuneración del periodo en ejercicio, salvo que hayan cometido falta grave.

17.4 Los miembros del Directorio sólo pueden ser removidos por la Asamblea en caso de incapacidad o falta grave, debidamente comprobada y fundamentada.

17.5 El Directorio debe informar periódicamente a los Agentes, al Ministerio y al OSINERG los hechos, actos, acuerdos y decisiones de importancia que puedan afectar la operación del sistema, del Mercado de Corto Plazo y/o de la Planificación de la Transmisión. Dicha información debe ser publicada en el portal de Internet del COES junto con la respectiva documentación de sustento.

Artículo 18 de la Ley 28832.

Literal c) del artículo 101 de la LCE, según modificación efectuada por la Disposición Complementaria Modificatoria Única de la Ley 28832, cuyo texto modificado señalaba:

Artículo 101.- Es materia de fiscalización por parte del Osinerg:

(...)

c) El cumplimiento de las funciones asignadas por la presente Ley y su Reglamento a los Comités de Operación Económica del Sistema – COES.

(...)

³⁵ Entidad responsable de la elaboración del Reglamento de la Ley 28832.



cuales, de concretarse la operación, ISA ejercería control sobre tres de ellas (REP, CTM e ISA Perú).

59. Este escenario le podría permitir a ISA tener una injerencia preponderante en las decisiones que se adopten en el referido subcomité, y a través de éste, en las decisiones de los órganos de gobierno del COES³⁶, y eventualmente en otros escenarios, en donde el futuro reglamento de la Ley 28832 lo permita.
60. Considerando que la injerencia preponderante en las decisiones en el Subcomité de Transmisión por parte de ISA podría alterar la independencia respecto de intereses particulares en las decisiones al interior del COES, la Secretaría Técnica recomendó a esta Comisión establecer restricciones al accionar del grupo económico conformado por la empresa notificante, a efectos de garantizar la independencia en la toma de decisiones en el COES.
61. A su vez, se señaló que dichas limitaciones deben tener por efecto garantizar que las decisiones en las instancias correspondientes respondan a la mejor alternativa para la operación y/o planificación del COES, y no a intereses particulares de sus integrantes, lo que se lograría a partir de evitar la preeminencia de los intereses de ISA en cualquier nivel de decisión en el COES.
62. Sobre la atribución de la Comisión para imponer limitaciones a las empresas que forman parte de la operación de concentración, el artículo 28 del Reglamento de la Ley, establece que dicho órgano funcional podrá sujetar la autorización de una operación al cumplimiento de ciertas condiciones que considere necesarias para evitar que la concentración empresarial tenga por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades del sector eléctrico.³⁷
63. No obstante, considerando que las medidas o condiciones a ser dictadas por la Comisión al grupo empresarial que integra la empresa notificante, pueden implicar una restricción a los derechos de tales empresas, las condiciones deberán necesariamente cumplir con el principio de razonabilidad³⁸ que debe guiar la actuación de la autoridad administrativa. Para ello, la medida dictada debe superar el test de razonabilidad³⁹.

³⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 28832.

³⁷ **Reglamento de la Ley 26876.-**

Artículo 28.- Establecimiento de condiciones por la Comisión. La decisión de la Comisión podrá sujetar la autorización al cumplimiento de ciertas condiciones que considere necesarias para evitar que la Operación de Concentración tenga el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las Actividades o en los mercados relacionados, según lo dispuesto en el Artículo 5 inciso a) de la Ley.

³⁸ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.-**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

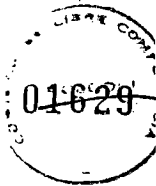
1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

(...)

³⁹ El test de razonabilidad consta de dos etapas: (i) una primera, la del llamado análisis de causalidad, donde se deberá determinar si la restricción a aplicarse responde a un fin lícito, o por lo menos, no prohibido por el ordenamiento jurídico nacional; y, (ii) una segunda, donde se analice la proporcionalidad de la medida con la finalidad que se persigue.



64. Así, con la finalidad de evitar la preponderancia por parte de ISA en las decisiones al interior del COES, y los problemas que aquello podría acarrear en su operación y planificación, se debe restringir el derecho de la empresa solicitante a ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones, en cualquier instancia de decisión al interior del COES. Por lo tanto, en concordancia con la fórmula señalada por el MEM⁴⁰, correspondería condicionar la realización de la presente operación de concentración a que las empresas relacionadas con ISA, en conjunto, ejerzan una única opción de decisión como grupo económico.

En otras palabras, en la instancia correspondiente, el grupo económico liderado por ISA podrá utilizar un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

65. A criterio de la Comisión, la condición propuesta cumple con el test de razonabilidad toda vez que: (i) en el análisis de causalidad, la restricción responde al fin lícito de mantener la independencia en todas las instancias de decisión del COES en procura del mejor funcionamiento del sistema eléctrico; y, (ii) en el análisis de proporcionalidad de la medida con la finalidad que se persigue, se considera que:

- Cumple con el análisis de idoneidad, toda vez que la restricción impuesta a ISA en su participación en las instancias del COES, es idónea para fomentar el objetivo legítimo consistente en asegurar una operación del COES que no responda a los intereses particulares de una empresa determinada, sino a la mejor operación del sistema eléctrico.
- Cumple con el análisis de necesidad, pues no existe otro mecanismo alternativo que permita evitar una eventual afectación a la independencia en la toma de decisiones en todas las instancias del COES.
- Cumple con el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, pues por un lado, se trata de la medida menos gravosa para el grupo económico integrado por ISA, limitándose a restringir los derechos de voto de las empresas que lo conforman, únicamente cuando sean empleados para imponer su posición al interior del COES, y por otro, le permite proceder con la operación de concentración y seguir participando en los órganos del COES.

Adicionalmente, debe señalarse que el análisis de proporcionalidad, al cual hemos hecho referencia, consta de los siguientes elementos:

- Un análisis de idoneidad, en virtud del cual toda injerencia en un derecho fundamental debe ser idónea para fomentar un objetivo legítimo, lo cual supone dos cosas: la legitimidad del objetivo y la idoneidad de la medida.
- Un análisis de necesidad, en virtud del cual se examina que no haya ningún otro medio alternativo para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno para el administrado, de tal manera que se haga necesaria la afectación del derecho.
- Y, finalmente, un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, en virtud del cual la legitimidad de la injerencia sobre un derecho fundamental (v.g. restricción al derecho de acceso a la información) dependerá del grado de realización del objetivo de tal injerencia, debiendo ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose para ello dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

⁴⁰ Escrito del 6 de octubre de 2006.

66. Finalmente, considerando que en algunos casos, la restricción impuesta a ISA podría llevar a una situación de indeterminación en la adopción de decisiones de la instancia correspondiente del COES, corresponde solicitar al gobierno a través del Ministerio de Energía y Minas, que incorpore en el Reglamento de la Ley 28832 los mecanismos o designaciones correspondientes para establecer una dirimencia.

3.4. Inversiones en el sector eléctrico

67. Tal como ha sido señalado en la sección 2.2, la actual configuración del mercado de transmisión eléctrica ubica a ISA como el agente con mayor participación (considerando, entre otros, el nivel de facturación y extensión de redes). Dicha participación se vería reforzada y/o incrementada de aprobarse la solicitud de autorización bajo análisis.

68. Considerando la situación del mercado de transmisión, caracterizado principalmente por la condición de monopolio natural⁴¹, resulta evidente la posición de dominio que ISA ostenta en la prestación del servicio de transmisión eléctrica en el ámbito de sus redes, situación que ha sido reconocida por la propia empresa⁴², que se trasladaría a la competencia por el mercado, y que se vería reforzada y/o incrementada de proceder la presente operación de concentración.

69. Una empresa que goza de posición de dominio es aquella que puede fijar sus precios y condiciones de venta sin oposición por parte de sus competidores, clientes, consumidores y/o proveedores.⁴³ En un mercado con características de monopolio natural, al ser económicamente eficiente la existencia de una única empresa para proveer un bien o servicio, y al existir barreras de entrada naturales, la competencia es nula o escasa por lo que se considera que la empresa establecida goza de posición de dominio.

70. La prestación de un servicio con características de monopolio natural, o lo que resulta similar, la prestación de un servicio por parte una empresa que goza de posición de dominio, ubica a la mencionada empresa en un situación de privilegio respecto de sus clientes y competidores para el aprovechamiento de dicha situación; facilitando el traslado de dicha posición de dominio a otros mercados donde la competencia es posible y deseable.

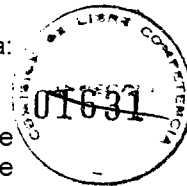
71. Considerando la ausencia de competencia al interior de mercados donde se prestan servicios con características de monopolio natural (sea por la imposibilidad técnico-económica de su realización o el perjuicio que acarrearía), el marco normativo previene los probables efectos negativos de su ausencia y neutraliza la posibilidad de aprovechamiento de tal característica de mercado por parte de las empresas, estableciendo marcos regulatorios para su accionar a través de la fijación de precios (tarifas), estándares de calidad, entre otros.

72. Asimismo, establece diversos mecanismos para incentivar la competencia en aquellos segmentos, actividades, o instancias, donde ésta es posible y deseable, como por ejemplo, en la competencia para acceder a mercados en los cuales la

⁴¹ Ver pie de página 8.

⁴² Audiencia de Informe Oral, 30 de octubre de 2006.

⁴³ Fuente: <http://www.unctad.org>



empresa que ingrese prestará servicios en exclusividad, lo que se denomina: competencia por el mercado.⁴⁴

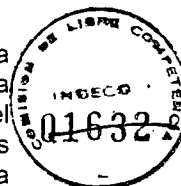
73. En la actualidad, la normativa establece un marco regulatorio para la actividad de transmisión eléctrica, en la cual se fijan determinadas condiciones comerciales que las empresas deben cumplir para la prestación de sus servicios; asimismo, recoge las ventajas de la competencia por el mercado en la actividad de transmisión eléctrica, estableciendo un esquema de licitación para la construcción y/o ampliación de nuevas líneas de transmisión en función del denominado "Plan de Transmisión"⁴⁵. En efecto, según lo dispuesto en el Capítulo Quinto de la Ley 28832, es a través de procesos de licitación que se llevará a cabo la implementación de lo establecido en el Plan de Transmisión, incorporando la competencia por el mercado como un mecanismo para resguardar el interés económico general.
74. En el presente caso, considerando que el servicio de transmisión eléctrica prestado por ISA, a través de las empresas pertenecientes a su grupo económico que operan en el Perú, se encuentra regulado, y que dicha situación no cambiará de concretarse el acto de concentración notificado, pues la prestación del servicio de transmisión eléctrica continuará regulada, no existiría una afectación potencial al interés económico general en la prestación de dicho servicio por parte de un solo grupo económico.
75. Situación distinta ocurre en la construcción y/o ampliación de las líneas de transmisión, donde es posible y deseable la competencia por el mercado, y donde, de concretarse la operación bajo análisis, ISA ampliaría su situación de privilegio para adjudicarse dichas obras, obteniendo una ventaja comparativa respecto de sus potenciales competidores.
76. En efecto, considerando que de concretarse la operación de concentración bajo análisis, ISA controlaría casi 80% de mercado de transmisión eléctrica en el Perú⁴⁶ y más del 65% del tendido de líneas de transmisión; y, que la actividad de transmisión eléctrica presenta condiciones de monopolio natural, caracterizada por la presencia de economías de escala⁴⁷; ISA gozaría de una situación de privilegio para hacerse de la construcción de nuevas líneas de transmisión y/o ampliaciones.
77. Dicha situación no sólo podría perjudicar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación, pues los potenciales entrantes, conocedores de la situación de ISA, verían reducidas sus posibilidades de realizar ofertas ganadoras; sino que, además, ello podría impactar indirectamente en el interés de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica, pues al disminuir la competencia por el mercado, se reduciría la posibilidad de obtener ofertas con menores valores de reposición, y con ello la posibilidad de una reducción en las tarifas.

⁴⁴ Si la competencia en el mercado es imposible e indeseable, como en el caso de monopolio natural, reemplazar la competencia en el mercado por competencia por el mercado puede eliminar la necesidad de regulación. Demsetz propone que la competencia por el mercado puede surgir si el gobierno subastara un contrato de licencia de monopolio. Las ofertas de las firmas serían el precio por el cual ellas están dispuestas a servir al mercado. La firma que ofrece el precio más bajo ganará la licencia y le concederán el contrato de servicio (ver: Industrial Organization, Jeffrey Church, Ware).

⁴⁵ Mayor información: Capítulos Cuarto y Quinto de la Ley 28832.

⁴⁶ Medido a nivel de facturación anual.

⁴⁷ Lo que significa una ventaja para la empresa establecida, pues incurriría en menores costos en la instalación, operación y mantenimiento de nuevas líneas de transmisión.



78. De aprobarse la operación de concentración, ISA contaría con incentivos para hacerse del integro de los beneficios derivados de la obtención de economías a escala en la actividad de transmisión, lo que podría afectar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de redes eléctricas, y reduciría los potenciales beneficios que los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica podrían obtener de las ampliaciones y/o construcción de los sistemas de transmisión.

79. En efecto, según el esquema de adjudicación contemplado en la normativa actual, y conforme se ha venido realizando la construcción y/o ampliación de líneas de transmisión eléctrica en el Perú en los últimos años⁴⁸, las empresas concursan por acceder al mercado a través de ofertar montos de inversión necesarios para la instalación de la infraestructura requerida (competencia por el mercado), los cuales deben ser reembolsados al adjudicatario a lo largo de la concesión⁴⁹.

80. Por lo tanto, teniendo en cuenta que aquella empresa que oferta el menor valor de reposición por la infraestructura requerida⁵⁰ se adjudica la construcción y/o operación de la línea de transmisión, y considerando que el monto de reposición pagado a la empresa adjudicataria a lo largo de la concesión proviene finalmente del pago de tarifas por parte de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica; una menor oferta significa un menor monto de reposición por la infraestructura y un mayor beneficio para consumidores y/o usuarios.

81. El incremento de participación de ISA y la obtención de economías a escala en transmisión, disminuye la posibilidad de realizar ofertas ganadoras por parte de los potenciales entrantes, lo que reduce la competencia real por obtener el mercado (entendido como la construcción y/o ampliación de líneas de transmisión).

82. En este escenario, ISA tendría los incentivos suficientes para acercarse por debajo (con un menor monto) a la oferta de la empresa más competitiva, que al carecer de la economías de escala de las que goza ISA en transmisión (las mismas que se incrementarían de aprobarse el acto concentración notificado), ofrecería montos superiores de inversión a los que ISA podría ofrecer, con lo que el nuevo entrante perdería la licitación.

La diferencia entre el monto de inversión que ISA ofrecería y el monto más bajo que podría ofrecer sin considerar las ventajas que ostentaría frente a sus potenciales competidores en la construcción y/o ampliación de redes eléctricas, tendría que ser pagada por los usuarios de la línea de transmisión y finalmente por los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica. En efecto, el precio de la energía eléctrica contempla el pago de un peaje por transmisión, el mismo que está en directa relación con el monto de inversión necesario para la instalación de la línea de transmisión.

48

Empresa	Tipo de contrato	Km
Consorcio Transmantaro S.A.	BOOT	603
Red Eléctrica del Sur S.A.	BOOT	428
Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A.	BOOT	394
Red de Energía del Perú S.A.	RAG	4478

⁴⁹ Sujeto a mecanismo de actualización de la inversión.

⁵⁰ Ceteris paribus.



83. En ese sentido, considerando (i) el incremento de los ámbitos sobre los cuales ISA goza de posición de dominio de concretarse el acto de concentración notificado, (ii) el consiguiente incremento posible de la brecha entre el menor monto de inversión que podría ofrecer para la instalación de líneas de transmisión (por la obtención de economías de escala) y el que su situación de privilegio la incentivaría a ofrecer, (iii) la posible reducción de la competencia por el mercado e (iv) indirectamente, la posible reducción del beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica; se recomendó a esta Comisión establecer medidas conducentes para limitar el probable comportamiento contrario a la libre competencia por parte de ISA.

84. En consecuencia, la Secretaría Técnica señaló que deben adoptarse mecanismos que incentiven que la empresa oferte los menores montos de inversión para la construcción y/o ampliación de líneas de transmisión.

85. En principio, dichas acciones deben estar orientadas a limitar la posibilidad de un comportamiento contrario a la libre competencia por parte de ISA (consistente en ofertar montos de inversión superiores a los que podría ofrecer, lo que incrementa los costos de la nueva infraestructura), sin afectar su legítimo derecho a participar en las licitaciones de nueva infraestructura de transmisión.

86. Así, con la finalidad de incentivar que, en la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, ISA oferte el menor monto posible, se propone establecer que, de ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.

87. Dicha medida intenta prevenir que ISA, utilizando su situación de privilegio, realice acciones destinadas a bloquear en una primera instancia la competencia por el mercado, para que en una segunda oportunidad, con una competencia reducida, oferte montos de inversión más elevados de los que pudo ofrecer en la primera oportunidad (incrementando con ello, los costos de la nueva infraestructura).

88. A criterio de esta Comisión, la condición propuesta supera el test de razonabilidad toda vez que: (i) en el análisis de causalidad, la restricción responde al fin lícito de asegurar la existencia de condiciones de competencia por el mercado en la adjudicación de ampliaciones y/o construcciones de líneas de transmisión; y, (ii) en el análisis de proporcionalidad de la medida con la finalidad que se persigue, se considera que:

- Cumple con el análisis de idoneidad, toda vez que la restricción impuesta a ISA de no participar en la segunda convocatoria de las licitaciones, es idónea para fomentar el objetivo legítimo consistente en asegurar que exista un escenario de competencia por el mercado para la adjudicación de las ampliaciones y/o construcciones de las líneas de transmisión.
- Cumple con el análisis de necesidad, en la medida que no existe un mecanismo alternativo para evitar que el grupo económico integrado por ISA pueda utilizar su posición estratégica, derivada de la presencia de economías de escala, ofertando mayores montos de inversión que aquellos que pudiera ofrecer para adjudicarse la construcción y/o ampliación de las líneas de transmisión demandadas.

- Cumple con el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, pues se trata de la medida menos gravosa para el grupo económico integrado por ISA, ya que se limita a restringir el momento de su participación en las licitaciones a la segunda convocatoria, incentivando a su vez, que la empresa oferte los menores montos de inversión para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión como realizaría cualquier agente económico en condiciones de competencia.



89. Adicionalmente, cabe destacar lo indicado por el Osinerg⁵¹ respecto del incremento de la preponderancia de ISA y su efecto sobre el ingreso de nuevos competidores, señalando:

"... [E]s necesario considerar las condiciones de acceso a la red, en aquellos casos en los que se implemente una expansión de la red de transmisión con un operador distinto a ISA. Es nuestro parecer que debe de establecerse que ISA deberá proveer acceso libre a sus instalaciones, con la finalidad coadyuvar a la expansión de las redes de transmisión a través de otros operadores. Esto permitirá un mayor nivel de competencia, ex ante, en la asignación de las inversiones para expansión [sic] de la red, a través de ISA u otro operador."

[el subrayado es nuestro]

90. Por su parte, ISA manifestó que:

"[L]as empresas transmisoras se encuentran obligadas permitir el libre acceso a sus redes a todos los Agentes del mercado que lo requieran, sean éstos distribuidores, generadores o usuarios libres⁵⁶. Las discrepancias entre transmisores y los terceros que requieran el acceso a las redes en lo relativo a la capacidad de transmisión o las ampliaciones requeridas, son resueltas por el OSINERG a través de un procedimiento de solución de controversias ad-hoc previsto en la regulación⁵⁷. El incumplimiento de dicha obligación se encuentra expresamente previsto por la regulación sectorial como una infracción sancionable por el OSINERG⁵⁸. Asimismo, el OSINERG se encuentra expresamente facultado para emitir mandatos de conexión ordenado a las empresas de transmisión a permitir el acceso de terceros a sus redes en los puntos definidos por el regulador⁵⁹."

⁵⁶ Artículo 33 de la LCE.]⁵²

⁵⁷ Artículo 62 del Reglamento de la LCE.]⁵³

⁵⁸ Artículo 201 literal b) del Reglamento de la LCE.]⁵⁴

⁵¹ Escrito del 26 de octubre de 2006.

⁵² LCE.-

Artículo 33.- Los concesionarios de transmisión están obligados a permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros, quienes deberán asumir los costos de ampliación a realizarse en caso necesario, y las compensaciones por el uso, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley.

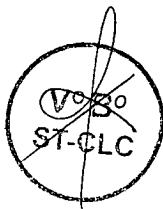
⁵³ **Reglamento de la LCE.-**

Artículo 62.- Las discrepancias entre los usuarios y los concesionarios de transmisión por el uso de los sistemas de éstos últimos, a que se refiere el Artículo 33° de la Ley, en lo relativo a capacidad de transmisión o las ampliaciones requeridas, serán resueltas por OSINERG, siguiendo el procedimiento de dirimencia establecido en el siguiente párrafo.

El interesado deberá presentar a OSINERG una solicitud de dirimencia, adjuntando el sustento técnico y legal de su requerimiento, la cual se pondrá en conocimiento de la otra parte por el término de cinco (5) días hábiles, para que presente el sustento técnico y legal de su posición. Una vez vencido este plazo, la solicitud será resuelta por OSINERG dentro de los treinta (30) días calendario de presentada la solicitud, con lo que queda agotada la vía administrativa.

OSINERG queda facultado a dictar directivas para solucionar y resolver las solicitudes de dirimencia a que se refiere el presente artículo.

Las inversiones efectuadas por los usuarios tendrán carácter reembolsable, bajo la misma modalidad establecida en el Artículo 84° de la Ley.



[*Resolución OSINERG 091-2003-OS/CD, Procedimiento para fijar las Condiciones de Uso y Acceso Libre a los Sistemas de Transmisión y Distribución Eléctrica.*]



91. Al respecto, esta Comisión considera que no existirían disposiciones reglamentarias expresas orientadas a garantizar la interconexión entre empresas dedicadas a la prestación del servicio de transmisión eléctrica. La normativa señalada en los párrafos anteriores estaría orientada a garantizar el acceso a las redes de transmisión a empresas dedicadas a la generación y distribución eléctrica, las cuales por la naturaleza de su negocio demandan ingresar o retirar energía eléctrica de las líneas de transmisión, y no demandan, como sería el caso de otra empresa transmisora, complementar o extender el transporte de energía eléctrica.

92. En este orden de ideas, considerando el incremento de la posición de privilegio con la que contaría ISA de adquirir el control en CTM y las características de monopolio natural de la transmisión eléctrica, esta Comisión considera que corresponde exhortar al Ministerio de Energía y Minas, órgano competente de reglamentar las actividades del sector eléctrico, para que se realicen las acciones conducentes a normar la obligatoriedad de la interconexión entre redes de transmisión eléctrica.

3.5. Mercados relacionados

3.5.1 Alcance de la operación sobre mercados relacionados

93. El artículo 1 de la Ley establece que las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en dicha ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

No obstante, aunque se menciona constantemente en las normas sobre control previo en el sector eléctrico⁵⁵, la legislación no define lo que significa un "mercado relacionado" al mercado de energía eléctrica, por lo que se requiere determinar si en el presente caso se puede identificar la existencia de algún mercado relacionado directamente o indirectamente a la actividad de transmisión de energía eléctrica.

54

Reglamento de la LCE.-

Artículo 201.- EL OSINERG sancionará a los concesionarios y entidades que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica, y/o clientes libres, así como al COES cuando incumpla sus obligaciones previstas en la Ley, el Reglamento o las normas técnicas, con multas equivalentes al importe de 100 00 a 200 000 kilovatios-hora, en los siguientes casos, según corresponda:

(...)

b) Por incumplimiento de las obligaciones contenidas en los Artículos 31, 32, 33, 34, y 55 de la Ley, a excepción de aquellas que se refieran a la caducidad, las que se rigen por lo específicamente dispuesto en la Ley y el Reglamento.

(...)

⁵⁵ Además del artículo 1 de la Ley, los artículos 19 y 28 del Reglamento de la Ley.



94. Considerando que la finalidad de la Ley es la evaluación de las operaciones de concentración que impliquen directamente o indirectamente a empresas que participan del mercado eléctrico nacional, eso significa que la Comisión sólo podrá evaluar aquellas adquisiciones de acciones, fusiones, constitución de una empresa en común u otras formas de adquisición de control que se vinculen a empresas que se desempeñen en algunos de los mercados de generación, transmisión y/o distribución de energía eléctrica.

95. Sin embargo, en un segundo momento, es decir, en el análisis de los efectos que pudiera tener en el mercado la operación de concentración objeto de la solicitud de autorización previa, la norma antes mencionada involucra no sólo a los mercados de generación, transmisión y/o distribución de energía eléctrica comprendidos en la concentración, sino también a todos aquellos mercados que se encuentren relacionados a dichas actividades o al sector eléctrico en general.

96. Ciertamente, el artículo 19 del Reglamento de la Ley, cuando se refiere a la evaluación de la operación por parte de la Comisión, señala que se debe determinar si la concentración puede tener el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades propias del sector eléctrico o en los mercados relacionados. Asimismo, las consideraciones que la Comisión deberá tomar en cuenta para la evaluación de la operación serán entre otras, la perspectiva de integración con otros mercados, e incluso el efecto de la operación en los distintos mercados relevantes en el corto y largo plazo.⁵⁶

97. Vista la operación de concentración y la posibilidad que el Grupo ISA participe en el Perú en el mercado del servicio portador de telecomunicaciones, en la medida que pueda existir el uso de una infraestructura común en la actividad de transmisión eléctrica y en los servicios de telecomunicaciones, y en tanto, aquello que suceda en una de las actividades del sector eléctrico pueda repercutir en otro mercado con el que comparte dicha infraestructura, esta Comisión considera que podría estar ante un mercado relacionado.

98. En efecto, en la actualidad, el Grupo ISA presta el servicio de telecomunicaciones mediante su filial Internexa S.A. E.S.P. (en adelante, Internexa) en otros países como Colombia utilizando para ello la infraestructura empleada para prestar el servicio de transmisión de energía eléctrica.⁵⁷ Esta situación da cuenta del uso

⁵⁶ **Reglamento de la Ley.-**

Artículo 19.- Evaluación de la operación por la Comisión. Para determinar si la Operación de Concentración puede tener el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las Actividades o en los mercados relacionados, la Comisión deberá tomar en cuenta, cuando menos: la posición de las empresas participantes en el mercado; la delimitación del mercado relevante; la estructura del mismo; las posibilidades de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la existencia de hecho o de derecho de obstáculos de acceso al mercado; la evolución de la oferta y la demanda; la evolución del progreso técnico o económico; la perspectiva de integración con otros mercados; y, el efecto de la operación en los distintos mercados relevantes en el corto y largo plazo.

De igual modo, la evaluación de la concentración deberá comprender, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) Si la operación puede aportar una contribución a la mejora de los sistemas de producción y comercialización, al fomento del progreso técnico y económico, y a los intereses de los usuarios.
- b) Si la operación puede crear eficiencias dentro del mercado y si dicho aporte es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia que ocasione tal operación.
- c) Si la operación produce un aumento significativo de la concentración en el mercado y si como resultado de la misma se genera un mercado concentrado a niveles que limiten significativamente la competencia.
- d) Si la operación facilita substancialmente la realización de conductas, prácticas, acuerdos, convenios o contratos que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia, así como la imposición de barreras a la entrada de nuevos competidores.
- e) Si la operación tiene o puede tener por objeto desplazar indebidamente del mercado a otras empresas, o impedirles el acceso al mismo, especialmente en las Operaciones de Concentración entre empresas que se encuentren ubicadas en diferentes cadenas productivas.

⁵⁷ Escrito N° 3 del 23 de agosto de 2006 presentado por ISA.



99. De manera similar, en el caso peruano, cabe destacar cómo el marco legal vigente, específicamente a través de la Ley 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones⁵⁸, define lo que se entiende por infraestructura de uso público cuando señala que se entenderá así a todo poste, ducto, conducto, cámara, torre o derecho de vía asociado a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y/o energía.

100. Esta norma evidencia la convergencia tecnológica pues es factible la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, entre otras, en aquellas infraestructuras en las que se prestan servicios públicos de electricidad, y por lo tanto, en la medida en que dos mercados distintos cuyos servicios puedan compartir una infraestructura común, y uno de esos mercados se relaciona con la actividad de transmisión de energía eléctrica, se está ante un caso de mercados relacionados.⁵⁹

101. En consecuencia, corresponde analizar cómo es que ISA ingresaría al mercado del servicio portador de telecomunicaciones en el Perú para luego analizar cuáles serían los potenciales efectos en la competencia.

3.5.2 El mercado del servicio portador de telecomunicaciones como mercado relacionado a la transmisión eléctrica

102. En el marco del procedimiento de autorización previa, ISA manifestó que tendría planeado incursionar en el mercado de telecomunicaciones peruano a través de su filial Internexa S.A. E.S.P. (en adelante, Internexa) en la prestación del servicio portador. Con dicha finalidad, la empresa notificante manifestó la viabilidad de utilizar la infraestructura de transmisión eléctrica de REP para implementar una red de telecomunicaciones.⁶⁰

103. El Grupo ISA tiene planeado ingresar al mercado peruano a través de dos proyectos:

- Primer proyecto. Red al norte, red de transmisión de tecnología SDH sobre fibra óptica, iniciando en Lima y terminando en Tumbes (Zorritos), con una longitud aproximada de 1,200 km., y una inversión estimada de 18 millones de dólares.

⁵⁸ Publicada el 21 de julio de 2004.

⁵⁹ En igual sentido, el artículo 9 de la Ley 28295, señala que los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a cumplir, tanto en la etapa de elaboración del proyecto, como en el desarrollo de la construcción, operación y mantenimiento de sus instalaciones, con las disposiciones del Código Nacional de Electricidad y sus respectivos Manuales, el Reglamento de Seguridad e Higiene Ocupacional del Subsector Electricidad y otras normas sectoriales de electricidad relacionadas al tema, **cuando soliciten el acceso y uso compartido a infraestructura de energía**, así como las disposiciones legales sobre seguridad en telecomunicaciones, cuando soliciten el uso compartido a operadores de telecomunicaciones.

Esta disposición da cuenta de la relación entre ambos sectores en la medida que en la infraestructura utilizada para energía se puedan prestar servicios públicos de telecomunicaciones y por ende, se regulan las condiciones para que cualquier potencial operador pueda solicitar el acceso.

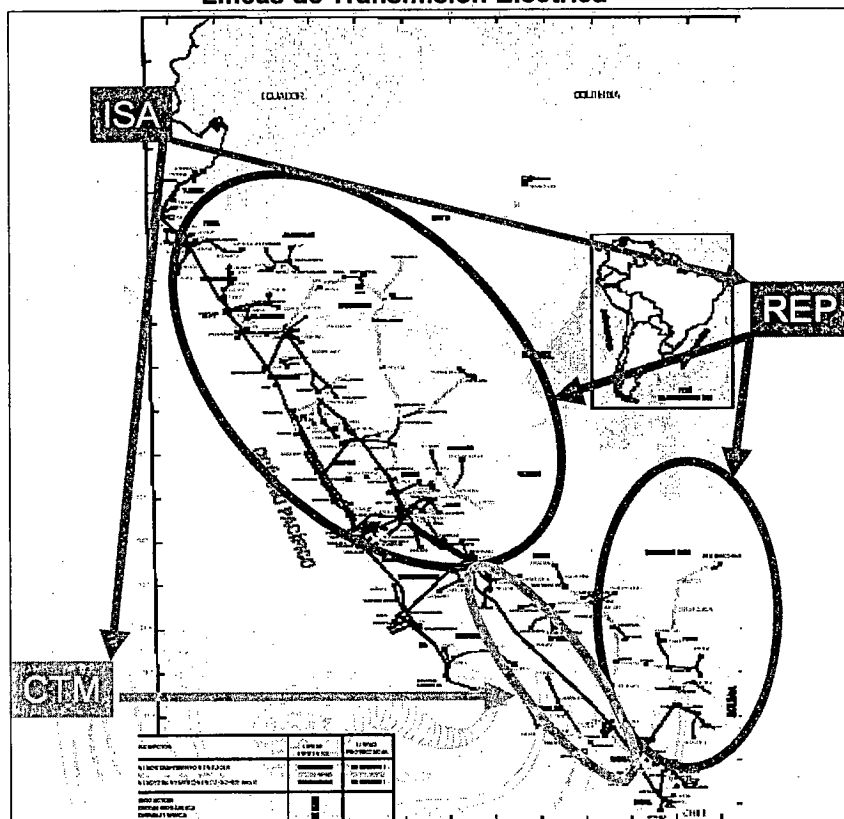
⁶⁰ Escrito N° 3 presentado el 23 de agosto de 2006.

- Segundo proyecto: Red al sur, red de transmisión SDH sobre fibra óptica, iniciado en Lima y terminando en Tacna, con una longitud aproximada de 1,500 km., y una inversión estimada de 22 millones de dólares. La fecha estimada para ingresar al mercado es diciembre de 2007.



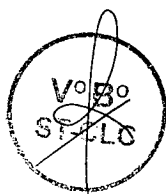
Para efectuar estos proyectos, ISA utilizaría la infraestructura de transmisión eléctrica de REP para soportar el tendido de fibra óptica. No obstante, ISA no descarta utilizar infraestructura eléctrica de otras empresas, así como gaseoductos y servidumbre vial, entre otros.

Gráfico N° 6
Líneas de Transmisión Eléctrica



Fuente: COES e ISA
Elaboración: ST-CLC/INDECOP

ISA llevaría a cabo estos proyectos a través de Internexa, empresa cuyo principal negocio es el servicio portador en Colombia, lo que le permitiría crear una gran *network* en la región para proveer servicios de transporte, acceso a *internet*, conexión a cables submarinos y de última milla, mantenimiento e infraestructura y operación en la región, lo que incluiría atravesar parte del territorio peruano.



104. Como consecuencia de desempeñarse como principal operador de líneas de transmisión eléctrica a través de REP, ISA cuenta con infraestructura en el norte, parte del centro y sur oriente del país, de manera que, de fusionarse con CTM — empresa que opera infraestructura de transmisión al sur del país— completaría una red de transmisión de energía eléctrica de alcance nacional.



105. Cabe destacar que en el Contrato de Concesión de los Sistemas de Transmisión Eléctrica ETECEN- ETESUR suscrito entre REP y el Estado Peruano, se le otorga la posibilidad a la Sociedad Concesionaria para que pueda desarrollar actividades colaterales con carácter comercial o servicios complementarios incluyendo el servicio de telecomunicaciones⁶¹. En este caso, se ha reservado para el Estado 04 fibras ópticas oscuras en cada tramo de cable instalado y la obligación de pago de regalías a favor del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones - FITEL cuando se inicie la explotación comercial⁶².

Las condiciones de operación se describen con mayor detalle en el Anexo 15 del referido contrato.⁶³

⁶¹ Cláusula 8.10.1 del Contrato de Concesión de los Sistemas de Transmisión Eléctrica ETECEN- ETESUR

⁶² **Contrato de Concesión de los Sistemas de Transmisión Eléctrica ETECEN- ETESUR.-**

Cláusula Octava.-

8.10 Autorización para desarrollar Actividades Colaterales con carácter comercial

(...)

8.10.3 En el caso del desarrollo de servicio de telecomunicaciones, sean éstos prestados por la Sociedad Concesionaria, sus empresas vinculadas, o por terceros, además de obtenerse las licencias y permisos que establece la normatividad vigente sobre la materia, deberá cumplirse la condición de reservar para el Estado 04 Fibras Ópticas Oscuras, en cada tramo de cable instalado, y asumir la obligación de pago de regalías de acuerdo a lo establecido en el Anexo 15 del presente Contrato. Estas obligaciones tendrán carácter solidario entre la Sociedad Concesionaria y el eventual titular de la prestación del servicio de telecomunicaciones, en caso éste fuera un tercero. La Sociedad Concesionaria no asumirá los costos o tributos relacionados con el uso y explotación por parte del Estado, o quien éste designe, de la capacidad instalada reservada en virtud del presente Numeral.

La realización de actividades de telecomunicaciones para fines propios de la prestación del Servicio de Transmisión Eléctrica, no generará de parte de la Sociedad Concesionaria la obligación de reserva de uso de capacidad en favor del Estado.

⁶³ En el Anexo N° 15 del Contrato de Concesión, donde se establece la facultad del concesionario de utilizar las redes de transmisión de electricidad para prestar servicios de telecomunicaciones de carácter comercial, se establecen las siguientes exigencias:

(...)

- 4.1. La Sociedad Concesionaria podrá desarrollar servicios de telecomunicaciones con carácter comercial directamente o a través de operadores de telecomunicaciones.
- 4.2. Los contratos o acuerdos que suscriba la Sociedad Concesionaria con terceros, con relación a los Servicios de Telecomunicaciones, no podrán exceder el período de concesión.
- 4.3. El desarrollo de servicios de telecomunicaciones se deberá efectuar de manera tal que no limite ni ponga en riesgo la operación y seguridad del servicio de transmisión eléctrica.
- 4.4. Los trabajos necesarios para instalar cables y equipos necesarios para el desarrollo del servicio de telecomunicaciones deberán efectuarse sin interferir con los programas de despacho eléctrico, o en su defecto generarán las penalidades establecidas en la Norma Técnica de Calidad del Servicio Eléctrico y modificatorias, así como en las demás Leyes Aplicables.
- 4.5. La Sociedad Concesionaria será directamente responsable por las fallas y efectos negativos en el sistema eléctrico, producidas como resultado de actividades relacionadas con el desarrollo de servicios de telecomunicaciones, aún cuando estas se efectúen a través de sus clientes. La Sociedad Concesionaria no será responsable por las fallas y efectos negativos en el sistema eléctrico, producidas como resultado de actividades relacionadas con el desarrollo de servicios de telecomunicaciones realizadas por el Estado o por los beneficiarios de las transferencias que éste efectúe.
- 4.6. En el caso que en el futuro lo dispongan así las Leyes Aplicables, la Sociedad Concesionaria no podrá restringir la posibilidad de la instalación de cables de fibra óptica y del desarrollo del servicio de telecomunicaciones utilizando la infraestructura de transmisión incluida en el Contrato de Concesión, a un solo operador, salvo por limitaciones técnicas relacionadas con el diseño de la estructura de soporte, o por estar reservada la infraestructura para la ampliación de la capacidad de transporte de electricidad.
- 4.7. En el supuesto del numeral anterior y si un operador deseara instalar cables de fibra óptica para el desarrollo del servicio de telecomunicaciones utilizando la infraestructura de transmisión incluida en el Contrato de Concesión y no lograrse pactar las condiciones económicas de mutuo acuerdo con la Sociedad Concesionaria, podrá solicitar la intervención de la entidad del Estado que corresponda según las Leyes Aplicables.
- 4.8. La instalación de cables de fibra óptica que se efectúe de acuerdo a lo indicado en el numeral 4.7 deberá realizarse en caliente y/o en los períodos de mantenimiento programados, de forma tal que no interrumpa el servicio de transmisión de electricidad.
- 4.9. La Sociedad Concesionaria no será responsable por eventuales interrupciones producidas por terceros no Vinculados a ella, contraviniendo lo establecido en el numeral 4.8, ni por otros efectos negativos en el Sistema de Transmisión Eléctrica o en el Servicio directamente relacionados con el proceso de montaje.



106. De la misma forma, en el Contrato BOOT del Sistema Mantaro – Socabaya suscrito entre CTM y el Estado Peruano, el contrato no restringe ni limita la posibilidad de que la concesionaria pueda realizar actividades distintas al servicio de transmisión de electricidad. Ciertamente, CTM podría negociar y acordar con terceros cualquier aspecto relacionado con la instalación en la red de sistemas de comunicación de larga distancia y transmisión de señales de telecomunicaciones (tal como el sistema por fibra óptica) cumpliendo para ello con la legislación en la materia.⁶⁴

107. En ese sentido, considerando lo señalado por el Osiptel, dado que la infraestructura de transmisión utilizada para la actividad de transmisión eléctrica de REP y eventualmente, la de CTM, le permitirían a ISA el tendido de cable de fibra óptica, esto le podría permitir a su vez ingresar con relativa facilidad a proveer el servicio portador de telecomunicaciones de larga distancia nacional.⁶⁵

108. Dado que el mercado del servicio portador de telecomunicaciones se presenta como relacionado al mercado de transmisión eléctrica, corresponde a esta Comisión evaluar los efectos de la operación de concentración entre dos empresas cuya actividad es la transmisión eléctrica pero que probablemente impactará en el mercado de servicio portador de telecomunicaciones a nivel nacional.

3.5.3 Efectos de la operación de concentración en la competencia en el servicio portador de telecomunicaciones

109. Al respecto, la incursión de ISA en la prestación del Servicio Portador LDN, la misma que podría realizarse en mejores condiciones para dicha empresa en caso de aprobarse la operación de concentración notificada, en opinión del Osiptel y el MTC, favorecería la competencia en dicho mercado, con el consecuente beneficio para consumidores y/o usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

110. En efecto, al respecto el Osiptel es de la opinión que:

“... considerando que en la actualidad Telefónica del Perú es la empresa que participa de forma mayoritaria en el mercado del servicio portador de larga distancia a través del arrendamiento de circuitos, la entrada de un nuevo competidor a este mercado, y en particular, la entrada de un competidor que cuenta con una red de la dimensiones de la red transmisora resultante de la operación de concentración, puede contribuir a desconcentrar este mercado y en

⁶⁴ Texto Único Ordenado del Contrato BOOT Sistema de Transmisión Mantaro – Socabaya.-

Cláusula 14.-

(...)

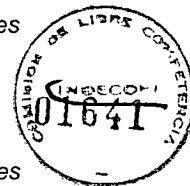
(iii)

La retribución que le corresponda a la Sociedad Concesionaria por actividades distintas a la prestación del servicio será calculada y pagada conforme a lo que libremente se establezca en los contratos respectivos y con sujeción a lo dispuesto por las leyes aplicables. La retribución por tales actividades distintas al servicio será independiente de la compensación por el servicio y no afectará el monto del mismo.

Este contrato no restringe ni limita la posibilidad de la Sociedad Concesionaria de negociar y acordar con terceros cualquier aspecto relacionado con la instalación en la red Mantaro – Socabaya de sistemas de comunicación de larga distancia y transmisión de señales de telecomunicaciones (tal como el sistema por fibra óptica) sujeto al cumplimiento de las Leyes Aplicables. El Concedente reconoce y conviene que, debido a que el sistema de comunicación que se instale no formará parte de los Bienes de la Sociedad Concesionaria, ya sea durante el Plazo del Contrato BOOT o con posterioridad al mismo, la Sociedad Concesionaria tendrá derecho de negociar y acordar libremente en lo que se refiere a los ingresos provenientes del aprovechamiento de las instalaciones de telecomunicación que puedan ser establecidas o instaladas durante dicho período.

⁶⁵ Ver: “Informe sobre la Solicitud de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi en relación con el posible impacto de una concentración entre dos empresas concesionarias del servicio de transmisión de energía eléctrica en el mercado del servicio portador de telecomunicaciones”, Gerencia de Relaciones Empresariales, Osiptel, octubre de 2006 (en adelante, Informe del Osiptel).

dicha medida, favorecer la competencia efectiva en beneficio de los consumidores finales de los servicios finales de telecomunicaciones”.



111. Por su parte, el MTC es de la opinión que:

“[n]o se advierten impactos negativos en el mercado de telecomunicaciones como resultado de la participación de ISA, a través de INTERNEXA, en la prestación de servicios portadores, teleservicios finales u otros, por el contrario permitirá incrementar la oferta de operadores de telecomunicaciones favoreciendo la competencia”.

A su entender, la situación anterior permitirá: *“... reducir las ineficiencias productivas del mercado, pues las empresas tendrán incentivos a reducir sus costos y solicitar una menor contraprestación a las empresas que requieran de sus servicios.”*

112. Adicionalmente, dichas entidades hacen referencia a la existencia de un marco jurídico que desalienta, restringe o limita, la realización de comportamientos oportunistas que, entre otros, puedan lesionar la libre competencia. En particular, destacan aquellas disposiciones relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia⁶⁶ y con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.⁶⁷

113. Al respecto, es importante resaltar la facultad del Osiptel de resolver controversias derivadas del acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones según lo establecido mediante la Ley 28295, debido a que es precisamente con relación al

⁶⁶ Al respecto, el artículo 69 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones establece lo siguiente:

Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras.

De igual manera, el artículo 6 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones establece lo siguiente:

Artículo 6.- Los servicios de telecomunicaciones se prestan en un régimen de libre competencia. A tal efecto están prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales, entre otros, los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Los titulares de concesiones y autorizaciones, en ningún caso podrán aplicar prácticas monopólicas restrictivas de la libre competencia, que impidan una competencia sobre bases equitativas con otros titulares de concesiones y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones.

Asimismo, la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL señala lo siguiente:

Artículo 26°.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales

26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o legal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo 701, el Decreto Ley 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación.

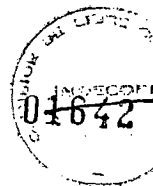
26.2 OSIPTEL podrá sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, por incumplimiento de las normas de libre y leal competencia, en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 36° de la presente Ley, así como por incumplimiento de las resoluciones emitidas en el procedimiento correspondiente.

26.3 Asimismo, serán aplicables los artículos 20° y 23° del Decreto Legislativo 701, modificados por el Decreto Legislativo 807, en lo referido a la participación y sanciones a los representantes legales o las personas que integran los órganos directivos de las empresas o entidades sancionadas. Estas disposiciones no sólo serán aplicables cuando se trate de infracciones relacionadas con la libre competencia, sino también con la interconexión y con negativas directas o indirectas para acceder a información.

⁶⁷ Artículo 53 del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – Osiptel, aprobado mediante Decreto Supremo 008-2001-PCM publicado el 2 de febrero de 2001.

uso de una infraestructura común donde se vinculan los mercados de transmisión eléctrica y diversos servicios públicos en el mercado de telecomunicaciones.

Sin embargo, es necesario precisar que la Ley 28295, ordena el uso compartido de infraestructura siempre que se encuentre ubicada en zonas donde existan restricciones administrativas que impidan a los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones instalar su propia infraestructura, por lo que estas restricciones pueden establecerse por razones de medio ambiente, salud pública, seguridad y ordenamiento territorial.⁶⁸



114. En consecuencia, considerando que la infraestructura actualmente utilizada por REP y CTM para la actividad de transmisión eléctrica calificaría como de uso público, independientemente de la operación de concentración, dichas empresas se encontrarían sometidas a las obligaciones de uso compartido siempre que dentro de los supuestos contemplados en la norma, exista algún tercero interesado en prestar servicios públicos de telecomunicaciones.

115. Al respecto, el procedimiento establecido en la Ley 28295 es uno de negociación supervisada⁶⁹, ya que el acceso a la infraestructura de uso público podría realizarse bajo dos modalidades: (a) por acuerdo entre las partes; o (b) por mandato expreso del Osiptel, una vez que se ha vencido el período de negociación sin acuerdo entre las partes.⁷⁰

Sobre el particular, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL se estableció la fórmula para la fijación de la contraprestación para la compartición de la infraestructura de uso público que determinará Osiptel cuando proceda un mandato en ese sentido. Sin embargo, dicho organismo se encuentra trabajando con el Osinerg la fórmula aplicable para la infraestructura eléctrica.⁷¹

116. Entre otros aspectos que caben resaltar de las normas de acceso a infraestructura de uso público se encuentran los siguientes:

- El Reglamento de la Ley 28295⁷², establece que cualquier cláusula contractual que restrinja o limite la capacidad del titular de la infraestructura de uso público para permitir su uso compartido, no será oponible al mandato de compartición emitido por Osiptel.⁷³
- De igual manera, en la norma reglamentaria mencionada se establece que el titular de la infraestructura deberá cumplir estrictamente con el principio de no discriminación establecido en la Ley. Sin embargo, no constituye discriminación el otorgamiento de condiciones diferenciadas por razones justificadas, tales como diferencias en la infraestructura de uso público, condiciones de pago, volumen de la operación, ubicación de la infraestructura, y otras que determine Osiptel en el ámbito de sus competencias.⁷⁴

⁶⁸ Artículo 5 de la Ley 28295.

⁶⁹ Informe del Osiptel.

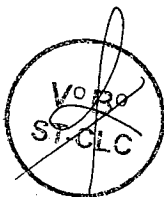
⁷⁰ Artículo 13 de la Ley 28295.

⁷¹ Informe del Osiptel.

⁷² Aprobado mediante Decreto Supremo 009-2005-MTC publicado el 21 de marzo de 2005.

⁷³ Artículo 5 del Reglamento.

⁷⁴ Artículo 4 del Reglamento de la Ley 28295.





117. Finalmente, en caso de no existir restricciones administrativas y de presentarse un caso de negativa injustificada de contratar el acceso a una infraestructura considerada como de uso público, se podría iniciar un procedimiento con la finalidad de determinar si se trata de una práctica anticompetitiva en el ámbito de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701, supuesto en el cual también se podría imponer el acceso compartido⁷⁵.
118. En consecuencia, en opinión de los organismos citados, la realización de la operación de concentración notificada, incrementaría la oferta de Servicio Portador LDN, lo que favorecería a los usuarios de servicios de telecomunicaciones.
119. Lo anterior tiene sustento en la idea de que, ante un mayor número de competidores, existirá mayor competencia y, por tanto, mayor beneficio para consumidores y/o usuarios. En efecto, normalmente, la mayor concurrencia de ofertantes a un mercado incrementa la puja de éstos por obtener las preferencias de los demandantes (consumidores y/o usuarios), lo que resulta en el ofrecimiento de productos o servicios de mayor calidad a menor precio.
120. En esta línea de razonamiento, considerando lo expuesto por las entidades antes mencionadas, la incursión de ISA incrementaría la oferta y el número de ofertantes de servicios portadores LDN, y con ello la competencia en el mercado de servicios de telecomunicaciones, posibilitando alcanzar eficiencias en el mercado de telecomunicaciones y permitiendo avanzar hacia una situación de competencia efectiva con el consecuente beneficio para consumidores y/o usuarios.
121. Adicionalmente, si bien el marco legal y reglamentario antes señalado limita el probable comportamiento contrario a la libre competencia que ISA u otra empresa podría pretender llevar a cabo en el mercado de telecomunicaciones; teniendo en cuenta que la convergencia tecnológica en las actividades de transmisión de energía eléctrica y las actividades de telecomunicaciones implica que la operación puede tener efectos sobre ambos mercados, corresponde recomendar al Osiptel mantener una actitud vigilante en el desarrollo de la competencia del mercado de telecomunicaciones, en especial del mercado de Servicios Portador LDN, y en los servicios para usuarios finales, garantizando el acceso a precios de mercado y evitando se destine dichos servicios a un número reducido de empresas.
122. Finalmente, no existe evidencia que indique que el acto de concentración notificado afectará directamente la competencia en otros mercados relacionados distintos al señalado.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, La Ley N° 26876 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, la Comisión de Libre Competencia;

RESUELVE:

Primero: Autorizar la operación de concentración de empresas generada por la adquisición de acciones de la empresa Consorcio Transmantaro S.A. y notificada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., condicionada a que, el grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.:

⁷⁵ Artículo 5 de la Ley 28295, en este sentido, Informe del Osiptel.



- (i) No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

Esta condición resulta idónea, necesaria y proporcional en tanto busca asegurar que la operación del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico, lo que finalmente, redundará en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica.

- (ii) De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.

Esta condición tiene como objeto evitar que el grupo económico conformado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. adopte conductas estratégicas a su favor durante los procesos de licitación (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica; y, asimismo, está dirigida a crear incentivos para que cuando el referido grupo participe en tales procesos, realice su mejor oferta, de modo que se reduzcan los costos de construcción y/o ampliación, y con ello los costos del servicio de electricidad.

Segundo: Exhortar al gobierno, a través del Ministerio de Energía y Minas, para que incorpore en el Reglamento de la Ley 28832, disposiciones relacionadas a:

- (i) Los mecanismos correspondientes para establecer una dirimencia en el caso de que la restricción impuesta al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. en el Comité de Operación Económica del Sistema - COES lleve a una situación de indeterminación en la decisión de cualquier instancia.
- (ii) El desarrollo de la obligatoriedad de la interconexión entre redes de transmisión eléctrica.

Tercero: Exhortar a la Presidencia del Consejo de Ministros, considerando la existencia de dos reguladores sectoriales y la convergencia tecnológica entre las actividades de transmisión de energía y telecomunicaciones, a que realice las acciones correspondientes para que se dicte una regulación integrada.

Cuarto: Recomendar al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL mantener una actitud vigilante en el desarrollo de la competencia del mercado de telecomunicaciones, en especial del mercado del servicios portador, y en los servicios para usuarios finales, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

Quinto: La Comisión de Libre Competencia, en el ámbito de su mandato legal, continuará vigilante de la probable realización de prácticas contrarias a la libre competencia, en especial, en los mercados analizados en el presente pronunciamiento.

Sexto: Establecer que cualquier cambio en la estructura de control de la empresa Consorcio Transmantaro S.A. debe ser comunicado a la Comisión de Libre Competencia conforme a ley.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Libre Competencia: Luis Felipe Arizmendi Echecopar, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera y José Llontop Bustamante.



Luis Felipe Arizmendi Echecopar
Presidente

El voto singular del señor comisionado David Ritchie Ballenas es el siguiente:

Concuerdo con la Comisión en el extremo en que autoriza la operación de concentración empresarial en transmisión en el sector eléctrico, señalada en el primer punto resolutivo de la presente Resolución, así como con las recomendaciones, exhortaciones y expresiones de buen cumplimiento señaladas en los demás puntos de la mencionada Resolución.

Sin perjuicio de ello, mi voto singular se sustenta en los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo N° 017-98/ITINCI⁷⁶ que aprueba el Reglamento de la Ley N° 27876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio en el Sector Eléctrico (en adelante, el Reglamento):

- Discrepo con la Comisión en cuanto la aprobación de la operación de concentración empresarial en transmisión en el sector eléctrico se extienda al mercado relacionado de transmisión en telecomunicaciones – es relacionado por ser convergente con el sector de transmisión eléctrica en el

⁷⁶ Reglamento de la Ley.-

Artículo 19.- Evaluación de la operación por la Comisión. Para determinar si la Operación de Concentración puede tener el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las Actividades o en los mercados relacionados, la Comisión deberá tomar en cuenta, cuando menos: la posición de las empresas participantes en el mercado; la delimitación del mercado relevante; la estructura del mismo; las posibilidades de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la existencia de hecho o de derecho de obstáculos de acceso al mercado; la evolución de la oferta y la demanda; la evolución del progreso técnico o económico; la perspectiva de integración con otros mercados; y, el efecto de la operación en los distintos mercados relevantes en el corto y largo plazo.

De igual modo, la evaluación de la concentración deberá comprender, entre otros, los siguientes aspectos:

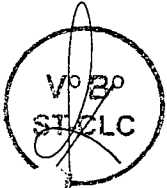
- a) Si la operación puede aportar una contribución a la mejora de los sistemas de producción y comercialización, al fomento del progreso técnico y económico, y a los intereses de los usuarios.
- b) Si la operación puede crear eficiencias dentro del mercado y si dicho aporte es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia que ocasione tal operación.
- c) Si la operación produce un aumento significativo de la concentración en el mercado y si como resultado de la misma se genera un mercado concentrado a niveles que limiten significativamente la competencia.
- d) Si la operación facilita substancialmente la realización de conductas, prácticas, acuerdos, convenios o contratos que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia, así como la imposición de barreras a la entrada de nuevos competidores.
- e) Si la operación tiene o puede tener por objeto desplazar indebidamente del mercado a otras empresas, o impedirles el acceso al mismo, especialmente en las Operaciones de Concentración entre empresas que se encuentren ubicadas en diferentes cadenas productivas.

Artículo 20.- Carga de la prueba de las eficiencias generadas. En los casos de los incisos a) y b) del Artículo 19 de la presente norma, la carga de la prueba de las eficiencias corresponderá a las Personas o empresas que efectuaron la Notificación.

uso compartido de torres y servidumbres - debido a que no se ha cumplido con lo requerido en lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento, en especial con lo recogido en los incisos a) y b); al respecto, el artículo 20 de la citada norma establece que la carga de la prueba de las eficiencias de la operación a la que hacen referencia los incisos a) y b) del Reglamento corresponderá a las empresas que efectuaron la notificación, sin hacer distingo alguno entre mercados.



- Los informes de las autoridades sectoriales consultadas, naturalmente, se refieren cada uno a su sector, sin que se pueda apreciar en ellos el efecto en la eficiencia y demás consideraciones del artículo 19 del Reglamento ante el uso compartido de las torres y servidumbres - que conforman una parte significativa de la inversión - y el beneficio también compartido que ese hecho otorga.



Surge de lo anterior que como condición de que la operación de concentración se lleve a cabo, es necesario se disponga que la Secretaría Técnica inicie una investigación de oficio, al amparo de la cual se pueda cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 19 y 20 del Reglamento.


David Ritchie Ballenas
Miembro de Comisión



ANEXO 7

Lo testado no va.
01652

Resolución

N° 001-2007-INDECOPI/CLC

Lima, 10 de enero de 2007

VISTO:

El escrito de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., del 18 de diciembre de 2006, por medio del cual solicita a esta Comisión la aclaración de diversos aspectos de la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC; y,

CONSIDERANDO:**I. Antecedentes**

1. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en lo sucesivo, ISA) es una empresa colombiana, cuyos principales accionistas son la República de Colombia (a través de su Ministerio de Hacienda y Crédito Público) y Empresas Públicas de Medellín E.S.P. - EPM. Dicha empresa participa del mercado eléctrico peruano a través de la propiedad directa e indirecta de dos empresas que realizan actividad de transmisión eléctrica, Red de Energía del Perú S.A. e Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A.
2. Mediante escrito del 19 de julio de 2006, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y su Reglamento¹, ISA solicitó a la Comisión de Libre Competencia del Indecopi (en lo sucesivo, la Comisión) la autorización previa para la adquisición directa e indirecta del control de la empresa Consorcio Transmantaro S.A., a través de la compra de la totalidad de sus acciones en partes o etapas.
3. Mediante Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC, del 16 de noviembre de 2006, la Comisión decidió:

Primero: Autorizar la operación de concentración de empresas generada por la adquisición de acciones de la empresa Consorcio Transmantaro S.A. y notificada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., condicionada a que, el grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.:

- (i) No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas

¹ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI.

pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

Esta condición resulta idónea, necesaria y proporcional en tanto busca asegurar que la operación del Comité de Operación Económica del Sistema – COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico, lo que finalmente, redundará en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica.



- (ii) De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.

Esta condición tiene como objeto evitar que el grupo económico conformado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. adopte conductas estratégicas a su favor durante los procesos de licitación (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica; y, asimismo, está dirigida a crear incentivos para que cuando el referido grupo participe en tales procesos, realice su mejor oferta, de modo que se reduzcan los costos de construcción y/o ampliación, y con ello los costos del servicio de electricidad.

Segundo: Exhortar al gobierno, a través del Ministerio de Energía y Minas, para que incorpore en el Reglamento de la Ley 28832, disposiciones relacionadas a:

- (i) Los mecanismos correspondientes para establecer una dirimencia en el caso de que la restricción impuesta al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. en el Comité de Operación Económica del Sistema - COES lleve a una situación de indeterminación en la decisión de cualquier instancia.
- (ii) El desarrollo de la obligatoriedad de la interconexión entre redes de transmisión eléctrica.

Tercero: Exhortar a la Presidencia del Consejo de Ministros, considerando la existencia de dos reguladores sectoriales y la convergencia tecnológica entre las actividades de transmisión de energía y telecomunicaciones, a que realice las acciones correspondientes para que se dicte una regulación integrada.

Cuarto: Recomendar al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL mantener una actitud vigilante en el desarrollo de la competencia del mercado de telecomunicaciones, en especial del mercado de servicios portador, y en los servicios para usuarios finales, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

Quinto: La Comisión de Libre Competencia, en el ámbito de su mandato legal, continuará vigilante de la probable realización de prácticas contrarias a la libre competencia, en especial, en los mercados analizados en el presente pronunciamiento.

Sexto: Establecer que cualquier cambio en la estructura de control de la empresa Consorcio Transmantaro S.A. debe ser comunicado a la Comisión de Libre Competencia conforme a ley.

4. Mediante escrito del 18 de diciembre de 2006, ISA solicitó a la Comisión se sirva aclarar los siguientes aspectos relacionados con el numeral (i) del primer resuelve de la citada resolución, señalando:

a) *Cuáles son las otras instancias de decisión al interior del COES, distintas al Subcomité de Transmisión, en que ISA debe ejercer un voto único, absteniéndose de utilizar los votos restantes o votando con una abstención.*

(...)

b) *Si la condición impuesta dejará de tener efecto si el Reglamento de la Ley N° 28832 adopta una fórmula de participación distinta al voto único.*

(...)

c) *Si la condición impuesta dejará de tener efecto si se modifica la conformación del COES —con el consecuente incremento del número de sus miembros— una vez emitido el Reglamento de la Ley N° 28832 o con el ingreso de nuevos operadores de transmisión no vinculados a ISA. En tal caso, cuál será el número de miembros mínimo que deberá tener el referido Subcomité para que ISA pueda ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos sin limitación alguna.*

II. Cuestión en discusión

5. La presente resolución tiene por finalidad pronunciarse sobre el pedido de aclaración formulado por ISA mediante su escrito del 18 de diciembre de 2006, con relación a lo señalado por esta Comisión en el numeral (i) del primer resuelve de la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC.

III. Análisis de la cuestión en discusión

a) Procedencia del pedido de aclaración

6. El artículo 28 del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi (en adelante, ROF del Indecopi), aprobado mediante Decreto Supremo 077-2005-PCM, establece que las Salas que integran del Tribunal del Indecopi son competentes para pronunciarse sobre las solicitudes de enmienda, ampliación y aclaraciones de las resoluciones que emitan.²
7. A su vez, en el artículo 29 del mencionado reglamento, se establece que el Tribunal del Indecopi sólo puede enmendar sus resoluciones en caso las mismas contengan errores manifiestos de escritura o de cálculo, o presenten inexactitudes evidentes. A su vez, la misma norma señala que procederá la

² Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado mediante Decreto Supremo 077-2005-PCM.-

Artículo 28.- Competencia funcional de Salas del Tribunal

Las Salas que integran el Tribunal del INDECOPI conocerán de las causas que se le presenten, exclusivamente en los siguientes casos:

(...)

d) Solicitudes de enmienda, ampliación y aclaración de las resoluciones que emitan.

ampliación de la resolución cuando el Tribunal no hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos; asimismo, señala que el pedido deberá formularse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución.³

8. Al respecto, el artículo 42 del ROF del Indecopi señala que los procedimientos que se siguen ante las comisiones, se rigen por las disposiciones que regulan las materias de su competencia, así como las normas de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi y supletoriamente por la Ley del Procedimiento Administrativo General. Se rigen a su vez, por las disposiciones procesales contenidas en los artículos 29, 34 y 35 del ROF en lo que resulten aplicables.⁴

9. En ese sentido, dado que ni la Ley N° 26876 ni su reglamento, establecen la figura de la aclaración de las resoluciones expedidas en el marco de un procedimiento de autorización previa en el sector eléctrico, esta Comisión considera que resultaría aplicable lo señalado en el ROF del Indecopi con relación a dicha materia.

10. Sobre el plazo para solicitar la aclaración de resoluciones, en aplicación de lo dispuesto en el anterior artículo 28 del ROF del Indecopi⁵, cuya redacción es similar a la del artículo 29 vigente, la Sala de Defensa de la Competencia señaló en un procedimiento seguido ante esta Comisión lo siguiente:

(...)

Asimismo, la Sala puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella. Si bien la norma no ha regulado el plazo en el cual deberán formularse los pedidos de aclaración, la Sala considera que deben hacerse dentro de los tres (3) días posteriores a la notificación de la resolución de la Sala, en aplicación analógica del plazo

³ **Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado mediante Decreto Supremo 077-2005-PCM.-**

Artículo 29.- Enmienda y aclaración de resoluciones

El Tribunal solamente podrá enmendar sus resoluciones en caso las mismas contengan errores manifiestos de escritura o de cálculo, o presenten inexactitudes evidentes. La enmienda podrá producirse de oficio o a pedido de parte.

Asimismo, procederá la ampliación de la resolución cuando el Tribunal no hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. El pedido deberá formularse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución y el Tribunal deberá expedir la ampliación dentro de los diez (10) días siguientes de formulado el pedido.

⁴ **Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado mediante Decreto Supremo 077-2005-PCM.-**

Artículo 42.- Normas aplicables por Comisiones del Indecopi

Los procedimientos que se siguen ante las Comisiones se regirán por las disposiciones que regulan las materias de su competencia, así como por las normas de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI y supletoriamente, por la Ley del Procedimiento Administrativo General. Rigen también para las Comisiones las disposiciones procesales contenidas en los artículos 29, 34 y 35 del presente Reglamento, en lo que resulten aplicables.

⁵ El artículo 28 del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado mediante Decreto Supremo 025-93-ITINCI establecía lo siguiente:

Artículo 28.- El Tribunal solamente podrá enmendar sus resoluciones en caso las mismas contengan errores manifiestos de escritura o de cálculo, o presenten inexactitudes evidentes. La enmienda podrá producirse de oficio o a pedido de parte. El pedido de enmienda deberá hacerse dentro de los tres (03) días útiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución y el Tribunal deberá resolver en el plazo de tres (03) días de formulado el pedido.

Asimismo, procederá la ampliación de la resolución cuando el Tribunal no hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. El pedido deberá formularse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución y el Tribunal deberá expedir la ampliación dentro de los diez (10) días siguientes.

establecido en el Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI para la enmienda y para la ampliación⁶.

En igual sentido, en pronunciamientos recientes, la Sala de Defensa de la Competencia, en aplicación del artículo 29 del ROF del Indecopi vigente, reiteró el criterio antes señalado considerando el plazo de tres (3) días hábiles como aquel aplicable para efectuar las solicitudes de aclaración de resoluciones, estableciendo que:



(...)

Si bien la norma no ha regulado el plazo en el cual deberán formularse los pedidos de aclaración, la Sala considera que deben hacerse dentro de los tres (3) días posteriores a la notificación de la resolución de la Sala, en aplicación analógica del plazo establecido en el citado decreto supremo para la enmienda y para la ampliación.⁷

11. La Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC expedida por la Comisión el 16 de noviembre de 2006 fue notificada a ISA el 24 de noviembre del mismo año. Sin embargo, el pedido de aclaración formulado por ISA se efectuó el 18 de diciembre de 2006, es decir, catorce (14) días después de notificada la resolución. En ese sentido, en aplicación del criterio establecido por la Sala de Defensa de la Competencia, al haber excedido el plazo de tres (3) días antes señalado, esta Comisión considera que corresponde declarar inadmisibile la solicitud.

b) Criterios para la supervisión del cumplimiento de lo dispuesto en el numeral (i) del resuelve primero de la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC

12. Independientemente de la extemporaneidad de la solicitud de aclaración formulada por ISA, esta Comisión considera que vista la naturaleza especial del procedimiento de autorización previa, y dada la condición de conducta impuesta por la Comisión para autorizar la operación de concentración cuya aclaración se solicita, ello implicará una supervisión permanente del cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC por parte de la Secretaría Técnica y la Comisión, por lo que es importante explicitar algunos criterios que guiarán dicha actuación.

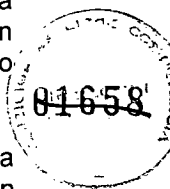
13. En efecto, la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC señala que, considerando la importancia del Comité de Operación Económica del Sistema (en lo sucesivo, COES) para el funcionamiento del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional - SEIN y el desarrollo del sector eléctrico nacional (tanto a nivel de operación como de planificación), resulta de particular importancia la independencia de las decisiones al interior del COES respecto de las empresas o los grupos económicos que lo conforman.⁸

⁶ Ver: Resolución N° 0371-2004/TDC-INDECOPI expedida el 18 de agosto de 2004 por la Sala de Defensa de la Competencia en el marco del procedimiento seguido bajo el Expediente N° 001-2003/CLC.

⁷ Ver: Resolución N° 0075 2006/TDC INDECOPI expedida el 23 de enero de 2006 en el marco del Expediente N° 01200-2005/TDC/Queja. En igual sentido: Resolución N° 2162-2006/TDC-INDECOPI expedida el 11 de diciembre de 2006 por la Sala de Defensa de la Competencia en el marco del Expediente N° 247-2001-01-16/CRP-ODI-ULI.

⁸ Mayor información Sección 3.3. de la citada resolución, numeral 56.

Por lo tanto, la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC pretende asegurar que la operación del COES, en todos sus niveles de decisión (actuales o futuros), no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico, lo que finalmente redundará en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica.



14. En ese sentido, corresponde resaltar que el objeto o finalidad que motivó la decisión de la Comisión, es que las decisiones al interior del COES sean adoptadas de forma independiente, sin verse afectadas por los intereses particulares de los miembros o grupos económicos que lo conforman.
15. En virtud de lo establecido; y considerando la solicitud de autorización previa presentada por ISA, la que en el momento de concretarse incrementará la participación de dicha empresa en el mercado nacional transmisión eléctrica y su influencia en aquellas instancias donde ésta resulta de importancia (como en el caso del COES); con el objeto de preservar la independencia de las decisiones al interior del COES, y evitar aquellos problemas que el acto de concentración pudiera acarrear en su operación y planificación; esta Comisión restringió el derecho de ISA a ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones, en cualquier instancia de decisión al interior del COES creada o por crearse, hasta el límite en que se garantice que no podrá imponer en exclusividad su planteamiento.
16. En ese sentido, con información disponible a la fecha de la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC, la que incluyó, entre otras, aquella proporcionada por el Ministerio de Energía y Minas respecto de la posible votación al interior del Subcomité de Transmisión del COES¹⁰, el objeto o finalidad de la decisión de la Comisión dio lugar al condicionamiento consignado en el numeral (i) del primer resuelve de la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC.
17. El mecanismo elegido para la ejecución de la Resolución de la Comisión, no reemplaza ni elimina el objeto final del pronunciamiento, evitar la preponderancia de intereses particulares en las decisiones al interior del COES (en este caso particular, los de ISA) y los problemas que aquello puede acarrear en su operación y planificación, sino que, hace operativa su aplicación en base a la información disponible al momento de la decisión.
18. En tal sentido, con relación a la supervisión que efectuará esta Comisión, corresponde señalar que:
 - i) El objeto o finalidad que motivó la decisión de la Comisión se da en todas aquellas instancias del COES creadas o por crearse en las cuales ISA, en

⁹ Numeral (i) del primero resuelve de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.

¹⁰ El Ministerio de Energía y Minas, mediante Oficio N° 1091-2006-MEM/DGE, del 6 de octubre de 2006, señaló que de producirse la concentración de Consorcio Transmántaro S.A. con el grupo ISA, este último tendría tres (03) miembros sobre cinco (05), lo que le otorgaría mayoría en las decisiones del Subcomité de Transmisión y control en la elección del director del COES que representa a los transmisores; situación que podría afectar la equidad de participación en el Subcomité de Transmisión del COES y sesgar las decisiones a favor de los intereses de grupo ISA. Sin embargo, también señaló que el Reglamento de la Ley N° 28832, en actual elaboración, podría establecer algunas reglas de participación que eviten esta situación de ventaja, como por ejemplo la participación en función de grupo económico.

virtud de lo que establezca el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES, pueda ejercer preponderancia en las decisiones.

Con la información disponible, aquella estaría restringida únicamente al Subcomité de Transmisión; sin embargo, considerando que el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES le pueden otorgar a ISA la preeminencia en las decisiones en otras instancias distintas a la del Subcomité de Transmisión, corresponde supervisar el cumplimiento de dicho propósito en todas ellas. Lo que se traduce en que se vigilará que ISA no ejerza preponderancia en las decisiones en todas aquellas instancias en las que el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES le otorguen esa posibilidad.

- ii) El objeto o finalidad de la condición impuesta en la resolución se debe cumplir en todas aquellas instancias en las cuales el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES le otorguen a ISA preponderancia en las decisiones. De forma práctica, con la información disponible, la Comisión en su resolución adoptó la fórmula de voto; sin embargo, en atención a todas aquellas disposiciones que el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES puedan establecer, corresponderá supervisar que ISA no ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones, en cualquier instancia de decisión al interior del COES, hasta el límite en que se garantice que no podrá imponer en exclusividad su planteamiento.

Por lo tanto, en la instancia correspondiente del COES, se vigilará que ISA utilice los votos que le hayan sido asignados en tanto su utilización no le permita imponer en exclusividad su posición, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o, respecto de éstos, votar absteniéndose.

- iii) La aplicación práctica para alcanzar el objeto o finalidad establecido en el numeral (i) del primer resuelve de la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC, tendrá vigencia y será supervisada por la autoridad de competencia en tanto: sea el mecanismo de votación considerado para su establecimiento el consignado en el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o en la organización del COES, y el ejercicio por parte de ISA de la totalidad de sus votos le otorgue preponderancia en las decisiones de la instancia correspondiente.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, la Ley N° 26876, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI y el Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado mediante Decreto Supremo 022-2005-PCM, la Comisión de Libre Competencia;

RESUELVE:

Primero: En aplicación de lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi y lo establecido por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, declarar inadmisibles las solicitudes efectuadas por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. mediante su escrito del 18 de diciembre de 2006, para que la Comisión de Libre Competencia aclare lo

consignado en el numeral (i) del primer resuelve de la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC, expedida el 16 de noviembre de 2006.

Segundo: Explicitar como criterios para la supervisión de la condición establecida en el numeral (i) del primer resuelve de la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC, la cual será efectuada por la Secretaría Técnica y la Comisión los siguientes:

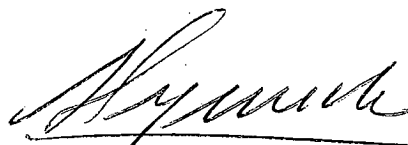


- i) El cumplimiento de la decisión de la Comisión de Libre Competencia se supervisará en todas aquellas instancias del Comité de Operación Económica del Sistema – COES en las cuales Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., en virtud de lo que pueda establecer el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, tenga preponderancia en las decisiones.
- ii) En atención a todas aquellas disposiciones que el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del Comité de Operación Económica del Sistema – COES puedan establecer, corresponde supervisar el cumplimiento de la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC, en lo referido a la restricción al derecho de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. a ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones; en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, hasta el límite en que se garantice que no podrá imponer en exclusividad su planteamiento.

Por lo tanto, en la instancia correspondiente del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, se vigilará que Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. utilice los votos que le hayan sido asignados en tanto su utilización no le permita imponer en exclusividad su posición, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o, respecto de éstos, votar absteniéndose.

- iii) El condicionamiento establecido en el numeral (i) del primer resuelve de la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC tendrá vigencia en tanto, en la instancia correspondiente, el mecanismo de votación adoptado sea por empresa, e Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. de ejercer la totalidad de sus votos, tenga preponderancia en la toma de decisiones.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Libre Competencia: Luis Felipe Arizmendi Echecopar, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, David Ritchie Ballenas y José Llontop Bustamante.



Luis Felipe Arizmendi Echecopar
Presidente

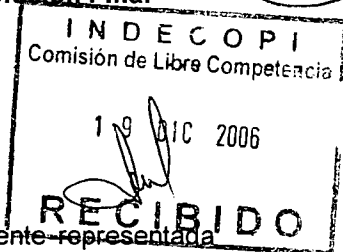


ANEXO 8

2006 DIC 18 PM 2 40

RECIBIDO
UNIDAD DOCUMENTARIA

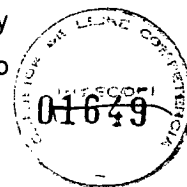
Exp.: 005-2006/CLC
Materia: Notificación de Concentración en el sector eléctrico
Sumilla: **Aclaración Resolución Final**
Escrito: N° 9

**A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI**

Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante ISA), debidamente representada por el señor **Roberto Jesús Santiváñez Seminario**, según poder que obra en autos, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 02816437, en el procedimiento de autorización de concentración empresarial iniciado conforme a la Ley N° 26876, atentamente decimos:

I. Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC

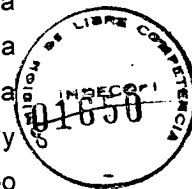
1. Mediante Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC, que nos fue notificada el 24 de noviembre de 2006, La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI (en adelante CLC) autorizó la concentración de **ISA** con el Consorcio Transmantaro S.A., sujetándola a las siguientes condiciones:
 - a) **Voto único al interior del COES:** Las empresas del Grupo ISA no deben ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del COES, por lo que sólo podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.
 - b) **No participación en la segunda convocatoria de licitaciones:** El Grupo ISA no debe participar de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.
2. La Resolución antes citada señala que el objetivo de la condición de voto único al interior del COES es asegurar que su operación en todos sus niveles de decisión no responda a los intereses particulares de una empresa sino a la mejor operación



del sistema eléctrico. Según la CLC esta es una medida idónea, necesaria y proporcional, de acuerdo a lo previsto por el marco legal, para lograr el objetivo antes referido.

3. Como sustento de la condición impuesta la CLC ha señalado lo siguiente: *"Así, con la finalidad de evitar la preponderancia de ISA en las decisiones al interior del COES, y los problemas que ello podría acarrear en su operación y planificación, se debe restringir el derecho e la empresa solicitante a ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones, en cualquier instancia de decisión al interior del COES. Por lo tanto, en concordancia con la fórmula señalada por el MEM, correspondería condicionar la realización de la presente operación de concentración a que las empresas relacionadas con ISA, en conjunto, ejerzan una única opción de decisión como grupo económico"* (subrayado agregado).
4. Sobre el particular, corresponde precisar que la opinión del Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM) señaló lo siguiente: *"De producirse la concentración de CTM con el grupo ISA, éste tendría tres (03) miembros sobre los cinco (05), lo que le daría mayoría en las decisiones del sub comité y control en la elección del director del COES que representa a los transmisores; situación que podría afectar la equidad de participación en el Subcomité de Transmisores del COES y sesgar las decisiones a favor de los intereses del grupo ISA. Sin embargo, en el Reglamento de la Ley N° 28832, en actual elaboración, se puede establecer algunas reglas de participación que eviten esta situación de ventaja, como por ejemplo la participación en función de "grupo económico". Así mismo, se espera que en el futuro se incorporen nuevas empresas de transmisión, con lo cual se reducirá la ventaja inicial de ISA"* (subrayados agregados)¹.
5. En tal sentido, siguiendo los planteamientos de la opinión planteada por el MEM se tiene lo siguiente:
 - De producirse la concentración, ISA tendría mayoría dentro del Subcomité de Transmisión del COES, asumiendo que el mismo quedaría conformado sólo por 5 miembros. El Ministerio no hace mención a que ISA obtenga tal mayoría en otra instancia de decisión del COES, es decir, en sus órganos de Gobierno que son la Asamblea, el Directorio y la Dirección Ejecutiva.

¹ Oficio N° 1091-2006-MEM/DGE, presentado ante la Comisión de Libre Competencia el 06 de octubre de 2006.



- El Ministerio se encuentra elaborando el Reglamento de la Ley N° 28832, en la parte correspondiente a la nueva organización del COES, y en dicha norma puede establecer reglas de participación en la toma de decisiones que eviten la situación de ventaja que tendría ISA como consecuencia de la concentración, y una de esas medidas podría ser la participación en función de grupo económico. El Ministerio no señaló que ya se hubiera decidido por dicha fórmula de participación o que la misma fuera la única o la más conveniente.
 - El Ministerio considera que en el futuro ingresarán nuevas empresas transmisoras al mercado, con lo cual se reducirá la ventaja inicial de ISA. En otras palabras, la preponderancia que adquiriría ISA como producto de la concentración desaparecerá.
6. Considerado los alcances de la opinión del MEM, que la CLC señala que ha tomado en cuenta para establecer la condición de voto único al interior del COES, **solicitamos respetuosamente a la CLC se sirva aclarar los siguientes aspectos** del Artículo Primero numeral (i) de la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC:

- a) **Cuáles son las otras instancias de decisión al interior del COES, distintas al Subcomité de Transmisión, en que ISA debe ejercer un voto único, absteniéndose de utilizar los votos restantes o votando con una abstención.**

Ello en tanto que, según el MEM, la ventaja que obtendría ISA estaría limitada a dicho Subcomité, y debido a que de conformidad con la Ley N° 28832 la única instancia en que las empresas ejercerán votos directamente será en los respectivos Subcomités del COES.

- b) **Si la condición impuesta dejará de tener efecto si el Reglamento de la Ley N° 28832 adopta una fórmula de participación distinta al voto único.**

Ello debido a que el MEM solamente planteó la participación por grupo económico como una medida que se estaba evaluando sin definir si ya se había optado por la misma, y debido a que por la jerarquía legal de existir una

norma posterior en contrario a la condición impuesta consideramos que debe primar la norma legal.



- c) Si la condición impuesta dejará de tener efecto si se modifica la conformación del COES -con el consecuente incremento del número de sus miembros- una vez emitido el Reglamento de la Ley N° 28832 o con el ingreso de nuevos operadores de transmisión no vinculados a ISA. En tal caso, cuál es el número de miembros mínimo que deberá tener el referido Subcomité para que ISA pueda ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos sin limitación alguna.

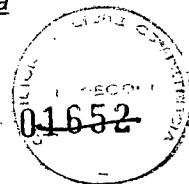
Ello debido a que el propio MEM ha señalado que considera que en el futuro el Subcomité de Transmisión tendrá más miembros e ISA ya no contará con la ventaja inicial, y debido a que si bajo tal supuesto no se permite a ISA ejercer todos los votos a los que tiene opción, se le estaría aplicando una condición discriminatoria frente a sus iguales y colocando en una situación de desventaja.

7. ISA solicita las aclaraciones antes referidas, consciente de que las mismas resultan imprescindibles para el cabal cumplimiento de la condición impuesta por la CLC y también para el debido funcionamiento administrativo del COES.
8. Finalmente, cabe agregar que en las oportunidades en que la CLC ha impuesto condiciones que limitan el ejercicio de los derechos de voto de las empresas eléctricas al interior del COES, ha cuidado de establecer, en la medida de lo posible, los criterios para definir no sólo en qué instancias de decisión del COES aplica la limitación, sino también el horizonte temporal de la misma. Así, por ejemplo, en la Resolución N° 012-99-INDECOPI/CLC, se estableció lo siguiente:

“Autorizar las operaciones de concentración generadas por las adquisiciones de acciones de Enersis S.A. por parte de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de España y de la Empresa Nacional de Electricidad de Chile por Enersis S.A.; sometiéndolas a las siguientes condiciones:

- a) Que una de las siguientes empresas: Edegel S.A., Empresa Termoeléctrica de Ventanilla S.A. (Etevensa) o Empresa Eléctrica de Piura S.A., en forma indistinta, vote absteniéndose en todas las decisiones que requieran de votación dentro del Directorio como de los Comités Técnicos que conforman el COES-SICN, hasta la fecha en que, como producto de la

interconexión de los sistemas SICN y SIS se conforme un único COES a nivel nacional" (subrayados agregados).



Por tanto:

Solicitamos a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI se sirva admitir y dar el trámite correspondiente a nuestro pedido, emitiendo la aclaración correspondiente en su oportunidad.

Lima, 18 de diciembre de 2006.

Roberto Jesús Santiváñez Seminario
Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.



ANEXO 9

INDECOPI

CLC

NO SE ADJUNTA COPIA DE	
☐	ESCRITO
☒	RECAUDOS

Escrito: 1
 Sumilla: Solicitud de eliminación y/o revocación de condiciones impuestas en la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC

025246

A LA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI

001686

INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P. (en adelante, ISA), empresa debidamente constituida en Colombia según certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín (Anexo 1-A), debidamente representada por el señor Carlos Mario Caro Sanchez, identificado con Carné de Extranjería N° 000823913 (Anexo 1-B), según poder que se adjunta al presente (Anexo 1-C), señalando domicilio procesal para estos efectos en Avenida Juan de Arona 720, Oficina 601, San Isidro, Lima, Perú, a ustedes respetuosamente solicitamos:

Se sirva iniciar un procedimiento administrativo dirigido eliminación y/o revocación de las condiciones impuestas a ISA y a las empresas peruanas concesionarias de actividades de electricidad que se encuentran bajo su control (Grupo ISA) en la parte resolutive de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC y la Resolución N° 001-2007-INDECOPI/CLC que la complementa (en adelante, simplemente la "Resolución 081").

Esta solicitud se sustenta en los fundamentos de hecho y de derecho en que presentamos a continuación, previos los siguientes Antecedentes:

I. ANTECEDENTES

El 19 de julio de 2006, ISA -que a esa fecha tenía el control de las empresas peruanas concesionarias de transmisión Red de Energía del Perú S.A. ("REP") e Interconexión Eléctrica Perú S.A. ("ISA Perú")- solicitó a la Comisión la autorización para la concentración derivada de la adquisición del control de la otra empresa peruana concesionaria de transmisión Consorcio Transmantaro S.A. ("CTM"), al amparo de la Ley N° 26876.

El 16 de noviembre de 2006, luego de verificar que a través de la adquisición del control de CTM por ISA, se produciría una integración horizontal en el mercado peruano de actividades de transmisión de energía eléctrica, la Comisión decidió autorizar la referida concentración empresarial mediante Resolución 081,

estableciendo dos condiciones a ISA y a las tres (3) empresas transmisoras peruanas que quedarían bajo su control (en adelante, "Grupo ISA").

Las referidas condiciones fueron impuestas en dos ámbitos en los cuales la Comisión consideró que eran necesarias, así:

001687

(i) Actuación en las instancias de decisión del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES)

En este ámbito, la condición impuesta por la Comisión al Grupo ISA fue la siguiente:

"No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

Esta condición resulta idónea, necesaria y proporcional en tanto busca asegurar que la operación del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico, lo que finalmente, redundará en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica".

(ii) Inversiones en el sector eléctrico (licitaciones para la concesión de la construcción y operación de nuevas instalaciones de transmisión)

En este ámbito, la condición impuesta por el INDECOPI al Grupo ISA fue la siguiente:

"De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura

de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.

Esta condición tiene como objeto evitar que el grupo económico conformado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. adopte conductas estratégicas a su favor durante los procesos de licitación (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica; y, asimismo, está dirigida a crear incentivos para que cuando el referido grupo participe en tales procesos, realice su mejor oferta, de modo que se reduzcan los costos de construcción y/o ampliación, y con ello los costos del servicio de electricidad".

Posteriormente, el 10 de enero de 2007, mediante Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC (en adelante, la "Resolución 001"), la Comisión desarrolló el alcance de la condición establecida en el numeral (i), definiendo que esta debía verificarse en cualquier instancia de decisión al interior del COES.

II. VÍA PROCEDIMENTAL APLICABLE Y COMPETENCIA

De acuerdo con la normatividad vigente, la vía procedimental aplicable a la presente solicitud de eliminación y/o revocación de las condiciones impuestas al Grupo ISA, es la de "una solicitud en interés particular al amparo del artículo 107 de la LPAG", que establece lo siguiente:

"Artículo 107.- "Solicitud en interés particular del administrado

*Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para **solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho**, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición". (Énfasis, agregado).*

Esta norma establece que el administrado tiene el derecho de presentarse ante la Autoridad Administrativa y solicitar la satisfacción de su interés legítimo, así como

también obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho. Esto ha sido definido por el Tribunal Constitucional como la expresión de una "petición subjetiva":

"b) La petición subjetiva

001669

Es aquella que se encuentra referida a la solicitud individual o colectiva que tiene por objeto el reconocimiento administrativo de un derecho administrativo; es decir, conlleva a la admisión de la existencia de una facultad o atribución para obrar o abstenerse de obrar y para que el administrado peticionante haga exigible a terceros un determinado tipo de prestación o comportamiento.

En ese sentido, la petición prevista en el artículo 107° de la Ley N.° 27444 está destinada a obtener la constitución, declaración, reconocimiento u otorgamiento de un derecho, así como a alcanzar la constatación de un hecho de relevancia administrativa, el ejercicio de una facultad, o la formulación de una legítima oposición o contradicción a una decisión administrativa.

Como manifestación jurídica, la petición subjetiva puede pluralmente consumarse en el reconocimiento de una pretensión, en donde el beneficiado podrá en el futuro exigir a terceros el cumplimiento de un deber y obtener del Estado la ejecución de una sanción contra quien lo incumpla; como expresión de señorío se obtiene el albedrío para optar entre la ejecución o no ejecución de una acción; como expresión de un poder privativo se puede crear, modificar o extinguir facultades u obligaciones mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad"¹. (Énfasis agregado).

En tal sentido, en el marco del artículo 107 de la LPAG, antes citado, el administrado (el Grupo ISA), tiene derecho a solicitar la eliminación de una condición administrativa establecida por el INDECOPI en el marco de un procedimiento de autorización previa de concentraciones en el sector eléctrico, en

¹ Sentencia Expediente N° 1042-2002-AA/TC (Sección 2.2.1). Es importante tener en cuenta que no se trata de un derecho de petición de gracia (en los términos del artículo 112 de la LPAG), sino de un verdadero poder jurídico del administrado a solicitar la satisfacción de su derecho ante la autoridad administrativa, sea solicitando una declaración, el reconocimiento u el otorgamiento de un derecho.

tanto dicha condición restrinja sus derechos sin un sustento real y sin que exista una justificación para tal restricción.

001670

En cuanto a la competencia de la Comisión para conocer de la presente solicitud, siendo la autoridad competente para conocer y pronunciarse sobre la solicitud de autorización de una operación de concentración en el sector eléctrico y la imposición de condiciones², también lo es para evaluar si éstas deben mantenerse o eliminarse o revocarse. Por ello, declaramos que nos sujetamos a las reglas de tramitación y procedimiento administrativo establecidas en la Ley No. 26876 y su Reglamento.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

Conforme a lo señalado en párrafos anteriores, la Comisión autorizó la concentración notificada por el Grupo ISA, estableciendo dos condiciones, cuyas premisas y sustento fáctico se analizan en detalle a continuación:

3.1 Participación del Grupo ISA en el COES

La primera condición que se impuso al Grupo ISA determina cómo debe ejercer al interior del COES los derechos que corresponden a las empresas peruanas de transmisión eléctrica que se encuentran bajo su control.

Al respecto, la Comisión entendió que luego de la concentración, el Grupo ISA lograría tener mayor capacidad de voto en las instancias decisorias del COES y podría tener injerencia preponderante para determinar el sentido de las decisiones. Las siguientes fueron las consideraciones del INDECOPÍ sobre esta materia:

"58. Sin embargo, con relación a la nueva estructura que adoptará el COES, y considerando lo establecido en el numeral 2 del artículo 16 de la Ley 28832 y lo señalado por el MEM mediante su escrito del 6 de octubre de 2006; actualmente existen cinco empresas que conformarían el Subcomité de Transmisores del COES (REP, CTM, Eteselva S.R.L., ISA Perú y Red Eléctrica del Sur S.A.), de las cuales, de concretarse la

² Artículo 8.- Corresponderá a la Comisión de Libre Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPÍ conocer y resolver en primera y segunda instancia respectivamente, los procedimientos que se inicien con sujeción a la presente Ley.

operación, ISA ejercería control sobre tres de ellas (REP, CTM e ISA Perú).

001671

59. Este escenario le podría permitir a ISA tener una injerencia preponderante en las decisiones que se adopten en el referido subcomité, y a través de éste, en las decisiones de los órganos de gobierno del COES, y eventualmente en otros escenarios, en donde el futuro reglamento de la Ley 28832 lo permita.

60. Considerando que la injerencia preponderante en las decisiones en el Subcomité de Transmisión por parte de ISA podría alterar la independencia respecto de intereses particulares en las decisiones al interior del COES, la Secretaría Técnica recomendó a esta Comisión establecer restricciones al accionar del grupo económico conformado por la empresa notificante, a efectos de garantizar la independencia en la toma de decisiones en el COES".

Por ello, mediante la Resolución 081 se aprobó la concentración bajo condición de que al participar al interior del COES el Grupo ISA:

"No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose".

Según sostuvo la Comisión, esta condición tenía por finalidad que la operación del COES *"en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico"*.

Posteriormente, la condición citada se precisó mediante la Resolución 001, en los siguientes términos:

"18. En tal sentido, con relación a la supervisión que efectuará esta Comisión, corresponde señalar que:

001672

i) El objeto o finalidad que motivó la decisión de la Comisión se da en todas aquellas instancias del COES creadas o por crearse en las cuales ISA, en virtud de lo que establezca el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES, pueda ejercer preponderancia en las decisiones.

Con la información disponible, aquella estaría restringida únicamente al Subcomité de Transmisión; sin embargo, considerando que el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES le pueden otorgar a ISA la preeminencia en las decisiones en otras instancias distintas a la del Subcomité de Transmisión, corresponde supervisar el cumplimiento de dicho propósito en todas ellas. Lo que se traduce en que se vigilará que ISA no ejerza preponderancia en las decisiones en todas aquellas instancias en las que el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES le otorguen esa posibilidad.

ii) El objeto o finalidad de la condición impuesta en la resolución se debe cumplir en todas aquellas instancias en las cuales el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES le otorguen a ISA preponderancia en las decisiones. **De forma práctica, con la información disponible,** la Comisión en su resolución adoptó la formula de voto; sin embargo, en atención a todas aquellas disposiciones que el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES puedan establecer, corresponderá supervisar que ISA no ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones, en cualquier instancia de decisión al interior del COES, hasta el límite en que se garantice que no podrá imponer en exclusividad su planteamiento. Por lo tanto, **en la instancia correspondiente del COES, se vigilará que ISA utilice los votos que le hayan sido asignados en tanto su utilización no le permita imponer en exclusividad su posición, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o, respectos de éstos, votar absteniéndose** (énfasis agregado).

Según lo expresado por la Comisión, se impuso la condición al Grupo ISA con la información disponible al momento de emitirse la Resolución 081, dado que

001673
posteriormente se completaría el desarrollo normativo del COES. Luego de la Ley N° 28832, se dictó el Reglamento del COES, aprobado mediante Decreto Supremo 027-2008-EM; así mismo, el COES aprobó su nuevo Estatuto, según acuerdo de Asamblea del 18 de Julio de 2008, el cual fue actualizado, mediante acuerdo de Asamblea de 27 de Noviembre de 2009 (Anexo 1-D); adicionalmente, el Subcomité de Transmisión del COES se constituyó y aprobó su Estatuto mediante Escritura Pública de fecha 24 de Agosto de 2009 (Anexo 1-E). Todo este desarrollo normativo y de reglas de actuación del COES se produjo con posterioridad a la Resolución 081.

En función de este conjunto de normas, consideramos puede analizarse de forma integral si el Grupo ISA puede tener injerencia preponderante en las instancias de decisión al interior del COES, toda vez que las instancias relevantes de decisión del COES son la Asamblea, el Directorio y los Subcomités de Agentes del Mercado (Generadores, Distribuidores, Transmisores y Usuarios Libres), las cuales están conformadas y funcionan así:

a) Asamblea

La Asamblea es el órgano supremo del COES y se encuentra conformada por los Integrantes Registrados (condición que tienen las empresas transmisoras que conforman el Grupo ISA)³, cada uno de los cuales tiene derecho a un voto⁴, cuyo ejercicio se encuentra regulado por la Ley N° 28832 y su Reglamento.

El quórum para la realización de las sesiones de la Asamblea en primera convocatoria es de 75% de los Integrantes Registrados, mientras que en segunda

³ Estatuto del COES

"Décimo Quinto.- Asamblea

15.1 La Asamblea es el órgano supremo del COES. Tiene como atribuciones las que establece el Artículo Vigésimo del Estatuto. Está formada por los Integrantes Registrados, agrupados para efectos del cómputo de las votaciones en cuatro Subcomités. Estos son: (i) Subcomité de Generadores; (ii) Subcomité de Distribuidores; (iii) Subcomité de Transmisores; y (iv) Subcomité de Usuarios Libres. El funcionamiento y facultades de la Asamblea están regulados por el artículo 16.1 de la Ley y por este Estatuto. Todos los Integrantes Registrados, incluso los disidentes y los que no participen en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la Asamblea."

⁴ Estatuto del COES

"Noveno. Voto en la Asamblea

Cada Integrante Registrado tiene derecho a un voto que se ejerce en la forma establecida en la Ley, el Reglamento y este Estatuto."

"Vigésimo Quinto.- Reuniones en la Asamblea

Los Integrantes Registrados de cada Subcomité se reúnen en el seno de la Asamblea y dentro de ella, votan los distintos temas que se discutan y sometan a votación en la Asamblea conforme a las reglas de este Estatuto. Para efectos del cómputo, las votaciones de los Integrantes Registrados se efectúan en forma separada por cada Subcomité."

001674

convocatoria es de 60% de los Integrantes Registrados; y si el número resultante en ambas convocatorias no fuera entero, se considerará el número entero inmediato inferior⁵. La adopción de acuerdos en Asamblea requiere una votación de un puntaje superior al 66,7% del puntaje máximo total⁶.

Considerando que en la actualidad el COES está conformado por un total de 90 Integrantes Registrados⁷ y que cada uno tiene un voto para la Asamblea, es imposible que los tres votos de las empresas transmisoras que conforman el Grupo ISA puedan otorgarle injerencia preponderante en la toma de decisiones de la Asamblea del COES.

El siguiente cuadro contiene los resultados de las votaciones de las Asambleas del COES llevadas a cabo desde el año 2008 (se adjunta copia de las actas de las Asambleas como Anexo 1-F, información de carácter confidencial que se solicita a la Comisión declarar bajo reserva), identificándose el número de Integrantes Registrados asistentes y la votación realizada sobre los temas de agenda.

Cuadro I
Asistencia y Votaciones en las Sesiones de la Asamblea del COES

Fecha	Miembros Asistentes	Porcentaje Integrantes Registrados	Resultado
28.11.08	55	79.71%	Mayoría A favor: 53 En contra: 2

⁵ Reglamento del COES

Artículo 11.- "Quórum

(...)

11.3 El quórum para la realización de la Asamblea en primera convocatoria es el setenta y cinco por ciento (75%) de los Integrantes Registrados, y en segunda convocatoria es el sesenta por ciento (60%) de los Integrantes Registrados. En ambos casos, si el número resultante no fuera entero, se considerará el número entero inmediato inferior."

⁶ Ley 28832

Artículo 16.- "La Asamblea del COES

(...)

16.3 Los acuerdos de la Asamblea, para cada decisión, se adoptan cuando se alcance en la votación un puntaje superior al 66,7% del puntaje máximo total. El puntaje total a favor de una determinada decisión resulta de sumar el puntaje a favor de todos los subcomités. El puntaje de cada subcomité será igual al cociente del número de sus integrantes que votó a favor de una determinada decisión, entre el número total de los integrantes que lo conforman."

⁷ Véase: <http://www.coes.org.pe/wcoes/coes/integrantes/listado.aspx>

27.03.09	62	87.30%	Unanimidad A favor
27.11.09	65	85.52%	Unanimidad A favor
30.03.10	62	81.60%	Unanimidad A favor
30.11.10	68	85%	Unanimidad A favor
30.03.11	61	75.30%	Unanimidad A favor
30.11.11	66	77.60%	Mayoría A favor: 28 En contra: 38
29.03.12	68	79.10%	Unanimidad A favor
28.11.12	68	73.90%	Unanimidad A favor

001675

En cuanto al quórum, el número de asistentes siempre ha sido de más de sesenta (60) integrantes (salvo la primera en la que asistió un número de 52 integrantes) y respecto de los acuerdos la regla ha sido que se adopten por unanimidad. Sólo se han identificado dos (2) casos en que los acuerdos no se adoptaron por unanimidad, pero en tales casos el sentido de los tres votos del Grupo ISA a favor o en contra de la decisión no fueron determinantes para el resultado de la votación.

Con ello, se pone de manifiesto que es imposible que el Grupo ISA pueda tener injerencia preponderante en las votaciones de la Asamblea. En consecuencia, la

condición impuesta por la Comisión no es aplicable en esta instancia de decisión del COES.

b) Directorio

001676

De conformidad con el numeral 2° del artículo 17 de la Ley No. 28832, el Directorio está compuesto por cinco (5) miembros, cuatro (4) elegidos en representación de cada uno de los Subcomités y el Presidente elegido por la Asamblea. Según el numeral 1 del artículo 16 del Reglamento del COES, cada Subcomité debe elegir al Director respectivo con el voto favorable de la mitad más uno de los Integrantes Registrados que lo conforman. El numeral 1 del artículo 17 de la Ley No. 28832 establece que los Directores no están sujetos a mandato imperativo ni a subordinación jerárquica y que deben actuar de manera independiente, imparcial y técnica. El numeral 2° de la cláusula vigésimo séptima del Estatuto del COES desarrolla esta norma en los siguientes términos: *"no estarán sujetos a mandato imperativo de ninguna índole ni a subordinación jerárquica de los Agentes, los Integrantes Registrados del COES, del OSINERGMIN, del Ministerio o de cualquier otra entidad. En el desempeño de sus funciones deberán actuar de manera independiente, imparcial y técnica"*.

En cuanto a las sesiones y acuerdos del Directorio, el artículo 20 del Reglamento del COES señala que el quórum para la realización de sesiones es de tres (3) miembros en primera y segunda convocatoria. A su vez, el artículo 21 de la referida norma establece que los acuerdos se adoptan con el voto conforme del 50% de los asistentes a la sesión y que en caso de empate el Presidente tiene voto dirimente.

Considerando lo anterior, en primer lugar, se tiene que las empresas transmisoras que conforman el COES sólo pueden elegir a uno de los miembros del Directorio. Además, este Director solo es elegido en representación de los transmisores, pero no se encuentra sujeto a mandato imperativo ni a sujeción jerárquica de quienes lo eligieron. Por ello, aún cuando las tres empresas transmisoras del Grupo ISA pudieran determinar la elección del Director a través del Subcomité de Transmisión -lo cual no es posible como se analizará más adelante- no podrían tener injerencia predominante sobre ese Director, pues según la ley no está sujeto a los intereses que pudieran tener los transmisores en general o el Grupo ISA en particular.

En segundo lugar, dado que los acuerdos del Directorio deben adoptarse con el voto conforme del 50% de asistentes a cada sesión y el número mínimo para que se realice una sesión es de tres (3) Directores, cualquier acuerdo requiere del voto favorable de un mínimo de dos (2) Directores. Siendo ello así, el Director elegido por los transmisores no puede determinar el sentido de las decisiones del Directorio, ni siquiera en caso de empate, pues quien tiene voto dirimente es el Presidente elegido por la Asamblea.

001677

Lo explicado anteriormente, demuestra que es imposible que el Grupo ISA pueda tener injerencia preponderante en las votaciones del Directorio. En consecuencia, la condición impuesta por el INDECOPI no es aplicable en esta instancia de decisión del COES.

c) Subcomité de Transmisión

De acuerdo con el numeral 1° del artículo 3 del Reglamento del COES, constituyen Integrantes Registrados obligatorios del Subcomité de Transmisores, los concesionarios de transmisión que operen sistemas de transmisión que pertenezcan al Sistema Garantizado de Transmisión o al Sistema Principal de Transmisión, con un nivel de tensión no menor de 138 kV y cuya longitud total de líneas de transmisión no sea menor de 50 kilómetros, de acuerdo con los derechos otorgados.

En la actualidad, el Subcomité de Transmisión está conformado por ocho (8) miembros⁸, a diferencia del año 2006 en que se emitió la Resolución 081 y contaba con cinco miembros, de los cuales tres eran del Grupo ISA.

Para realizar las sesiones del Subcomité en primera convocatoria se requiere un quórum de la mitad del número total de miembros (50%), lo que en la actualidad equivale a cuatro miembros, y en segunda convocatoria el quórum es del 40%, es decir tres miembros⁹.

⁸ Véase: <http://www.coes.org.pe/wcoes/coes/integrantes/listado.aspx>.

Abengoa Transmisión Norte S.A.; Red Eléctrica del Sur S.A.; Compañía Transmisora Norperuana S.R.L.; Consorcio Energético de Huancavelica S.A.; Consorcio Transmantaro S.A.; Red de Energía del Perú S.A.; Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A.; Eteselva S.R.L.

⁹ Estatuto del Subcomité de Transmisores

Quinta.- "Sesiones y quórum"

(...)

En función de lo anterior, el Grupo ISA podría formar el quórum suficiente para realizar una sesión, sin necesidad de que asistan otros integrantes del Subcomité. Sin embargo, situación distinta ocurre con la adopción de acuerdos, para lo que existen distintas reglas que determinan que pese a formar quórum, con tres votos el Grupo ISA no pueda ejercer injerencia preponderante en la toma de decisiones del Subcomité.

Al respecto, considerando las distintas decisiones que corresponde adoptar al Subcomité de Transmisión¹⁰, la cláusula sexta del Estatuto distingue dos grupos de decisiones y define formas de votación distintas en cada caso:

"Sexta.- Aprobación, Obligatoriedad y Registro de los Acuerdos del Subcomité

6.1 Para adoptar los acuerdos señalados en los numerales 4.1, 4.2 y 4.3 de la Cláusula Cuarta del presente Contrato, cada miembro tiene

5.6 El quórum mínimo para la realización de las sesiones del Subcomité en Primera Convocatoria será la mitad del número de los miembros. En caso el número de miembros sea impar, el quórum será el número entero inmediato superior al de la mitad de aquel. En segunda convocatoria el quórum será el 40% (Cuarenta Por Ciento) del número de los integrantes registrados del Subcomité... Si el resultado del cálculo del 40% (Cuarenta Por Ciento) del número de los integrantes registrados del Subcomité resulta un número entero con decimales de 0,1 a 0,4, el quórum será el número entero resultante sin considerar los decimales; y si el resultado de ese cálculo resulta un número entero con decimales de 0,5 a 0,9 el quórum será el número entero inmediato superior".

¹⁰ Estatuto de Subcomité de Transmisión

Cuarta.- "Acuerdos que Adopta el Subcomité

El Subcomité podrá adoptar acuerdos en sus sesiones de miembros para lo siguiente:

4.1 Participar en la Asamblea del COES como Subcomité de Transmisores de acuerdo a lo dispuesto por el marco legal y el Estatuto del COES.

4.2 Designar anualmente al representante titular y al representante suplente para que ejerzan la representación del Subcomité de Transmisores ante la Asamblea del COES en los aspectos operativos y sobre aquellos para los cuales cuenten con la aprobación previa del Subcomité; o remover a dichos representantes y elegir a las personas que los sustituyan.

4.3 Elegir cada cinco (5) años al miembro del Directorio del COES que representa al Subcomité de Transmisores y, en su caso, elegir dentro de los plazos previstos en el Estatuto del COES al nuevo Director por renuncia o remoción del Director Originalmente designado.

4.4 Designar a los representantes de los transmisores en el Comité Asesor de planificación de transmisión que se nombre dentro del COES para cada proceso de elaboración o actualización del plan de transmisión.

4.5 Aprobar los estudios y la propuesta preliminar anual para la fijación de los precios en barra, en la parte correspondiente a la transmisión y con los alcances previsto en el numeral 14.4 del Reglamento del COES, para su presentación al OSINERGMIN; así como aprobar la absolución de las observaciones que el OSINERGMIN efectúe o presentar un nuevo estudio en caso corresponda.

4.6 Aprobar los estudios y la propuesta anual de peajes de transmisión del sistema garantizado de transmisión que corresponda pagar a los usuarios, a ser presentados al OSINERGMIN.

4.7 Solicitar, conjuntamente con al menos otro Subcomité del COES, la convocatoria a sesión extraordinaria de la Asamblea del COES.

4.8 Aprobar directivas, procedimientos y otra normatividad interna que fuera necesaria para el mejor manejo institucional del Subcomité.

4.9 Los demás asuntos que hubiesen sido materia de agenda".

001679

derecho a un (01) voto que se ejerce en la forma prevista en el marco legal y en el Estatuto del COES. El acuerdo respectivo se aprueba con el voto favorable de al menos la mitad más uno de los integrantes registrados del Subcomité. En el caso de que el número de integrantes registrados del Subcomité. En el caso de que el número de integrantes registrados fuera impar, se entenderá el acuerdo válidamente adoptado si lo acuerda al menos el número entero inmediatamente inferior al valor que resulta de calcular la mitad más uno de los integrantes registrados.

6.2 Los otros acuerdos que corresponde adoptar al Subcomité se aprobarán con el voto favorable de más del 50% (Cincuenta Por Ciento) de la votación de los miembros concurrentes a la respectiva sesión, para lo cual el peso del voto de cada miembro será proporcional al porcentaje asignado anualmente por el COES a los miembros del Subcomité para determinar las contribuciones que deben efectuar a dicha entidad como integrantes registrados.

Si el peso acumulado del voto de los miembros del Subcomité que forman parte de un mismo grupo económico les permitiera determinar conjuntamente el sentido de la votación en una sesión determinada, el porcentaje acumulado de esos miembros será reducido hasta el 49% (Cuarentinueve por Ciento) de la votación y el 51% (Cincuentiuno por Ciento) restante será distribuido entre los demás miembros del Subcomité en proporción al resultado de dividir su porcentaje asignado por el COES entre la suma de los porcentajes de todos ellos, debiendo considerarse para la aprobación de los acuerdos el peso del voto de los otros miembros presentes en la respectiva sesión que se les haya asignado conforme al criterio anterior”.

De conformidad con lo anterior, existen dos modalidades de votación: (i) acuerdos adoptados con un voto por cada integrante; y, (ii) acuerdos adoptados con votos según el aporte de cada integrante en el presupuesto del COES.

c.1 Acuerdos considerando un voto por integrante

Para las siguientes tres (3) decisiones cada miembro del Subcomité tiene un (1) voto y el acuerdo se adopta por la mitad más uno de los integrantes:

- Participación del Subcomité en la Asamblea del COES.
- Designación anual y remoción de los representantes titular y suplente del Subcomité ante la Asamblea en aspectos operativos y otros debidamente aprobados.
- Elección cada cinco años del miembro del Directorio del COES.

001680

El Grupo ISA cuenta en la actualidad con tres (3) de ocho (8) votos para este tipo de decisiones. Siendo que el acuerdo debe adoptarse con el voto favorable de un mínimo de cinco (5) miembros registrados; con tres (3) votos, el Grupo ISA no tiene injerencia preponderante para estos acuerdos¹¹.

Así, aún cuando el Grupo ISA pudiera formar quórum por si solo ante la inasistencia de los otros integrantes del Subcomité de Transmisión (situación que no depende en forma alguna de la voluntad del Grupo ISA), sus empresas transmisoras no podrían adoptar ninguno de los tres acuerdos señalados pues el número de votos necesarios se determina según el total de integrantes registrados (que son ocho) y no en función de los miembros que asisten a la sesión.

Adicionalmente, debe tenerse en consideración que en el tiempo el número de integrantes del Comité de Transmisión se incrementará con las nuevas empresas concesionarias de Sistema Garantizado de Transmisión (en adelante SGT) que han ganado las licitaciones llevadas a cabo por PROINVERSIÓN. En particular, según la información que se ha divulgado en el Sector el ingreso de dos (2) nuevos miembros estaría previsto para este año, TESUR y Abengoa Transmisión Sur. Con lo cual el número de miembros del Subcomité incrementará a diez (10) integrantes. De otro lado, el Grupo ISA no ha incrementado su número de miembros en el Subcomité, pues si bien ha ganado licitaciones, en todas ellas la empresa concesionaria es el CTM.

De este modo, es imposible que el Grupo ISA pueda tener injerencia preponderante sobre las tres (3) decisiones del Subcomité de Transmisión antes

¹¹ Al respecto, debe tenerse en cuenta que a la fecha en que el INDECOPI impuso la condición al Grupo ISA, los miembros del Comité de Transmisión eran cinco y el número de votos requeridos para adoptar un acuerdo sobre este grupo de decisiones era de tres miembros, con lo cual el Grupo ISA si tenía influencia preponderante.

indicadas. En consecuencia, la condición impuesta por el INDECOPÍ no es aplicable para las referidas decisiones de esta instancia de decisión del COES. ~~001631~~

c.2 Acuerdos considerando el aporte para cubrir el presupuesto del COES

Para todas las demás decisiones del Subcomité de Transmisión, distintas a las del acápite anterior, el peso relativo del voto de cada miembro depende, en principio, del valor de su contribución para cubrir el presupuesto del COES y los acuerdos se adoptan con más del 50%.

El aporte que paga cada integrante del Subcomité para el presupuesto del COES depende de sus ingresos totales derivados de la prestación del servicio de transmisión, de conformidad con el literal c) del artículo 34 del Reglamento del COES. En la actualidad, los ingresos de las empresas transmisoras del Grupo ISA por el concepto antes señalado son mayores que los de todos los demás integrantes. En el siguiente cuadro se muestra el valor del aporte de cada empresa para el presupuesto del COES 2011:

Cuadro II
Aportes de Transmisores al Presupuesto del COES

Empresas	Aporte total COES 2011 (S/.)	Primera Distribución
REP	1,164,072	52.99%
ETSELVA	102,300	4.66%
ISA PERÚ	146,388	6.66%
CTM	489,558	22.29%
CONENHUA	42,173	1.92%
REDESUR	180,841	8.23%
NORPERUANA	8,013	0.36%
ATN	63,407	2.89%
TOTAL	2,196,752	100.00%

Según se observa, el porcentaje acumulado del aporte de las tres (3) empresas del Grupo ISA es cerca del 82% del total. Con ello, en principio, el Grupo ISA tendría la capacidad de definir el sentido del acuerdo para todas las decisiones distintas a las del acápite anterior.

Sin embargo, el propio Estatuto del Subcomité contempla una regla-específica para los casos de empresas de un mismo grupo económico cuyo peso acumulado de voto sea superior al cincuenta por ciento (50%) y, por ende, les permite

determinar conjuntamente el sentido de la votación. En particular, la regla es que en tales casos el porcentaje acumulado de esos miembros será reducido hasta el cuarente y nueve por ciento (49%) de la votación y el cincuenta y uno por ciento (51%) restante, será distribuido entre los demás miembros del Subcomité. Luego de la aplicación de esta regla al caso concreto del Grupo ISA se tiene la siguiente redistribución de porcentajes:

Cuadro III
Aplicación de la Regla de Redistribución
para Votos de Transmisores

Empresas / Grupos	Primera Distribución	Reajuste
GRUPO ISA	81.94%	49.00%
ETESSELVA	4.66%	13.15%
CONENHUA	1.92%	5.42%
REDESUR	8.23%	23.25%
NORPERUANA	0.36%	1.03%
ATN	2.89%	8.15%
TOTAL	100.00%	100.00%

En virtud de la regla de redistribución de porcentajes de grupos económicos que ya está contenida en el Estatuto del Subcomité, el Grupo ISA no puede determinar el sentido de las decisiones que corresponde a este acápite, pues de mantener el mayor porcentaje de ingresos por servicios de transmisión, su porcentaje siempre será reducido automáticamente al cuarenta y nueve (49%), con lo cual, siempre requerirá del voto de otro u otros integrantes para que se pueda tomar un acuerdo. Más aún, con esta regla de redistribución los demás integrantes en conjunto pueden tomar decisiones en contra de la posición que pudieran tener las empresas del Grupo ISA.

Si bien las sesiones del Subcomité de Transmisión realizadas hasta la fecha indican que lo usual es que la mayoría de miembros asistan y solo uno falte o como máximo dos (el listado de sesiones y asistentes se adjunta como Anexo 1-G, información de carácter confidencial que se solicita a la Comisión declarar bajo reserva), si se dieran más inasistencias podrían presentarse dos (2) situaciones excepcionales. Como ya se explicó, en la actualidad el Grupo ISA podría formar quórum ya sea con uno (1) más de los miembros en primera convocatoria (se

requiere la asistencia de cuatro (4) miembros) y por sí solo en segunda convocatoria (se requiere la asistencia de tres (3) miembros).

Dado que el cómputo de votos para este segundo grupo de decisiones se hace considerando a los miembros asistentes, en el caso de una sesión de 4 miembros en primera convocatoria, la aplicación de la regla de redistribución determinaría que el cuarto asistente tenga cincuenta y uno (51%) y el Grupo ISA cuarenta y nueve (49%), con lo cual este último no podría determinar el sentido de la decisión, aun cuando la aplicación de la regla parecería contraria a su objetivo, al dar preponderancia al voto de un miembro sobre el de los otros tres (3). En el caso de una sesión de tres (3) miembros en segunda convocatoria, la regla de redistribución no podría aplicarse al no existir otros miembros entre los cuales redistribuir el cincuenta y uno (51%) restante, con lo cual el Grupo ISA no podría adoptar acuerdo alguno con el cuarenta y nueve (49%). De este modo, aún en las situaciones excepcionales indicadas, el Grupo ISA tampoco puede tener injerencia preponderante sobre las decisiones del Subcomité de Transmisión.

Cabe agregar, que las empresas del Grupo ISA no pueden modificar por su sola voluntad la regla de redistribución prevista en el Estatuto del Subcomité, pues tal modificación está sujeta a las mismas reglas de votación ya señaladas.

Con todo lo expuesto, tampoco es posible que el Grupo ISA tenga injerencia preponderante sobre el grupo de decisiones del Subcomité de Transmisión antes indicadas. En consecuencia, la condición impuesta por el INDECOPI no es aplicable para las referidas decisiones de esta instancia de decisión del COES.

En función del análisis realizado, se concluye que de conformidad con el marco normativo existente y considerando la cantidad de transmisores registrados ante el COES (número que crecerá en el futuro), el Grupo ISA no puede tener injerencia preponderante sobre ninguno de los acuerdos que se adoptan en las instancias de decisión del COES; es decir, en la Asamblea, el Directorio y ni siquiera en el Subcomité de Transmisión. Por ello, la condición impuesta por el INDECOPI no controla ningún supuesto de hecho y deviene en absolutamente innecesaria.

3.2 Inversiones en Nuevas Líneas de Transmisión: Competencia por el Mercado

La segunda condición que impuso la Comisión al Grupo ISA determina cómo debe participar en los procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones para la construcción y operación de nuevas líneas de transmisión, que se identificó como "competencia por el mercado".

Según los considerandos de la Resolución 081, la Comisión encontró que la adquisición de CTM incrementaría la participación del Grupo ISA en el mercado (tendría cerca del 80% de los ingresos por transmisión eléctrica y más del 65% del tendido de líneas de transmisión), y consideró que ello le permitiría obtener economías de escala significativas al dedicarse a una actividad de monopolio natural como la transmisión. Al respecto, señaló lo que sigue:

"76. En efecto, considerando que de concretarse la operación de concentración bajo análisis, ISA controlaría casi 80% de mercado de transmisión eléctrica en el Perú y más del 65% del tendido de líneas de transmisión; y, que la actividad de transmisión eléctrica presenta condiciones de monopolio natural, caracterizada por la presencia de economías de escala; ISA gozaría de una situación de privilegio para hacerse de la construcción de nuevas líneas de transmisión y/o ampliaciones."

77. Dicha situación no solo podría perjudicar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación, pues los potenciales entrantes, conocedores de la situación de ISA, verían reducidas sus posibilidades de realizar ofertas ganadoras; sino que, además, ello podría impactar indirectamente en el interés de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica, pues al disminuir la competencia por el mercado, se reduciría la posibilidad de obtener ofertas con menores valores de reposición, y con ello la posibilidad de una reducción en las tarifas."

78. De aprobarse la operación de concentración, ISA contaría con incentivos para hacerse del integro de los beneficios derivados de la obtención de economías a escala en la actividad de transmisión, lo que podría afectar la competencia por el mercado de construcción y/o

~~001685~~

ampliación de redes eléctricas, y reduciría los potenciales beneficios que los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica podrían obtener de las ampliaciones y/o construcción de los sistemas de transmisión."

En función de estas premisas, el INDECOPI entendió que la competencia por el mercado en las licitaciones de nuevas líneas de transmisión se podría reducir, en la medida que los demás postores tendrían menor posibilidad de presentar ofertas más atractivas que las del Grupo ISA. En palabras de la Comisión:

"81. El incremento de participación de ISA y la obtención de economías a escala en transmisión, disminuye la posibilidad de realizar ofertas ganadoras por parte de los potenciales entrantes, lo que reduce la competencia real por obtener el mercado (entendido como la construcción y/o ampliación de líneas de transmisión)".

En particular, la Comisión entendió que el Grupo ISA siempre tendría la capacidad de plantear una oferta mejor que la del postor más competitivo de la licitación; es decir, que el Grupo ISA siempre podría ofertar una inversión menor por la construcción y operación de la línea de transmisión, debido a que lograría economías de escala que no tendrían los otros postores. Más específicamente, la Comisión afirmó lo siguiente:

"82. En este escenario, ISA tendría los incentivos suficientes para acercarse por debajo (con un menor monto) a la oferta de la empresa más competitiva, que al carecer de las economías de escala de las que goza ISA en transmisión (las mismas que se incrementarían de aprobarse el acto de concentración notificado), ofrecería montos superiores de inversión a los que ISA podría ofrecer, con lo que el nuevo entrante perdería la licitación". (Énfasis agregado).

La Comisión también asumió que el Grupo ISA tendría incentivos para ofertar lo mínimo indispensable para ganar al postor más competitivo, sin plantear su mejor oferta. Dado que el monto de la inversión de la oferta ganadora de la licitación es, en último término, pagado por los usuarios finales de electricidad, la Comisión consideró que ese posible comportamiento del Grupo ISA no sería beneficioso para los consumidores. En palabras de la Comisión:

La diferencia entre el monto de inversión que ISA ofrecería y el monto más bajo que podría ofrecer sin considerar las ventajas que ostentaría frente a sus potenciales competidores en la construcción y/o ampliación de redes eléctricas, tendría que ser pagada por los usuarios de la línea de transmisión y finalmente por los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica. (Énfasis agregado)

Es decir, la Comisión asumió que el Grupo ISA obtendría ahorros significativos de costos (economías de escala) derivados de la concentración, pero que no trasladaría esos ahorros en beneficio de los usuarios ofertando el menor monto de inversión que le fuera posible, sino solo aquel que le permitiera ganar la licitación por la menor diferencia.

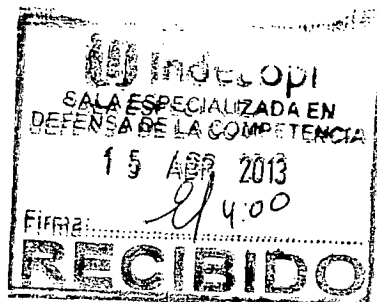
En función de esta premisa, la Comisión decidió imponer como condición al Grupo ISA que *"no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas"*, con la finalidad de evitar que *"adopte conductas estratégicas"* e incentivarlo a que *"realice su mejor oferta"* en la primera convocatoria.

Teniendo en cuenta lo anterior, la decisión de la Comisión y la condición impuesta al Grupo ISA se sustentó en las siguientes premisas, que como veremos no han presentados ni se presentarán en la realidad:

- Que el Grupo ISA tiene una ventaja manifiesta en las licitaciones de transmisión sobre todos los demás postores.
- Que el Grupo ISA puede identificar al postor con la oferta más competitiva y presentar una oferta solamente un poco menor que la de este postor, para ganar la licitación con un reducido margen de diferencia.

En resumen, el razonamiento de la Comisión es que el Grupo ISA es distinto a los demás postores porque tiene ventaja sobre ellos y, en esa medida, se justifica

1665



MEMORANDO 086-2013/ST-CLC-INDECOPI

A : **Mónica Gálvez Paiba**
Secretaria Técnica
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

DE : **Miguel Ángel Luque Oyarce**
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

ASUNTO : Remisión de solicitud presentada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.

~~001665~~

Por el presente, por especial encargo de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) y en virtud de lo establecido por el artículo 82 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹, cumplimos con remitirles el escrito presentado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., que consta de doscientos quince (215) folios, mediante el cual se solicita la revocación de las condiciones impuestas por las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC emitidas en el Expediente 005-2006/CLC.

Al respecto, cabe mencionar que, en sesión del 11 de abril de 2013, la Comisión tomó conocimiento y dispuso que se remita la referida solicitud a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, debido a que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 203 de la Ley 27444², la más alta autoridad de la entidad competente es la llamada a pronunciarse.

Atentamente,

Lima, 15 de abril del 2013

Adj.: Escrito de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. que consta de doscientos quince (215) folios.

¹ Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General
Artículo 82.- Declinación de competencia

82.1 El órgano administrativo que se estime incompetente para la tramitación o resolución de un asunto remite directamente las actuaciones al órgano que considere competente, con conocimiento del administrado.

82.2 El órgano que declina su competencia, a solicitud de parte y hasta antes que otro asuma, puede adoptar las medidas cautelares necesarias para evitar daños graves o irreparables a la entidad o a los administrados, comunicándolo al órgano competente.

² Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General
Artículo 203.- Revocación

(...)

203.3 La revocación prevista en este numeral sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.

imponerle una condición que lo impulse a competir en las licitaciones de transmisión.

A continuación, se las premisas que motivaron la imposición de las condiciones al Grupo ISA.

a) El Grupo ISA no tiene ventajas frente a otros postores en las licitaciones

En el año 2008 y al amparo de la Ley N° 28832, PROINVERSIÓN comenzó la convocatoria para las licitaciones de proyectos de SGT, por encargo del Ministerio de Energía y Minas (en adelante MINEM). Hasta la fecha, PROINVERSIÓN ha adjudicado nueve 9 proyectos de SGT. Adicionalmente, una licitación fue concluida sin adjudicación por falta de postores interesados. De otro lado, el MINEM también ha convocado directamente a licitación y adjudicado dos proyectos de líneas de transmisión.

Los resultados de las licitaciones de transmisión que se han llevado a cabo desde el año 2008, demuestran que el Grupo ISA no cuenta con una ventaja manifiesta como postor, sino que por el contrario evidencian que es igual que los otros postores e, incluso, que en varias oportunidades los otros postores han superado la postura del Grupo ISA, con ofertas considerablemente menores.

El detalle de las licitaciones adjudicadas por PROINVERSIÓN, las ofertas presentadas y el portor ganador (resaltado entre todos los postores), se encuentran en el Cuadro IV siguiente.

Cuadro IV

Resultado de las Licitaciones de SGT Adjudicadas por PROINVERSIÓN

Año	Proyecto	Longitud de líneas de transmisión (km)	Competidores	Oferta Costo Total de Transmisión (CTT) - USD
2008	L.T. Carhuamayo – Paragsha – Conococha – Huallanca – Cajamarca – C. Corona- Carhuaquero 220 kV	695.6	Abengoa (Abengoa Transmisión Norte)	17,971,691
			Isonor Transmisora S.A.C.	20,739,278
			Terna Partipacoes S.A.	21,660,135
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	23,075,306
			Consorcio Transmisión del Norte	33,883,670
2008	L.T. Mantaro – Caravelí – Montalvo 500 kV y L.T. Machupicchu – Cotaruse 220 kV	965.8	Isonor Transmisora S.A.C.	29,487,993
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	29,894,418
			Abengoa	35,999,449
			Terna Partipacoes S.A.	43,163,000
2008	L.T. Chilca – La Planicie – Zapallal (500 kV y 220 kV)	190.0	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	9,994,834
			Abengoa	11,995,000
			Isonor Transmisora S.A.C.	13,777,000
2009	L.T. Trujillo – Zapallal 500 kV	543.0	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	25,819,063
			Abengoa	32,499,168
			Transcobel	32,748,413
			Isolux	No presentó
			Kepco	No presentó
2010	L.T. Chilca – Marcona – Montalvo 500 kV	900.5	ASA (Abengoa Transmisión Sur)	48,195,000
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	53,179,562
			Transcobel	No presentó
			Kepco	No presentó
			Alupar	No presentó
2010	L.T. Talara – Piura 220 kV	103.2	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	2,276,579
			REI S.A.U. -AC Capitales S.A.	No presentó
			ASA Iberoamérica	No presentó
			Eletrobras	No presentó
			SNC Lavalin	No presentó
2010	L.T. Tintaya – Socabaya 220 kV	207.5	REI S.A.U. -AC Capitales SAFI S.A.	6,694,011
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	8,365,298
			ASA Iberoamérica	11,495,000
			Eletrobras	No presentó
			SNC Lavalin	No presentó
2010	L.T. Machupicchu – Abancay – Cotaruse 220 kV	204.0	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	9,754,533
			Alupar	12,694,988
			Abengoa	14,084,999
			Isonor Transmisora S.A.C.	No presentó
			REI-AC Capitales SAFI S.A.	No presentó
2011	L.T. Trujillo – Chiclayo (La Niña) 500 kV	304.3	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	15,757,119
			Abengoa	18,231,209
			Alupar	No presentó
2012	L.T. Carhuaquero - Cajamarca Norte - Cáclic - Moyobamba 220 kV	401.5	Cobra Instalaciones y Servicios S.A.	16,161,464
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	18,842,514
			Abengoa Perú S.A.	22,870,000
			Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	No presentó
2013	L.T. Machupicchu - Quencoro - Onocora - Tintaya y Subestaciones Asociadas 220 kV	153.0	Abengoa Perú S.A.	16,684,999
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	16,968,068
			REI S.A.U. - AC Capitales SAFI S.A.	19,307,625
			Cobra Instalaciones y Servicios S.A.	No presentó
			Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	No presentó

Como puede observarse, pese a que el Grupo ISA sólo puede participar en la primera convocatoria de las licitaciones por la condición impuesta por la Comisión, con lo cual siempre debe presentar su mejor oferta, en varias licitaciones hubo postores que presentaron ofertas bastante menores que el Grupo ISA, y que la han superado sobradamente.

Además, varias de las licitaciones que ganaron postores distintos al Grupo ISA representan los proyectos de SGT de mayor envergadura que se han adjudicado hasta la fecha. En efecto, los proyectos de las líneas de transmisión de mayor extensión han sido precisamente los que fueron adjudicados a postores distintos al Grupo ISA:

- L.T. Mantaro – Cotaruse (número 2 en el Cuadro I) - 965.8 Km.
- L.T. Chilca – Montalvo (numero 5 en el Cuadro I) - 900.5 Km.
- L.T. Carhuamayo – Carhuaquero (número 1 en el Cuadro I) - 695.6 Km.

Tratándose de proyectos tan relevantes y atractivos, es evidente que el Grupo ISA tenía interés en ganar estas licitaciones y sin lugar a dudas presentó su mejor oferta, a pesar de lo cual, otros participantes en la competencia por el mercado se encontraron en capacidad de presentar ofertas menores y de adjudicarse la buena pro.

Más aún, debe tenerse en cuenta que los postores distintos al Grupo ISA que ganaron esas licitaciones no contaban en ese momento con activos de transmisión eléctrica en el mercado peruano; es decir, se trataba de actores totalmente nuevos, como es el caso de Abengoa (que ha ganado 3 licitaciones) o Isonor (que ganó 1 licitación).

Siendo ello así, está demostrado no solo que el Grupo ISA se encuentra en las mismas condiciones que otros postores en las licitaciones de transmisión, sino además que los otros postores se encuentran en plena capacidad de competir y ganarle en buena lid.

En adición a ello, como producto de las licitaciones de SGT que han ganado postores distintos al Grupo ISA, se están incrementando los participantes en el mercado peruano de transmisión eléctrica. Algunos de los nuevos participantes contarán con infraestructuras de transmisión muy relevantes, como sucede por ejemplo con Abengoa, que con las tres (3) licitaciones que ha ganado (L.T. Chilca – Montalvo, L.T. Carhuamayo – Carhuaquero, y L.T. Machupicchu - Tintaya) acumulará líneas de transmisión de SGT con una extensión mayor que las líneas de SGT que tendrá el Grupo ISA sumando todas las licitaciones que ha ganado hasta el momento:

- Abengoa – 1749.1 Km de SGT
- Grupo ISA – 1509.5 Km de SGT

Lo anterior indica, que en el corto plazo también habrá otros participantes del mercado con importantes redes de transmisión y con economías de escala también relevantes, por lo cual el Grupo ISA no será la única empresa con esas características.

En lo que se refiere a las licitaciones que ha llevado a cabo directamente el MINEM, los resultados se encuentran en el cuadro V:

Cuadro V
Resultado de las Licitaciones de Transmisión Adjudicadas por el MINEM

N°	Año	Proyecto	Longitud de líneas de transmisión (km)	Competidores	Oferta Costo Total de Transmisión (CTT) - USD
1	2009	L.T. Independencia - Ica 220 kV	55.0	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	1,402,743
2	2010	L.T. Pomacocha-Carhuamayo	110.0	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	2,447,133
				Abengoa	2,574,700

Como se observa, las licitaciones adjudicadas por el MINEM han sido de menor envergadura. Si bien el Grupo ISA obtuvo la adjudicación de la buena pro en ambas, la competencia por el mercado en estos casos no ha sido nutrida, es más, en una de las licitaciones el Grupo ISA resultó ser el único interesado, mientras que en la otra participaron solamente dos (2) postores. Siendo ello así, en estas licitaciones de infraestructuras de transmisión de menor envergadura la condición

impuesta por la Comisión solo restringe el actuar del Grupo ISA, sin que haya existido competencia relevante que haya podido ser afectada.

Finalmente, se encuentra el caso de la licitación de la Línea de Transmisión Carhuaquero-Cajamarca Norte-Cáclic-Moyobamba que fue modificada (agregándosele un nuevo tramo), debido a que con la configuración inicial y el valor referencial definido, no hubo postores interesados en presentar ofertas, concluyéndose sin adjudicación¹². Esta situación se debió a que el valor referencial establecido para la licitación resultaba demasiado bajo, provocando que en esas condiciones económicas el proyecto no fuera atractivo para ninguno de los postores.

En este tipo de circunstancias, donde el valor referencial del proyecto no resultó adecuado, lo cual se, evidencia al no presentarse ningún postor; aplicar, la condición impuesta por la Comisión llevaría al límite al Grupo ISA. Estando impedido de participar en la segunda convocatoria a licitación para el mismo proyecto, el Grupo ISA queda excluido de facto de presentar una oferta adecuada para llevar adelante tal proyecto, pues de estar interesado en el mismo la única opción que le quedaría es presentar una oferta anti – económica en la primera convocatoria.

Esto no solo excluye indebidamente al Grupo ISA, sino que además termina contradiciendo el propio objetivo de la Comisión al imponer la condición, pues los postores que participen en la segunda convocatoria pueden ser menos competitivos al tener la certeza que el Grupo ISA no podrá participar, con lo cual se reduce la competencia por el mercado.

Lo explicado evidencia que la premisa de la Comisión al imponernos la condición no fue correcta, pues la posición que tiene el Grupo ISA en el mercado peruano de actividades de transmisión eléctrica, no le otorgan una ventaja significativa en las licitaciones de nuevas instalaciones de transmisión.

¹² Los datos sobre esta licitación se encuentran en:
<http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaFichaHijoOpcion.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=5612>

001633

b) El Grupo ISA no puede identificar al postor con la oferta más competitiva ni calcular una oferta solamente un poco menor que la de este postor para ganar la licitación con un reducido margen de diferencia

Como se ha señalado previamente, para imponer la condición la Comisión tuvo como premisa que el Grupo ISA tendría la capacidad de identificar cuál sería la oferta más competitiva de los otros postores y podría plantear una mejor oferta que ellos solo por un pequeño margen.

Para que el Grupo ISA pueda identificar siempre cuál va ser la oferta más competitiva de los otros postores tendría que estar en condiciones de conocer o proyectar sus costos y rentabilidades, así como sus prácticas habituales en este tipo de concursos. Evidentemente, esto es imposible, pues los participantes de concursos de esta naturaleza se cuidan mucho de no divulgar información que pudiera servir a sus competidores para anticipar su comportamiento en el concurso o el monto de su oferta.

Otra opción para que el Grupo ISA pudiera presentar siempre una mejor oferta que el postor más competitivo, sería si el diseño de las licitaciones de transmisión permitiera a los postores obtener información suficiente sobre la capacidad e interés de competir de los rivales así como sobre los valores que pretenden ofertar.

Al respecto, existen diversos formatos de concurso para entregar concesiones. El más conocido es el de presentación de ofertas en sobre cerrado, que puede tener una o dos etapas. Si es en dos etapas, en la primera se evalúa que los postores cumplan las condiciones técnicas requeridas, y una vez que se ha determinado que los postores son técnicamente equivalentes, en la segunda etapa se evalúa su oferta económica (menor tarifa, costos de inversión y operación, subsidio, etc.), para adjudicar la buena pro al postor con la mejor oferta. Si es en una etapa, en la misma se hacen las dos evaluaciones a la vez. Adicionalmente, el diseño puede requerir que el ganador cumpla los términos de la mejor oferta (*first price sealed bid auction*) o de la segunda mejor oferta (*second price auction*). Otro formato que se utiliza también es el de subastas abiertas (típicas de las subastas de antigüedades o bienes similares), en las cuales en rondas sucesivas los postores

001638

tienen la oportunidad de mejorar su oferta en función de la última mejor oferta planteada, hasta llegar a la oferta ganadora cuando ningún otro postor ofrece mejorarla¹³.

Evidentemente, en las licitaciones de subasta abierta los postores tienen acceso a información más precisa sobre la agresividad y montos a ofertar por los demás, que en las licitaciones a sobre cerrado. Klein señala lo siguiente sobre estas últimas:

*"Conjeturando la estrategia del competidor. Bajo licitaciones a primer precio [sobre cerrado] los postores necesitan evaluar cuál podría ser la oferta probable de sus rivales. Cuanto mejor conjeturen eso, menor será la prima que deban ofertar para ganar. Si su conjetura es perfecta, podrán ofertar justo por encima del segundo mejor precio, como en una subasta abierta, y ganar. Por ejemplo, algunos postores llevan varios sobres al acto de apertura de sobres. Si se dan cuenta que son el único postor en el acto o si los competidores más peligrosos no aparecen, entregan el sobre con su oferta menos agresiva"*¹⁴.

En tal sentido, en las licitaciones a sobre cerrado cada postor tiene que tratar de identificar cuál es el valor correcto de la concesión y cuánto la valoran los demás, pues el diseño de la concesión no se lo permite, como sí sucede con las licitaciones de subasta abierta. El mismo Klein explica lo siguiente:

"Conjeturando el valor correcto a ofertar – la "maldición del ganador". En el caso de un contrato para un equipo estándar los postores pueden conocer más o menos cuáles son sus propios costos y luego pueden calcular la mejor oferta. En muchas concesiones los postores pueden necesitar valorar el derecho a la concesión, que depende no solo de sus propias habilidades sino de factores que afectan a todos los postores, por ejemplo la disposición de pago de los consumidores o el comportamiento futuro de los reguladores. Los casos en que el

¹³ KLEIN, Michael. Bidding for Concessions. World Bank, 1998. Pp. 15-16.

¹⁴ Ibidem. P. 16. Traducción libre del siguiente texto: "Guessing competitor strategy. Under first price auctions bidders need to assess what the likely bid of their rivals might be. The better they guess that, the less of a premium they need to bid so as to win. If their guess is perfect, they can bid just above the second price like in an open auction and still win. For example, some bidders take multiple envelopes to the bid opening. If they find out they are the only bidder or if their most dangerous competitors do not show up, then they will hand over the low bid envelope".

valor a ofertar depende solo de las características del portor son llamadas licitaciones de valor privado. Los casos en que ese valor depende de factores que afectan a todos los postores son llamadas licitaciones de valor común. **Diferentes postores tiene información y capacidades distintas para valorar la concesión.** El resultado puede ser, en consecuencia, que gane la licitación el postor más optimista en vez del más eficiente, lo que podría llevar al fracaso del ganador, a presiones para re-negociar y a costos excesivos. Esto se denomina la maldición del ganador¹⁵ (énfasis agregado).

El formato de las licitaciones de transmisión llevadas a cabo tanto por PROINVERSIÓN como por el MINEM es de concurso a sobre cerrado¹⁶.

Adicionalmente, la evaluación de los postores se realiza en dos etapas, una primera de calificación en base a condiciones técnicas (experiencia y capacidad financiera) y, la segunda en función de la oferta económica presentada por cada uno de ellos, otorgándose la buena pro al postor que presente la mejor oferta, siendo evaluadas todas las ofertas en un solo acto público¹⁷. Adicionalmente, el

¹⁵ Ibidem. P. 17. Traducción libre del siguiente texto: "Guessing the right value to bid – the winner's curse: In the case of a standard equipment contract the bidders may more or less know what their own costs are and can then calculate the best offer. In many concessions bidders may need to value the right to the concession, which depends not just on their own skill but on factors affecting all bidders, for example the willingness-to-pay of consumers and the future behavior of regulators. Cases where the bid value depends only on characteristics of the bidder are called private value auctions. Cases where the value depends on factors that affect all bidders are called common value auctions. Different bidders have differing information and abilities to value a concession. The outcome could, therefore, be that the most optimistic bidder rather than the most efficient will win the auction, which would lead to failure of the winner, pressures for re-negotiation and excessive costs. This is called the winner's curse".

¹⁶ Al respecto, las licitaciones llevadas a cabo por PROINVERSIÓN se rigen por el Reglamento 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 mediante Decreto Supremo No. 060-96-PCM, que establece lo siguiente:

Artículo 18.- "Las propuestas se presentarán a la mano y en sobre cerrado.

A la hora indicada en la convocatoria se iniciará el Acto. Sin embargo, en las bases podrá señalarse un plazo de tolerancia, el que en ningún caso podrá exceder de media hora. A partir de ese momento no se recibirá propuesta alguna" (subrayado agregado).

Artículo 22.- "La concesión se otorgará al titular de la propuesta más conveniente, por acuerdo del Comité Especial que será comunicado a los postores en la fecha establecida en las bases. Acto que contará con la presencia de un Notario Público.

El Comité Especial podrá desestimar todas las propuestas presentadas cuando no resultaran convenientes, sin obligación de pago de indemnización alguna en favor de los postores" (subrayado agregado).

¹⁷ Todas las licitaciones de SGT que ha convocado PROINVERSIÓN han sido con doble calificación y con adjudicación a la mejor oferta en sobre cerrado.

"Los sobres N° 1 y N° 2 deberán ser presentados al Comité cerrados y claramente marcados en su anverso con las indicaciones: (i) el título del Concurso, (ii) el número de sobre correspondiente ("Sobre N° 1" o "Sobre N° 2"); y (iii) el nombre del Postor" (subrayado agregado).

factor de competencia de estas licitaciones ha sido, por lo general, el Costo Total de Transmisión, que incluye el costo de la inversión más el costo de operación y mantenimiento de la infraestructura de SGT¹⁸, habiéndose agregado el menor plazo para la puesta en operación comercial como factor de competencia adicional en una de las licitaciones¹⁹.

En función de ello, se concluye que el diseño de las licitaciones de transmisión no ofrece a los postores en general, ni al Grupo ISA en particular, información sobre cuál será el postor más competitivo ni sobre los valores que ofertarán como Costo Total de Transmisión o como plazo de puesta en operación comercial. Además, se trata de concursos que involucran una distinta valuación de la concesión por parte de los concesionarios, con lo cual no basta que el postor identifique sus propios costos para definir la mejor oferta, sino que debe tener en cuenta necesariamente que los otros postores pueden dar un valor distinto a la concesión.

Consecuentemente, en cada licitación de transmisión los postores deben hacer sus evaluaciones independientemente y predecir quién podría ser el más competitivo así como su mejor oferta, sin que exista razón alguna para asumir –

“La presentación de los sobres N° 1 y N° 2 se llevará a cabo en acto público y en presencia de Notario Público, en el lugar y hora a ser indicados mediante Circular, en la fecha señalada en el Cronograma. El acto será presidido por el Presidente del Comité, o la persona que éste designe. El Comité se reserva el derecho de otorgar hasta 30 minutos de tolerancia para iniciar la recepción de sobres.

(...)

El Comité otorgará la Buena Pro al Postor que hubiese presentado la mejor Oferta, la cual será establecida de acuerdo al método señalado en el Anexo 2.

De producirse un empate entre dos o más Postores, el Comité procederá a solicitar a aquellos nuevas Ofertas, las que consistirán únicamente en el Formulario 4 en su respectivo sobre, el cual deberá entregarse en el plazo que el Comité señale.

Las nuevas Ofertas estarán sujetas a los mismos términos y condiciones señalados para la Oferta original. Las nuevas Ofertas deberá ser menores o iguales a la Oferta original del Postor respectivo, en caso contrario la nueva Oferta carecerá de efecto jurídico alguno y la Oferta original se mantendrá vigente para todos los efectos del Concurso. De no presentarse una nueva Oferta, la Oferta original se mantendrá vigente para todos los efectos del Concurso. La Buena Pro se otorgará al Postor que haya presentado la mejor Oferta. De persistir el empate luego del acto de presentación de nuevas Ofertas, se determinará el Adjudicatario por sorteo con la asistencia del Notario Público, entendiéndose que la Oferta del que resulte ganador del sorteo será igual a su mejor Oferta”. (subrayados agregados).

¹⁸ Como ejemplo puede considerarse las Bases de la licitación del proyecto L.T.Carhuamayo – Carhuaquero, en las que se señala lo siguientes sobre la calificación de las ofertas:

“1. Se asignarán Puntajes (P) a cada Oferta, según la siguiente: al Postor que hubiese propuesto el Costo Total más bajo, se le asignará cien (100) puntos, y al resto se le asignará un puntaje inversamente proporcional. El Costo Total es igual a la suma del Costo de OyM (COYM) más la anualidad del Costo de Inversión (aCI) calculada con la tasa de 12% y un periodo de 30 años.

Costo Total = aCI + COYM

El Costo Total no podrá exceder un cierto límite cuya cuantía será informada oportunamente mediante Circular” (subrayado agregado).

¹⁹ Licitación del proyecto L.T. Chilca-La Planicie-Zapallal (2008).

como hizo la Comisión- que el Grupo ISA pueda estar en mejor condición para predecir la agresividad, el comportamiento y la oferta de cualquier postor, y menos aún la del postor más competitivo, en tanto que el valor que cada postor asigna a la respectiva concesión es distinto.

Unido a lo anterior y corroborando lo señalado, la participación que han tenido los postores en las licitaciones de transmisión llevadas a cabo hasta la fecha y las ofertas que han presentado en dichas licitaciones, demuestran que el Grupo ISA, al igual que como sucede con los demás postores, no puede identificar al postor más competitivo en cada licitación ni tampoco predecir cuál será su oferta. Lo anterior es tan evidente que en varias licitaciones (siendo algunas las de mayor envergadura que se han convocado) los adjudicatarios de la buena pro han sido otros postores, a pesar que el Grupo ISA presentó su mejor oferta en la primera convocatoria. A continuación se muestran los resultados de las licitaciones que fueron ganadas por otros postores:

Cuadro VI

001637

Licitaciones de SGT Adjudicadas por PROINVERSIÓN a otros Postores

N°	Año	Proyecto	Competidores	Oferta Costo Total de Transmisión (CTT) - USD	Diferencia entre el ganador y Grupo ISA*
1	2008	L.T. Carhuamayo – Paragsha – Conococha – Huallanca – Cajamarca – C. Corona-Carhuaquero 220 kV	<u>Abengoa (Abengoa Transmisión Norte)</u>	17,971,691	28.4%
			Isonor Transmisora S.A.C.	20,739,278	
			Terna Participacoes S.A.	21,660,135	
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	23,075,306	
			Consorcio Transmisión del Norte	33,883,670	
2	2008	L.T. Mantaro – Caraveli – Montalvo 500 kV y L.T. Machupicchu – Cotaruse 220 kV	<u>Isonor Transmisora S.A.C.</u>	29,487,993	1.38%
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	29,894,418	
			Abengoa	35,999,449	
			Terna Participacoes S.A.	43,163,000	
3	2010	L.T. Chilca – Marcona – Montalvo 500 kV	<u>ASA (Abengoa Transmisión Sur)</u>	48,195,000	10.34%
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	53,179,562	
			Transcobel	No presentó	
			Kepeco	No presentó	
			Alupar	No presentó	
4	2010	L.T. Tintaya – Socabaya 220 kV	<u>REI s.a.u. -AC Capitales SAFI S.A.</u>	6,694,011	25.00%
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	8,365,298	
			ASA Iberoamérica	11,495,000	
			Eletrobras	No presentó	
			SNC Lavalin	No presentó	
5	2012	L.T. Carhuaquero - Cajamarca Norte - Cállic - Moyobamba 220 kV	<u>Cobra Instalaciones y Servicios S.A.</u>	16,161,464	16.59%
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	18,842,514	
			Abengoa Perú S.A.	22,870,000	
			Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	No presentó	
6	2013	L.T. Machupicchu - Quencoro - Onocora - Tintaya y Subestaciones Asociadas 220 kV	<u>Abengoa Perú S.A.</u>	16,684,999	1.70%
			Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	16,968,068	
			REI S.A.U. - AC Capitales SAFI S.A.	19,307,625	
			Cobra Instalaciones y Servicios S.A.	No presentó	
			Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	No presentó	
* Porcentaje de la oferta ganadora que representa la diferencia entre ésta y la oferta del Grupo ISA					

* Porcentaje de la oferta ganadora que representa la diferencia entre ésta y la oferta del Grupo ISA

Como se observa, aun habiendo presentado su mejor oferta en primera convocatoria, el Grupo ISA quedó en cuarto lugar en la primera licitación y en segundo lugar en las otras tres licitaciones. La diferencia entre las ofertas presentadas por el Grupo ISA y el ganador en tres de las licitaciones es considerable, incluyendo un caso en que es cercana al 30%. Solo en una licitación la oferta del Grupo ISA es cercana a la del postor ganador.

Estos resultados demuestran, sin lugar a dudas, que el Grupo ISA no puede determinar cuál será la oferta del postor más competitivo en las licitaciones de SGT, ni tampoco puede adoptar el comportamiento estratégico que asumió la Comisión al imponer la condición; es decir, presentar una oferta mejor que la del postor más competitivo, pero solo por una pequeña diferencia, para ganar la

001698

licitación por un margen mínimo. Así mismo, los datos antes señalados evidencian que los otros postores sí tienen la capacidad de plantear ofertas ganadoras que son mucho más competitivas que las del Grupo ISA; tal como indican los casos de Isonor que obtuvo la buena pro en la licitación de la L.T. Mantaro – Cotaruse (número 2 del Cuadro III) con una diferencia de solamente 1.38% frente a la mejor oferta del Grupo ISA, o de Abengoa que obtuvo la buena pro en la licitación de la L.T. Machupicchu – Tintaya (número 11 del Cuadro III) con una diferencia de 1.70% frente a la mejor oferta del Grupo ISA.

En conclusión, aún cuando el Grupo ISA presenta su mejor oferta, otros competidores pueden ganarle la licitación con menores ofertas, con lo cual no existe opción alguna de que el Grupo ISA pueda adoptar ni pretenda adoptar el comportamiento estratégico que fue la premisa de la Comisión para imponerle la condición objeto de análisis. La evidencia demuestra que la competencia por el mercado existe independientemente y sin necesidad de la condición impuesta al Grupo ISA.

En cuanto a las licitaciones que ha ganado el Grupo ISA, el patrón es similar al de los resultados de las licitaciones previamente comentados; es decir, los postores luchan por obtener la buena pro y en estos casos la mejor oferta fue del Grupo ISA. A continuación, se encuentran los datos de las licitaciones de PROINVERSIÓN:

001639

Cuadro VII

Licitaciones de Transmisión Adjudicadas por PROINVERSIÓN al Grupo ISA

N°	Año	Proyecto	Competidores	Oferta Costo Total de Transmisión (CTT) - USD	Diferencia entre Grupo ISA y el segundo*
1	2008	L.T. Chilca – La Planicie – Zapallal (500 kV y 220 kV)	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	9,994,834	20%
			Abengoa	11,995,000	
			Isonor Transmisora S.A.C.	13,777,000	
2	2009	L.T. Trujillo – Zapallal 500 kV	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	25,819,063	25.87%
			Abengoa	32,499,168	
			Transcobel	32,748,413	
			Isolux	No presentó	
			Kepeco	No presentó	
3	2010	L.T. Talara – Piura 220 kV	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	2,276,579	0
			REI-AC Capitales	No presentó	
			ASA Iberoamérica	No presentó	
			Eletrobras	No presentó	
			SNC Lavalin	No presentó	
4	2010	L.T. Machupicchu – Abancay – Cotaruse 220 kV	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	9,754,533	30.14%
			Alupar	12,694,988	
			Abengoa	14,084,999	
			Isonor Transmisora S.A.C.	No presentó	
			REI-AC Capitales	No presentó	
5	2011	L.T. Trujillo – Chiclayo (La Niña) 500 kV	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	15,757,119	15.70%
			Abengoa	18,231,209	
			Alupar	No presentó	

* Porcentaje de la oferta del Grupo ISA que representa la diferencia entre ésta y la oferta del segundo postor

Se puede observar que la diferencia entre la oferta del Grupo ISA y la del segundo postor se encuentra entre 15% y 30%, rango bastante parecido al registrado en las licitaciones adjudicadas a otros postores (entre 10% y 28%). Por ello, más que una situación de ventaja del Grupo ISA frente a los demás postores en las licitaciones de transmisión, lo que se verifica es una nutrida competencia por el mercado, en la cual puede ganar el Grupo ISA u otro postor, independientemente de su posición en el mercado peruano de servicios de transmisión. En tal sentido, la adjudicación de la buena pro al Grupo ISA en estas licitaciones no se debe a que tenga una situación de privilegio para determinar cuál será el comportamiento de sus rivales en la licitación, sino a que su oferta fue la más competitiva.

El único caso que no muestra el patrón de importante competencia por el mercado es la licitación de la L.T. Talara – Piura (número 3 del Cuadro IV), en la cual ningún otro postor decidió presentar una oferta económica. Sin embargo, no existe razón para afirmar que la falta de postores en este caso sea indicativa de una situación de privilegio del Grupo ISA frente a los demás postores en el concurso. Debe

001700

tenerse en cuenta además que se trata de la licitación del proyecto más pequeño que había convocado PROINVERSIÓN (extensión de 103.2 km).

Respecto de las licitaciones de transmisión llevadas a cabo por el MINEM, pueden hacerse comentarios similares sobre los resultados que se presentan a continuación:

Cuadro VIII

Licitaciones de Transmisión Adjudicadas por el MINEM al Grupo ISA

N°	Año	Proyecto	Competidores	Oferta Costo Total de Transmisión (CTT) - USD	Diferencia entre Grupo ISA y el segundo*
1	2009	L.T. Independencia - Ica 220 kV	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	1,402,743	0
2	2010	L.T. Pomacocha-Carhuamayo	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	2,447,133	5.21%
			Abengoa	2,574,700	

* Porcentaje de la oferta del Grupo ISA que representa la diferencia entre ésta y la oferta del segundo postor

En uno de ellos no hubo ningún otro postor más que el Grupo ISA, mientras que en el otro solo compitió con Abengoa, ganando por una diferencia de algo más que el 5%. De este modo, estas licitaciones también muestran que existe competencia por el mercado y que ello no responde a la condición impuesta por el INDECOPI al Grupo ISA.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En la medida que las condiciones impuestas al Grupo ISA constituyen un trato diferenciado frente a los demás postores en las licitaciones de transmisión y frente a los demás integrantes del COES, esas condiciones deben ser analizadas a la luz del derecho a la igualdad ante la ley o de no discriminación previsto en la Constitución Política, que señala lo siguiente:

Artículo 2. *"Toda persona tiene derecho:*

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

El Tribunal Constitucional peruano resume las dos dimensiones del derecho a la igualdad en los siguientes términos: *"Dicha igualdad implica lo siguiente: a) La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable o no razonable, y b) La existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas"*²⁰.

Adicionalmente el Tribunal Constitucional también precisa que el derecho a la igualdad incluye tanto la igualdad de la ley como la igualdad en la aplicación de la ley:

*"El derecho de igualdad, en efecto, no solo se proyecta prohibiendo tratamientos diferenciados, sin base objetiva y razonable, en el contenido normativo de una fuente formal del derecho, sino también en el momento de su aplicación. Ella se ha de aplicar por igual a cuantos se encuentren en una misma situación, quedando proscritas, por tanto, diferenciaciones basadas en condiciones personales o sociales de sus destinatarios, salvo que estas se encuentren estipuladas en la misma norma. Impone, pues, una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentran en casos o situaciones similares. Esta dimensión del derecho a la igualdad vincula, esencialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales, los que son los llamados a aplicar las normas jurídicas"*²¹.

En función de ello, la doctrina señala lo que sigue: *"Así, la igualdad se convierte en un principio que cualquiera puede exigir en cualquier recodo de la organización del Estado, porque cada persona y cada funcionario debe cumplirla no solo en sus quehaceres oficiales, sino en su trato cotidiano con los demás"*²².

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Constitucional distingue las situaciones de diferenciación y discriminación y ha planteado los mecanismos de evaluación para determinar cuándo existe una discriminación no permitida por la Constitución:

²⁰ Sentencia del 26 de abril de 2004, expediente 0018_2003_AI_TC.

²¹ Sentencia del 18 de diciembre de 2003, expediente 1279_2002_AA_TC.

²² RUBIO, EGUIGUREN y BERNALES. Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución. Lima, 2010. P. 145.

"62. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, **diferenciación y discriminación**. En principio, debe precisarse que la **diferenciación está constitucionalmente admitida**, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación **cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables**. Por el contrario, **cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable**.

(...)

64. Ahora bien, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al test de razonabilidad.

65. El test de razonabilidad o proporcionalidad, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia N.º C-022/96), es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho test se realiza a través tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2º subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI, entre otras.

1. Subprincipio de **idoneidad** o de adecuación. De acuerdo con este, **toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo**. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. Subprincipio de **necesidad**. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una **comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental**.

3. Subprincipio de **proporcionalidad** strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, **el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental**. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental²³ (énfasis agregado).

Dentro de este marco constitucional, la Comisión concluyó, con la escasa información con la que contaba a la fecha de la emisión de la Resolución 081, que las dos condiciones impuestas al Grupo ISA cumplían con el test de razonabilidad, pues eran idóneas, necesarias y proporcionales.

En cuanto a la condición de no participar en la segunda convocatoria de las licitaciones de transmisión, la Comisión consideró que era idónea porque permitía asegurar la competencia por el mercado para la adjudicación de la construcción y operación de nuevas líneas de transmisión. Asimismo, consideró que era necesaria porque no existía un mecanismo alternativo para evitar que el Grupo ISA pueda utilizar su posición estratégica derivada de las economías de escala, ofertando mayores montos de inversión de los que pudiera ofrecer. Finalmente, asumió que la condición era proporcional en sentido estricto por ser la medida menos gravosa para el Grupo ISA, pues solo restringía su participación en la segunda convocatoria de las licitaciones para que ofrezca menores montos en la primera, como haría cualquier empresa en competencia.

²³ Sentencia del 01 de abril de 2005, expediente 0048_2004_PI_TC.

001704

Sin embargo, la evidencia del diseño de las licitaciones (mejor oferta en sobre cerrado) y de los resultados de las mismas (ofertas competidoras ganadoras y diferencias importantes en las ofertas), demuestran que el Grupo ISA no se encuentra en capacidad de realizar el comportamiento estratégico que el INDECOPI consideró como premisa para imponer la condición. En particular, la evidencia demuestra que el Grupo ISA no goza de una especial ventaja en las licitaciones de nuevas líneas de transmisión (competencia para obtener concesiones de transmisión), derivada de las economías de escala que puede lograr en el mercado de actividades de transmisión (mercado de servicios de transmisión). Por ello, la condición impuesta al Grupo ISA no es idónea, pues no cumple el objetivo de proteger la competencia, en tanto que existe notoria competencia por el mercado en las licitaciones de transmisión.

En adición a lo anterior, la condición impuesta deviene en innecesaria pues el desempeño de las licitaciones de transmisión demuestra que el Grupo ISA no puede adoptar el comportamiento estratégico asumido como premisa, tanto así que aún planteando su mejor oferta en la primera convocatoria de las licitaciones de transmisión ha perdido varias de ellas, en particular las de mayor envergadura. De este modo, no hay necesidad alguna de limitar la participación del Grupo ISA en la segunda convocatoria de las licitaciones de transmisión, pues la sola competencia por el mercado que existe es incentivo más que suficiente para que el Grupo ISA presente siempre su mejor oferta.

Por último, la condición impuesta tampoco es proporcional en sentido estricto pues impone una limitación que no se aplica a ningún otro postor, pese a que el Grupo ISA se encuentre en las mismas condiciones que los demás postores como lo demuestra lo señalado en los párrafos previos. En efecto, el INDECOPI sólo ha impuesto condiciones a una concentración distinta a la notificada por el Grupo ISA; se trata de la concentración notificada por Empresa Nacional de Electricidad S.A. de España y por Enersis S.A. en 1999, caso en el cual se impuso dos condiciones que a la fecha ya no tienen aplicación. Además, ninguna de estas condiciones era igual o similar a la que ha sido impuesta al Grupo ISA para participar en las licitaciones de transmisión²⁴. De otro lado, ninguna de las Bases de las licitaciones

²⁴ Mediante Resolución N° 012-99-INDECOPI/CLC, del 3 de diciembre de 1999, la Comisión impuso al Grupo Endesa España como condición que una de las empresas peruanas concesionarias de actividades del sector eléctrico bajo su



de transmisión contiene una limitación para la participación de postores como la que se ha impuesto al Grupo ISA, y PROINVERSIÓN no cuenta con facultades para establecer limitaciones de esa naturaleza.

Adicionalmente a lo anterior, al restringir la participación del Grupo ISA en la segunda convocatoria de las licitaciones de transmisión, la condición le resulta sumamente gravosa en los casos en que la definición del valor referencial ha sido inadecuada y ningún postor está interesado en ofertar, con la expectativa de que la licitación se declare desierta y se convoque a una segunda licitación. En estos casos, la condición impuesta simplemente elimina al Grupo ISA de la competencia, sin que haya justificación para ello, y peor aún reduce la competencia entre postores en la segunda convocatoria, pues al saber que un postor importante no participará pueden reducir su agresividad.

Respecto de la condición que limita el ejercicio de los derechos del Grupo ISA en las instancias de decisiones del COES, la Comisión consideró que era idónea para fomentar el objetivo legítimo consistente en asegurar una operación del COES que no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico. Además, consideró que la condición era necesaria porque no existía otro mecanismo alternativo que permitiera evitar una eventual afectación a la independencia en la toma de decisiones en todas las instancias del COES. Finalmente, entendió que la condición era proporcional, por ser la menos gravosa limitándose a restringir los derechos de voto del Grupo ISA únicamente cuando sean empleados para imponer su posición al interior del COES.

Según se ha demostrado en las secciones previas, luego de la emisión de la Resolución 081 y su aclaratoria mediante Resolución 001, se produjo un detallado desarrollo normativo sobre el funcionamiento del COES (Reglamento del COES,

control vote absteniéndose en todas las decisiones que requieran de votación dentro del COES-SICN, hasta la fecha en que, como producto de la interconexión de los sistemas SICN y SIS, se conforme un único COES a nivel nacional. Asimismo, le impuso como condición que la empresa distribuidora Edelnor S.A.A. licite sus adquisiciones de energía eléctrica entre todos los generadores existentes en el sistema, conforme se vayan venciendo los contratos que tiene vigentes con generadores; debiendo hacer de dominio público el procedimiento y resultados de cada licitación. Como se observa, la primera condición estuvo sujeta desde un inicio a un plazo objetivamente determinable, es decir, hasta que se conforme el COES del SEIN, lo cual ocurrió hace bastantes años atrás. La segunda condición quedó sin efecto en la medida que la Ley N° 28832 estableció como regla general para todas las concesionarias de distribución que contraten el suministro de energía eléctrica para los usuarios regulados a través de licitaciones de suministro. En tal sentido, ambas condiciones ya no tienen vigencia en la actualidad. En el caso de las condiciones impuestas al Grupo ISA no existe límite alguno, con lo cual se podrían aplicar permanentemente.

Estatuto del COES y Estatuto del Subcomité de Transmisores), el cual pone de manifiesto que dado ese marco normativo en la actualidad no existe instancia de decisión relevante dentro del COES en la cual el Grupo ISA pueda imponer su posición a través del ejercicio de los derechos de las tres empresas transmisoras bajo su control. Por ello, la condición impuesta no está justificada, de acuerdo con los argumentos señalados por INDECOPI, pues el Grupo ISA no tiene capacidad alguna de imponer que la operación del COES responda a sus intereses. Así mismo, tampoco es necesaria, pues no existe el riesgo de que el Grupo ISA afecte la independencia en la toma de decisiones en las instancias del COES. De igual modo, la condición no es proporcional, pues no hay forma en que el Grupo ISA pueda ejercer sus derechos para imponer su posición al interior del COES.

Siendo ello así, resulta evidente que las dos condiciones impuestas constituyen un trato discriminatorio en perjuicio del Grupo ISA, que no se sustenta en causas objetivas y razonables, restringiendo los derechos de un grupo empresarial que a todas luces se encuentra en las mismas condiciones que los demás actores tanto en las licitaciones de transmisión como al interior del COES, tal como se demostró a lo largo de este documento.

En ese sentido, a lo largo del presente escrito se han identificado las premisas y las presunciones adoptadas por la Comisión en el año 2006 para sustentar su decisión de imponer las condiciones al Grupo ISA. Seis años después se comprueba que estas premisas y presunciones no se han presentado en la realidad, ni pueden presentarse teniendo en cuenta el esquema normativo desarrollado con posterioridad a la emisión de la Resolución 081.

En consecuencia, al constituir condiciones que se oponen al derecho a la igualdad contemplado en la Constitución, las condiciones impuestas al Grupo ISA contenidas en los puntos (i) y (ii) del numeral Primero de la parte resolutive de la Resolución 081 (complementadas por los criterios señalados en el numeral Segundo de la parte resolutive de la Resolución N° 001-2007-INDECOPI/CLC) deben ser eliminadas y/o revocarse, manteniendo en vigor la autorización otorgada mediante la Resolución 081.

V. SUSTENTO DE LA ELIMINACIÓN Y/O REVOCACIÓN DE LAS CONDICIONES

001707

5.1. Las condiciones como “modo” y elementos de gravamen del acto de autorización

La Ley No. 26876 confiere al INDECOPI la potestad de autorizar o denegar la autorización de las operaciones de concentración que le son notificadas. Adicionalmente, se faculta al INDECOPI para autorizar las concentraciones sujetándolas al cumplimiento de condiciones. Sobre el particular, el artículo 5 literal a) de la referida Ley establece lo que sigue:

*“Si de la investigación o del procedimiento de solicitud de concentración resultara que los actos de concentración pudiesen tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, la Comisión de Libre Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI, en su caso: a) **Podrán sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que determine**” (énfasis agregado).*

El objetivo de las condiciones impuestas por la Comisión en un caso concreto debe ser evitar que la operación de concentración tenga el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades o en los mercados relacionados²⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, debe distinguirse el acto administrativo de autorización, de la condición que puede imponer la Comisión como una carga o modo de dicho acto administrativo. Una autorización sujeta a condición es un acto administrativo emitido sujetándolo a una “modalidad”, que tiene un contenido desfavorable en cuanto limita la conducta del administrado.

En la medida que la Ley No. 26876 no define la naturaleza de las condiciones que pueden imponerse, es necesario acudir a la norma general para identificar la naturaleza de estas condiciones. Precisamente, el artículo 2 de la LPAG, permite que los actos administrativos puedan quedar sujetos a modalidades, entre las cuales se encuentran la condición, el término y el modo:

²⁵ Reglamento de la Ley 26876

Artículo 28.- “La decisión de la Comisión podrá sujetar la autorización al cumplimiento de ciertas condiciones que considere necesarias para evitar que la Operación de Concentración tenga el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las Actividades o en los mercados relacionados, según lo dispuesto en el Artículo 5 inciso a) de la Ley”.

001708

Artículo 2.- "Modalidades del acto administrativo"

2.1 Cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto.

2.2 Una modalidad accesorio no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo" (énfasis agregado).

En cuanto a las modalidades del acto administrativo, debe tenerse en cuenta que mientras la condición se conceptúa como "un suceso futuro e incierto – o un suceso pasado que los interesados ignoran – del que se hace depender la eficacia del acto administrativo"²⁶, el modo se define "como el elemento accidental del acto jurídico que obliga al beneficiario de sus efectos principales a efectuar determinada prestación"²⁷. Por ello clásicamente se distingue entre la condición y el modo señalando que "el modo obliga pero no suspende, en tanto que la condición suspende pero no obliga".

En consecuencia, las condiciones que puede imponer el INDECOPI sobre la autorización de una concentración según el literal a) del artículo 5 de la Ley No. 26876, constituyen un "modo" del acto administrativo dentro de las posibles "modalidades" previstas en el artículo 2 de la LPAG. Así, las condiciones impuestas por el INDECOPI no califican como una condición del acto administrativo según la LPAG, pues no son eventos futuros que suspenden la eficacia de la autorización otorgada al Grupo ISA. Más bien, el acto administrativo que autorizó la concentración quedó sujeto a una carga, específicamente a un modo, que implica cumplir las restricciones impuestas en la Resolución 081.

Las condiciones impuestas por la Comisión, como modo del acto administrativo, constituyen un elemento accesorio al acto administrativo de autorización y no un

²⁶ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La autorización administrativa. Thomson – Civitas. Cizur Menor, 2006. Pp. 224-225.

²⁷ BOQUERA OLIVER, José María. El condicionamiento de las licencias. En: RAP. N° 37. Enero – abril 1962. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1967. P. 175.



001709

acto administrativo distinto. Al respecto, el autor español Velasco Caballero señala que:

*"El modo no es pues, un acto administrativo distinto, sino que, dentro de éste, es un instrumento de adaptación de la resolución administrativa al caso concreto: **corrige el contenido del acto principal, eliminando, previniendo o aminorando sus efectos negativos para el interés general o terceros**; garantiza el cumplimiento de los fines generales previstos en la normativa; compensa, reduce o equilibra el contenido favorable del acto; complementa su fin típico; se adhiere al acto administrativo principal, con un contenido distinto"*²⁸. (Énfasis agregado).

En nuestro ordenamiento legal, el modo forma parte del acto de autorización, conforme al artículo 2 de la LPAG, norma que prescribe que las modalidades son accesorias respecto del acto administrativo. En esta medida, el acto administrativo de autorización es favorable, pero tiene un elemento de gravamen que se materializa en las restricciones o el "modo" establecido por el artículo primero de la Resolución 081. Estamos en este caso frente a la figura señalada en la doctrina como "*actos administrativos con doble efecto o con efectos mixtos*", es decir, aquellos actos que producen efectos beneficiosos y de gravamen respecto a la misma persona²⁹.

Si el elemento accesorio de la autorización es la restricción impuesta se trata de un gravamen, lo que coincide con la doctrina especializada que postula que los actos que imponen condiciones en procesos de revisión de fusiones y/u operaciones de concentración, a la par que autorizan la operación, también tienen un contenido limitativo de los derechos y libertades de las empresas sin tener naturaleza sancionatoria³⁰, vale decir, tienen un contenido parcial de actos de gravamen. Sobre esta clase de actos administrativos, García de Enterría y Fernández señalan que,

²⁸ VELASCO CABALLERO, Francisco. Las cláusulas accesorias del acto administrativo. Editorial Tecnos. Madrid, 1996. Citado por: LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos: La autorización administrativa. Op. Cit. P. 231.

²⁹ BOCANEGRA, Raúl. Lecciones sobre el acto administrativo. Segunda edición. Editorial Thomson - Civitas. Madrid, 2004. P. 48.

³⁰ MONTT OYARZÚN, Santiago. "Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el Derecho Chileno". Ponencia presentada al VI Congreso Iberoamericano de Regulación, Gestión y Control de los Servicios Públicos. Mendoza, 2011. P. 9. Artículo disponible en http://www.sextocongresoasier.com.ar/ponencias/ponencias_lista_es.php?pag=2

001710

“Aquellos actos administrativos que tienen un destinatario externo pueden afectar a éste de dos maneras diferentes: favoreciéndole, con la ampliación de su patrimonio jurídico, otorgándole o reconociéndole un derecho, una facultad, un plus de titularidad o de actuación, liberándole de una limitación, de un deber, de un gravamen, produciendo pues un resultado ventajoso para el destinatario; o bien, segunda hipótesis, restringiendo su patrimonio jurídico anterior, imponiéndole una obligación o carga nuevas, reduciendo, privando o extinguiendo algún derecho o facultad hasta entonces intactos. Los primeros son los actos favorables o ampliatorios de derechos y facultades (...); los segundos, actos de gravamen o limitativos”³¹ (énfasis agregado).

Las condiciones impuestas, en su calidad de cargas accesorias al acto administrativo dictado en el marco de una operación de autorización de concentración, deben ser analizadas en torno a las circunstancias o las premisas que fundamentaron la imposición del modo. Concretamente, si el modo es un gravamen o una obligación gravosa integrada al acto administrativo, la imposición de dicho modo tuvo una razón de ser o una fundamentación en la necesidad de evitar que la concentración tenga efectos perjudiciales para el sector eléctrico.

Los requisitos que la LPAG impone en su artículo 2 para poder sujetar un acto administrativo a estas “modalidades” son los siguientes:

- (i) Autorización por Ley.
- (ii) Decisión expresa de la autoridad.
- (iii) Sujeción expresa del acto administrativo a modalidad (condición, término o modo).
- (iv) Los elementos modales del acto deben ser compatibles con el ordenamiento legal, o deben asegurar el cumplimiento del fin público que persigue el acto.
- (v) La modalidad accesoria no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo.

³¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Versión latinoamericana en base a la duodécima edición. Palestra – Temis. Lima – Bogotá, 2006. Página 615.

En este caso particular, la Ley No. 26876 habilita al INDECOPI a someter las decisiones de autorización a determinadas condiciones, y en tal virtud la Comisión emitió decisión expresa y sujetó el acto administrativo de autorización a modalidad, es decir, a dos condiciones. Adicionalmente, la Comisión señaló el fin público que se buscaba asegurar con las condiciones impuestas, aspecto muy importante para el presente análisis, pues define la causa, motivos o fundamentos por los cuales la autoridad estableció restricciones sobre la autorización otorgada al Grupo ISA.

El fin público señalado por la Comisión, fue mitigar los posibles efectos de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia que podrían ocurrir con la aprobación de la concentración. Sin embargo, de comprobarse que no se presentan ni se presentarán las razones por las que se consideró que la concentración podía tener la capacidad de causar tales efectos en el mercado, las condiciones ya no obedecerán al fin para las cuales fueron adoptadas³².

Ante ello, asiste legalmente al Grupo ISA la facultad jurídica de iniciar un procedimiento administrativo en interés particular para solicitar a la Comisión que elimine y/o revoque las condiciones impuestas mediante la Resolución 081.

Esta solicitud debe ser analizada a la luz de las normas de la LPAG, en tanto norma general y supletoria en materia de actos administrativos, ya que la Ley N° 26876 no establece ni causales ni procedimiento para este propósito.

5.2. Procedencia de la eliminación y/o revocación de la parte modal (o de gravamen) de un acto administrativo

La finalidad de la potestad atribuida al INDECOPI, consistente en condicionar una operación de concentración, responde a que se identifiquen circunstancias que indiquen que la aprobación de una operación de concentración podría ocasionar posibles restricciones a la competencia en el mercado eléctrico peruano. Si las circunstancias antes señaladas y que constituyen premisa del gravamen no se presentan ni son posibles de presentarse en un futuro, es perfectamente válido que el modo impuesto a la autorización, en su calidad de carga accesoria a la

³² SOTO KLOSS, Eduardo. El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés. En: Revista de Administración Pública. N° 64. Enero-abril 1971. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971. Pp. 53-105.

misma, deba ser eliminado o, en todo caso, que el acto administrativo sea revocado sólo en el aspecto correspondiente a la carga o gravamen.

Sobre el particular, interpretando las potestades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (TDLC) en materia de operaciones de aprobación condicionada de operaciones de concentración en caso se produzca, por ejemplo, una variación de las circunstancias que motivaron su adopción, el especialista chileno Montt Oyarzún señala lo siguiente:

"(...) Tratándose de actos administrativos limitadores de derechos, las Resoluciones que imponen condiciones pueden ser modificadas por el TDLC en caso de acreditarse un cambio de circunstancias. Los mercados son dinámicos – tanto por el lado de la oferta como de la demanda–, por lo que es perfectamente posible que un conjunto de circunstancias que originalmente justificó la imposición de la condición haya dejado de existir (por ejemplo, nuevos actores, nuevas tecnologías, cambios en la estructura de costos, variaciones en las condiciones de entrada, cambios de preferencias de los consumidores, etc.)"³³ (énfasis agregado).

En la misma línea, refiriéndose al caso español, el profesor Soriano García, señala que:

"Cabe la modificación de la autorización [se refiere a una operación de concentración] si se produce un cambio fundamental en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su concesión. Es un supuesto de alteración sobrevenida que modifica la base fáctica tenida en cuenta y se acomoda en tal caso la dispensa a las nuevas circunstancias, a través de un expediente igual al ordinario de concesión de la excepción"³⁴ (énfasis agregado).

De acuerdo con lo anterior, es claro que las restricciones impuestas por el INDECOPÍ no se compadecen con la idea de proteger el mercado y por tanto, deben eliminarse en todos aquellos supuestos en que como se demostró no se presentan las circunstancias que motivaron el condicionamiento de una operación

³³ MONTT OYARZÚN, Santiago: Condiciones... Op. Cit. P. 17.

³⁴ SORIANO GARCÍA, José Eugenio: Derecho Público de la Competencia. Marcial Pons. Madrid, 1998. P. 572.

001713

de concentración. Al respecto, el numeral 2 del artículo 2 de la LPAG señala expresamente que “*Una modalidad accesoria no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo*”.

Así, la condición no puede permanecer o ser ejecutada contrariando la finalidad para la cual fue adoptada la autorización. Si las circunstancias que entendió la Comisión que ocurrirían en el mercado eléctrico y que motivaron las condiciones, no se han presentado, tal como se ha acreditado en los Fundamentos de Hecho y de Derecho de la presente solicitud, resulta ilegal mantener una condición que restringe irrazonable e innecesariamente los derechos del Grupo ISA, sin que con ello se garantice la competencia, que es el fin público que busca la Comisión.

Para eliminar el contenido de gravamen del acto administrativo devenido en innecesario, procede invocar la eliminación o la revocación (en este caso, parcial) del contenido de los actos administrativos³⁵. La revocación es aplicable pues los hechos posteriores (desempeño de las licitaciones de transmisión y definición del marco regulatorio del COES) han determinado que las condiciones impuestas al Grupo ISA ya no pueden obedecer a las circunstancias pronosticadas y que motivaron su adopción, en la medida que las mismas no se han dado ni se pueden dar. Siendo esto así, el contenido de las “condiciones” accesorias impuestas ha perdido tanto su causa (motivos para su adopción) como su finalidad (ya no es necesario restringir el accionar del Grupo ISA).

Por ello, las condiciones impuestas deben ser dejadas sin efectos a través de su eliminación y/o de la revocación parcial del acto administrativo, pues, sería irrazonable e innecesario mantener una decisión gravosa sobre el Grupo ISA.

Sobre este último punto, el numeral 1 del artículo 203 de la LPAG prohíbe expresamente la revocación de los actos administrativos de contenido favorable que declaren derechos o intereses legítimos a particulares, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia:

³⁵ No corresponde emplear los remedios de nulidad o declaración de invalidez del acto administrativo, pues el problema no es la validez del acto administrativo, sino la inexistencia de las circunstancias pronosticadas y que llevaron a la imposición de las condiciones.

001714

"Artículo 203.- Revocación

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos: (...)" (énfasis agregado).

Es decir, el sistema legal impide ejercer la revocación de una decisión constitutiva de derechos por el simple cambio de criterio de los funcionarios. La doctrina señala que esta prohibición se debe, en primer lugar, a la necesidad de no dejar a la discrecionalidad de la Administración los efectos de una actuación administrativa determinada y, en segundo lugar, porque resulta de particular importancia proteger los derechos que los particulares han adquirido.

Lo anterior debe entenderse también en un sentido positivo, como una disposición legal que permite que, bajo determinados supuestos (como por ejemplo la inexistencia de las circunstancias pronosticadas por la Autoridad), se revoquen parcialmente actos administrativos favorables que establecen gravámenes y cargas sobre los administrados.

Luego de establecer la prohibición general de revocación de los actos administrativos favorables, la LPAG establece tres supuestos de habilitación excepcional y por tanto, especial para la revocación de los actos favorables, los cuales están contemplados en el numeral 2 del artículo 203 de la LPAG:

- (i) Cuando la facultad revocatoria haya sido establecida por una norma de rango legal,
- (ii) Cuando desaparezcan las condiciones indispensables según la ley para dicha declaración o constitución de derechos o intereses, y
- (iii) Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca a los destinatarios del acto y no se dañe a terceros.

001715

En función de lo anterior, las normas de la LPAG contemplan la revocabilidad permitida de los actos desfavorables o de las modalidades de gravamen de actos favorables. Así lo entiende Morón Urbina, cuando señala que:

*"(...) se razona en el sentido que se puede volver hacia atrás los actos de gravamen o desfavorables a los administrados, en razón de algún elemento de juicio objetivo sobreviniente a aquella decisión que creó una carga, una obligación o un perjuicio al administrado, y que con su evidencia o cambio de circunstancias se aprecia que ahora resulta injustificado mantener"*³⁶ (énfasis agregado).

Dado que la revocación de actos desfavorables o de modalidades de gravamen en actos favorables no tiene un procedimiento reglado específico, la misma queda sometida a las siguientes reglas, las cuales se desprenden de la cita de Morón Urbina: (i) acreditar que de forma sobreviniente que nunca se presentaron o han cambiado las circunstancias que motivaron la imposición del acto u obligación que hagan necesaria su modificación o eliminación, y (ii) motivar el acto nuevo que dispone la revocación del acto u obligación desfavorable³⁷.

En conclusión, en este caso, procede una revocación parcial de la Resolución 081, dejando sin efecto el contenido modal y de gravamen o carga del acto administrativo de autorización contenido en dicha Resolución, vale decir, las condiciones impuestas al Grupo ISA, dejándose subsistente solo la autorización de la concentración, por todas las razones legales y fácticas expuestas en la presente solicitud.

POR TANTO:

Solicitamos a la COMISIÓN admitir a trámite la presente solicitud y oportunamente declararla fundada, por corresponder a Derecho.

PRIMER OTROSI DIGO: Adjuntamos los siguientes documentos como Anexos de la presente solicitud:

³⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Novena edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2011. P. 591.

³⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos: Comentarios... Op. Cit. Pp. 590-591.

Anexo 1-A: Certificado de existencia de ISA.

Anexo 1-B: Copia del Documento de Identidad de nuestro representante legal.

Anexo 1-C: Copia de los Poderes de nuestro representante legal.

Anexo 1-D: Copia del Estatuto vigente del COES.

Anexo 1-E: Copia del Estatuto vigente del Subcomité de Transmisión del COES.

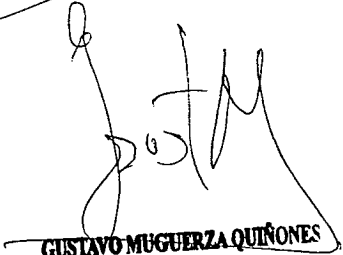
Anexo 1-F: Copia de la Actas de las Asambleas del COES. **Documento de carácter confidencial, que se solicita a la Comisión declarar bajo reserva, adjuntando el resumen no confidencial correspondiente.**

Anexo 1-G: Copia del listado de sesiones del Subcomité de Transmisión del COES y miembros asistentes. **Documento de carácter confidencial, que se solicita a la Comisión declarar bajo reserva, adjuntando el resumen no confidencial correspondiente.**

SEGUNDO OTROSI DIGO: Que, autorizamos a los doctores Eduardo Quintana Sánchez, María Teresa Quiñones Alayza, Verónica Sattler Correa Roca Rey, Vidal Galindo Verástegui, Gustavo Muguerza Quiñones y Ramón Huapaya Tapia, para que indistintamente nos representen en el procedimiento con todas las facultades generales y especiales requeridas para el efecto, conforme a lo previsto en el artículo 74° del Código Procesal Civil, norma aplicable supletoriamente al presente caso.

Lima, 27 de febrero de 2013.


VIDAL GALINDO VERASTEGUI
ABOGADO
Reg. C.A.L. 13097


GUSTAVO MUGUERZA QUIÑONES
ABOGADO
Reg. C.A.L. 43442


EDUARDO QUINTANA SANCHEZ
ABOGADO
Reg. CAL. 44891

ANEXO 10





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA
SOLICITANTE : INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P.
MATERIA : CONTROL DE CONCENTRACIONES
PROCESAL
REVOCACIÓN
ADMISIÓN A TRÁMITE
ACTIVIDAD : GENERACIÓN, CAPTACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE
ENERGÍA ELÉCTRICA

001880

SUMILLA: se ADMITE A TRÁMITE la solicitud formulada el 28 de febrero de 2013 por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. mediante la cual requiere el inicio de un procedimiento de revocación de las condiciones fijadas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 y 10 de enero de 2007 respectivamente, para aprobar la operación de concentración derivada de la adquisición de control de la empresa Consorcio Transmantaro S.A. La razón es que:

- (i) De conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, en su condición de máxima instancia administrativa en la materia, resulta competente para conocer las solicitudes de revocación de las condiciones impuestas en el marco de los procedimientos de autorización previa en el sector eléctrico, seguidos de conformidad con la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.
- (ii) Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. señaló en su solicitud que se configuró un cambio en las circunstancias que justificaron la imposición de las condiciones establecidas en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC, las cuales, al tratarse de medidas de gravamen del acto administrativo de autorización, resultan pasibles de ser analizadas en el marco de un procedimiento de revocación, de conformidad con el artículo 203.2.3 de la Ley 27444.

En tal sentido, dado que Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 017-098-ITINCI no establecen un procedimiento para la evaluación del pedido formulado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. y en aplicación del principio de "paralelismo de formas" corresponde tramitar la solicitud presentada por dicha empresa de conformidad con el procedimiento que dio lugar a la emisión de las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC. Por ello, serán de aplicación las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo 017-098-ITINCI, en los aspectos procedimentales en los que resulte pertinente.

M-SDC-13/1A



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

001881

Finalmente, se declara que CARECE DE OBJETO pronunciarse en esta etapa del procedimiento respecto a la solicitud de confidencialidad de la información presentada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. Ello, toda vez que los artículos 4 y 36 del Decreto Supremo 017-098-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, normas que resultan pertinentes para analizar la solicitud presentada, disponen que toda la información suministrada por dicha empresa en el marco del presente procedimiento reciba el tratamiento de información confidencial.

Lima, 14 de noviembre de 2013

I. ANTECEDENTES

1. El 19 de julio de 2006, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante, ISA) –empresa que a esa fecha poseía el control de las empresas peruanas concesionarias de transmisión eléctrica Red de Energía del Perú S.A. (en adelante, REP) e Interconexión Eléctrica Perú S.A. (en adelante, ISA Perú)– solicitó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia¹ (en adelante, la Comisión) la autorización para efectuar la operación de concentración derivada de la adquisición de control de la empresa peruana concesionaria de transmisión eléctrica Consorcio Transmantaro S.A. (en adelante, CTM), la cual fue evaluada al amparo de lo previsto en las disposiciones de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 017-98-ITINCI.
2. El 16 de noviembre de 2006, luego de verificar que a través de la adquisición del control de CTM por parte de ISA, se produciría una integración horizontal en el mercado peruano de transmisión de energía eléctrica, la Comisión decidió autorizar la operación mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC estableciendo dos condiciones a ISA y a las tres empresas transmisoras peruanas que quedarían bajo su control, es decir, CTM, REP e ISA Perú (en adelante, Grupo ISA). Las referidas condiciones fueron las siguientes:

- (i) Sobre la actuación en las instancias de decisión del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES - SINAC)

Al respecto, la condición impuesta al Grupo ISA fue la siguiente:

"No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto

¹ Antes, Comisión de Libre Competencia.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

001882

Esta condición resulta idónea, necesaria y proporcional en tanto busca asegurar que la operación del Comité de Operación Económica del Sistema – COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico, lo que finalmente, redundará en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica”.

- (ii) Sobre las inversiones en el sector eléctrico (licitaciones para la concesión de la construcción y operación de nuevas instalaciones de transmisión)

Sobre el particular, la condición impuesta al Grupo ISA fue la siguiente:

“De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.

Esta condición tiene como objeto evitar que el grupo económico conformado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. adopte conductas estratégicas a su favor durante los procesos de licitación (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica; y, asimismo, está dirigida a crear incentivos para que cuando el referido grupo participe en tales procesos, realice su mejor oferta, de modo que se reduzcan los costos de construcción y/o ampliación, y con ello los costos del servicio de electricidad”.

3. Luego de dicha decisión, el 10 de enero de 2007, mediante Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, la Comisión desarrolló el alcance de la condición descrita en el punto (i) precedente señalando que esta debía verificarse en cualquier instancia de decisión al interior del COES.
4. El 28 de febrero de 2013, ISA presentó un escrito ante la Comisión, mediante el cual solicitó iniciar un procedimiento administrativo dirigido a la eliminación y/o revocación de las condiciones que le habían sido impuestas a ella, así como a las empresas peruanas concesionarias de actividades de electricidad pertenecientes al Grupo ISA, establecidas mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC y la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC.
5. ISA sustentó su pedido argumentando lo siguiente:
 - (i) La vía procedimental aplicable en este caso sería la de una solicitud en interés particular, la cual se encuentra regulada en el artículo 107 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General².


²

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
Artículo 107.- Solicitud en interés particular del administrado

3/24

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1503



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

- (ii) Las dos condiciones impuestas no se sustentan en causas objetivas y razonables, y estarían restringiendo indebidamente los derechos del Grupo ISA en el marco de sus actividades en el mercado de transmisión eléctrica. Ello debido a que las premisas y presunciones adoptadas por la Comisión para justificar su dictado no se habrían presentado en el mercado, ni podrían presentarse debido al marco normativo del sector eléctrico, dictado con posterioridad a la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.
- (iii) Las condiciones impuestas por la Comisión sobre la autorización de la operación constituyen un "modo" del acto administrativo dentro de las posibles modalidades previstas en el artículo 2 de la Ley 27444³, elemento accesorio al acto administrativo de autorización, materializado en las restricciones establecidas en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.
- (iv) Al respecto debe considerarse que el artículo 203 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General permite que, bajo determinados supuestos, puedan revocarse actos administrativos que establecen gravámenes o cargas sobre los administrados.
- (v) A la fecha, no se presentan ni se presentarán las razones por las cuales se consideró que la concentración podía tener la capacidad de causar efectos perjudiciales a la competencia en el mercado eléctrico peruano, por lo que las condiciones ya no obedecen al fin para el que se adoptaron. Por tanto, debía eliminarse y/o revocarse parcialmente la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, con la finalidad de dejar sin efecto únicamente el contenido modal o carga del acto administrativo de autorización.
6. Asimismo, ISA adjuntó a su pedido una copia de las actas de las asambleas del COES y una copia del listado de las sesiones y los asistentes del Subcomité de Transmisión del COES, solicitando se declare la confidencialidad de dicha información.
7. Mediante Memorándum 086-2013/ST-CLC-INDECOPI del 15 de abril de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión remitió a la Sala Especializada

Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

3

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 2.- Modalidades del acto administrativo

2.1 Cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto.

2.2 Una modalidad accesorio no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo.

4/24

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1504



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) el pedido formulado por ISA⁴.

8. El 2 de mayo de 2013, ISA solicitó una reunión con la Secretaría Técnica de la Sala a efectos de exponer los alcances de su solicitud.
9. El 31 de mayo de 2013 se llevó a cabo la reunión de la Secretaría Técnica de la Sala con los representantes de ISA, en la cual la mencionada empresa reiteró los principales argumentos de su solicitud.

001884

II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- (i) Precisar los alcances de la solicitud formulada por ISA.
- (ii) Determinar la competencia de la Sala para evaluar la solicitud presentada por ISA y determinar si esta califica como un pedido de revocación en los términos de la Ley 27444.
- (iii) En caso corresponda admitir a trámite la solicitud de ISA, determinar el procedimiento a seguir para su evaluación.
- (iv) Evaluar la solicitud de confidencialidad formulada por ISA.

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Alcances de la solicitud presentada por ISA

10. De la revisión del Expediente 005-2006/CLC se aprecia que el 19 de julio de 2006, ISA solicitó a la Comisión la autorización previa para la operación de concentración empresarial derivada de la adquisición del control de la empresa peruana concesionaria de transmisión eléctrica CTM.
11. En atención a dicho pedido, mediante Resolución 068-2006-INDECOPI/CLC del 25 de septiembre de 2006, la Comisión admitió a trámite la solicitud de autorización previa formulada por ISA, por considerar que su evaluación se encontraba dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico.
12. Posteriormente, mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 16 de noviembre de 2006, la Comisión autorizó la operación de concentración que llevaría a ISA a adquirir el control de CTM, sujetándola al cumplimiento de dos condiciones. Luego de ello, mediante Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de enero de 2007, la Comisión desarrolló los alcances de una de las condiciones impuesta a ISA.

⁴ Ello toda vez que en sesión del 11 de abril de 2013, la Comisión determinó que en aplicación del artículo 203.3 de la Ley 27444, correspondía a la Sala pronunciarse respecto a la solicitud formulada por ISA.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

001885

13. El 28 de febrero de 2013, ISA solicitó el levantamiento de las condiciones impuestas por la Comisión mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC, argumentando para ello que dadas las actuales condiciones del mercado de transmisión eléctrica así como su desarrollo regulatorio, resultaba innecesario mantener dichas restricciones.
14. Conforme puede apreciar esta Sala, el pedido efectuado por ISA hace referencia a la necesidad de efectuar una revisión posterior de las condiciones de la autorización que obtuvo, las cuales fueron dictadas luego de haberse realizado una evaluación siguiendo los procedimientos y criterios establecidos mediante la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, así como su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 017-98-ITINCI.
15. Sobre el particular, debe resaltarse que el artículo 8 de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico⁵ establece la competencia de la Comisión y de la Sala para conocer los procedimientos que se realicen con sujeción a dicha norma.
16. De lo anterior, resulta posible concluir que en la medida que el pedido formulado por ISA se encuentra referido a un procedimiento seguido en el marco de la Ley 26876, corresponde al Indecopi evaluar la procedencia de la solicitud de dicha empresa para la eliminación o revocación de las condiciones que le fueran impuestas por la Comisión.
17. En ese orden de ideas, en primer lugar deberá determinarse si la Sala es el órgano competente para conocer la solicitud de revocación formulada por ISA. Posteriormente, se deberá establecer si en el presente caso nos encontramos ante un supuesto de revocación en los términos de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
18. En caso corresponda admitir a trámite la solicitud de ISA, deberá establecerse el marco procedimental que deberá seguirse a efectos de emitir un pronunciamiento de fondo respecto a la pertinencia de revocar las condiciones fijadas mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC.

III.2 La solicitud formulada por ISA y el procedimiento de revocación

5

LEY 26876. LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLOGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

Artículo 8.- Corresponderá a la Comisión de Libre Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI conocer y resolver en primera y segunda instancia respectivamente, los procedimientos que se inicien con sujeción a la presente Ley.

Corresponderá al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG la determinación semestral de los porcentajes de participación en el mercado de las empresas que desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica, en base a las declaraciones juradas que semestralmente deberán presentarle dichas empresas.

6/24

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1506



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

III.2.1 Marco teórico y normativo del procedimiento de revocación

001886

19. Luego de emitido el acto administrativo, existen tres (3) vías a través de las cuales la Administración Pública puede revisar sus propios actos:
- (i) La rectificación de errores, a través de la cual se enmiendan errores materiales o aritméticos que no alteren el contenido de lo decidido⁶.
 - (ii) La declaración de nulidad de oficio⁷, a través de la cual se revisan actos administrativos que contienen vicios desde el momento de su emisión y que afectan el interés público.
 - (iii) La revocación, a través de la cual la autoridad efectúa una evaluación posterior de su pronunciamiento a efectos de verificar si, en mérito de circunstancias sobrevinientes, los actos administrativos que confirieron derechos o intereses legítimos a los administrados deben ser revocados, modificados o sustituidos, siempre que se siga con el procedimiento establecido para tal efecto en la ley.
20. Con relación al supuesto descrito en el numeral (iii), Morón Urbina señala que la revocación consiste en la potestad excepcional que la ley otorga a la Administración para que, de manera directa, de oficio y mediante un nuevo acto administrativo, modifique, reforme, sustituya (total o parcialmente), o extinga los efectos de un acto administrativo emitido en su oportunidad conforme a derecho pero que debido a circunstancias extrínsecas y posteriores debe ser variado⁸.
21. En ese orden de ideas, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁹ establece que la revocación del acto administrativo deberá ser

⁶ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 201.- Rectificación de errores

201.1 Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

201.2 La rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original.

⁷ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 202.- Nulidad de oficio

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada también por resolución del mismo funcionario.

⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Novena Edición. Lima. 2011. Pg. 589.

⁹ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 203.- Revocación

(...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, garantizando el derecho de defensa de los afectados¹⁰.

001887

22. Asimismo, la revocación surte efectos a futuro y solo procede en tres supuestos¹¹:

- (i) Cuando la facultad revocatoria haya sido establecida por una norma de rango legal y se cumplan los requisitos establecidos en la norma que atribuya tal competencia.
- (ii) Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de este.
- (iii) Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y no se dañe a terceros.

23. Con relación al numeral (iii) precedente, Morón Urbina señala lo siguiente¹²:

"Un último supuesto comprendido en esta categoría es la revocación de actos de gravamen impuestos a los ciudadanos (...). Para ello, el legislador ha asignado el artículo 203.2.3 para facultar la revocación de estos actos siempre que se satisfaga la exigencia que se funde en la apreciación de «elementos de juicio sobrevinientes», y siempre que con ello «se favorezca legalmente a los destinatarios del acto» así como que, a su turno «no se genere perjuicios a terceros», como podría ser si la

203.3 La revocación prevista en este numeral sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.

¹⁰ En similar sentido, en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución 1535-2010/SC1-INDECOPI del 3 de mayo de 2010, se señaló lo siguiente:

"Adicionalmente, la Ley 27444 dispone que el procedimiento de revocación sea tramitado por la más alta autoridad con la finalidad de que el desconocimiento de derechos o intereses, con los efectos adversos que puede implicar, solo sea decidido por el órgano que ostenta la mayor responsabilidad en la entidad, el mismo que se encarga de revisar en última instancia todo tipo de pronunciamientos emitidos por los órganos inferiores".

¹¹ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
Artículo 203.- Revocación

(...)

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

(...)

¹² MORÓN URBINA, Juan Carlos. "La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica". Revista Derecho PUCP N° 67. Editada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2011. Pgs. 432 y 433.

8/24

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1508



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

revocación en el caso concreto fuese una decisión discriminatoria para algún administrado en la misma situación."

(Subrayado agregado)

001838

24. Tomando en cuenta ello, puede apreciarse que resultará posible la revocación de los actos administrativos que imponen cargas a los administrados en aquellos supuestos en los que con posterioridad a su emisión, se verifiquen factores objetivos y contrastables que reporten un beneficio para los destinatarios del acto y no generen daños a terceros.
25. Dicho supuesto de revocación no resulta exclusivo para el caso peruano, sino que también se encuentra contemplado en normativa comparada como sucede en Argentina¹³ o España¹⁴. En particular, con relación a este último país, el profesor Laguna de Paz señala lo siguiente¹⁵:

"(...) no hay reparos en admitir la revocación por razones de mera oportunidad en relación con las autorizaciones discrecionales, que son expresión de potestades que reconocen a la Administración una amplia capacidad para valorar lo que en cada caso y en cada momento conviene al interés general.

(...) la discrecionalidad no equivale a la gratuidad en la intervención pública, sino que es un medio para satisfacer el interés general. Así (...) la revocación en base a nuevos criterios de apreciación es una facultad que no debe entenderse como un mero cambio de opinión administrativa, sino más bien fundado en circunstancias objetivas y contrastadas (...)" (Subrayado agregado).

26. Puede apreciarse que al igual que la normativa comparada y la doctrina¹⁶, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, prevé la

¹³ LEY 19.549. LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (ARGENTINA)

Artículo 18.- El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados.

¹⁴ LEY 30.1992. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN. (ESPAÑA)

Artículo 105. Revocación de actos y rectificación de errores.

1. Las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

2. Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

¹⁵ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La autorización administrativa". Ed. Thomson Civitas. Navarra. 2006. Pgs. 337 y 338.

¹⁶ A mayor abundamiento, se aprecia que el profesor Maurer señala lo siguiente:

"Por el contrario, la revocación es obligatoria si han cambiado las circunstancias fácticas o jurídicas y por ello ya no sería posible dictar el mismo acto administrativo. Esto sucede, en especial, si un acto administrativo conlleva la limitación de un derecho fundamental y el cambio de la situación material o jurídica hace que desaparezcan los presupuestos que legitiman esa limitación. (...) El principio de seguridad jurídica no resulta afectado por esta

9/24



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

posibilidad de revocar determinados actos administrativos siempre que se verifique lo siguiente:

001889

- (i) Debe tratarse de una actuación que conceda beneficios o imponga gravámenes o cargas a los administrados.
 - (ii) La existencia de circunstancias sobrevinientes que resulten objetivas y contrastables.
 - (iii) No se produzca perjuicios a terceros.
27. A continuación se desarrollarán cada uno de los factores antes mencionados, incidiendo para tal efecto en su pertinencia en los casos de control de concentraciones.
- (i) Los gravámenes y condiciones impuestas en el marco de la aprobación de una concentración empresarial como una medida de gravamen
28. Conforme señalan García de Enterría y Fernández, los actos administrativos pueden ampliar o beneficiar la esfera jurídica de los particulares, pero también pueden afectarla negativamente mediante la imposición de gravámenes, generando así obligaciones, deberes o cargas antes inexistentes o bien restricciones, limitaciones o extinciones de titularidades pasivas previas¹⁷.
29. Así, a modo de ejemplo de gravámenes o cargas, los mencionados autores han señalado las siguientes: *"sacrificios de situaciones de mero interés, limitaciones de derechos, delimitaciones administrativas del contenido normal de los derechos, potestades ablatorias (reales, y entre ellas notablemente las expropiaciones), prestaciones forzosas (personales y reales, y entre estas señaladamente las tributarias), la imposición de deberes y las sanciones"*¹⁸.
30. De lo anterior se desprende que el común denominador de todos los gravámenes o cargas es que limitan la esfera jurídica de los administrados, lo cual puede implicar desde la regulación de un derecho hasta la supresión del mismo.

eliminación, porque la estabilidad que con él se protege se refiere al momento de la producción del acto, pero no afecta a los cambios que se produzcan con posterioridad. Esta idea se entiende perfectamente si se piensa que los cambios de circunstancias producidos con posterioridad al dictado del acto no pudieron hacerse valer como motivos para impugnarlo."

MAURER, Hamut. "Derecho Administrativo. Parte General". Editorial Marcial Pons. Madrid. 2011. Pg. 331.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo II. Editorial Palestra. Lima. 2006. Pg. 1001.

¹⁸ Ibídem. Pg. 1003.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

31. En atención al caso concreto, la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, en su artículo 5¹⁹ establece que aquellas operaciones de concentración²⁰ que se encuentren bajo el ámbito de aplicación de dicha norma, de ser necesario, podrán ser aprobadas con sujeción al cumplimiento de las condiciones que la Comisión o la Sala puedan determinar.
32. En tal sentido, la Ley 26876 establece que la libertad empresarial de los agentes intervinientes en el sector eléctrico podrá verse restringida mediante gravámenes o cargas que condicionen la aprobación de la concentración empresarial que pretendan llevar a cabo. La finalidad de estas medidas es evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir el proceso competitivo en el mercado eléctrico o en los mercados conexos²¹.
33. En la misma línea, sobre el propósito de estas medidas, el Departamento de Justicia de Estados Unidos de Norteamérica²² señala que una vez que se

001890

19

LEY 26876. LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLOGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

Artículo 5.- Si de la investigación o del procedimiento respectivo resultará que los actos de concentración pudiesen tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, la Comisión de Libre Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su caso, podrán adoptar las siguientes medidas:

- a). Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que determine;
- b). Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda. El ejercicio directo o indirecto del control a través del ejercicio del derecho de voto de las acciones o de cualquier otro acto jurídico que confiera el control sobre la empresa objeto de concentración, quedará en suspenso hasta el cumplimiento definitivo del mandato de desconcentración.

20

LEY 26876. LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLOGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

Artículo 2.- Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación "jointventure", asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

No se considera que existe concentración cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo.

21

LEY 26876. LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLOGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

Artículo 1.- Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

22

United States Department of Justice – DOJ. *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*. 2004. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/205108.htm#3> (Consultado el 30 de octubre de 2013). En tal sentido el DOJ ha señalado lo siguiente:

11/24

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

154



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

ha determinado que una concentración empresarial puede tener efectos anticompetitivos, la imposición de las condiciones permite adecuar el interés privado con la protección del interés general lo cual se produce a través de la vigilancia del proceso competitivo.

001891

34. Dicho objetivo también resulta primordial para la autoridad de competencia chilena. Así, en un procedimiento seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile se señaló lo siguiente²³:

"Atendidas las amenazas a la libre competencia determinadas por este Tribunal en la sección 9, precedente, no cabría sino concluir que la operación entre Endesa y Colbún, de aprobarse lisa y llanamente en los términos solicitados, incrementaría dichos riesgos y, en especial, el de que tales empresas coordinen, tácita o explícitamente, sus futuras conductas e inversiones y, en consecuencia, posterguen estas últimas. En particular, si se postergan inversiones que constituyan tecnologías de base, como es el caso de las hidráulicas con alto factor de planta, se restringiría la oferta de energía de menor costo operacional y, con ello, se alteraría la determinación de precios a nivel de generación. Esto es especialmente relevante si se tiene presente las dificultades a la entrada de centrales de generación de energía de base establecidas en esta Resolución, y las particulares características hidrológicas de la zona de Palena y Aysén, a diferencia del potencial hidroeléctrico del resto del país.

En consecuencia, este Tribunal debe analizar si, a pesar de tales riesgos, es posible aprobar la operación consultada, pero sometida a condiciones que mitiguen los probables efectos anticompetitivos antes referidos."

35. Por tanto, de acuerdo con la normativa nacional así como la experiencia comparada en materia de control de concentraciones, resulta posible concluir que las condiciones que sean impuestas tanto por la Comisión o la Sala, a efectos de aprobar una operación de concentración empresarial en el sector eléctrico, constituyen gravámenes que restringen la libertad de las empresas operadoras de dicho sector, a fin de compatibilizar la referida libertad con el interés público tutelado (proceso competitivo).

- (ii) Las circunstancias sobrevinientes que ameritan la revocación de las condiciones impuestas a la autorización de una operación de concentración empresarial

"Una vez que la División ha determinado que la concentración afecta la competencia, insistirá en un remedio que resuelva dicha situación. La aceptación de remedios sin analizar si son suficientes para compensar los efectos anticompetitivos perjudica a los consumidores".

Traducción libre de:

"Once the Division has determined that the merger is anticompetitive, the Division will insist on a remedy that resolves the competitive problem. Accepting remedies without analyzing whether they are sufficient to redress the violation involved is a disservice to consumers".

23

Al respecto ver Sentencia 22/2007 emitida en marco del Procedimiento no Contencioso Nº 134-06, seguido por Empresa Nacional de Electricidad S.A. y Colbun S.A.

12/24

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1512



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

36. Conforme ha sido desarrollado en la presente resolución, por regla general, el procedimiento de revocación permite que, bajo determinados supuestos, un acto administrativo pueda ser revisado y modificado en caso se verifiquen circunstancias posteriores que resulten objetivas y contrastables que reporten un beneficio para los destinatarios del acto y no generen daños a terceros.

001892

37. En el caso particular de las operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico, ni la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico ni su reglamento aprobado mediante Decreto 017-98-ITINCI han precisado cuáles serían aquellos factores que ameritarían la posterior revisión de una condición impuesta en el marco de un procedimiento de autorización de una operación de concentración empresarial.

38. Asimismo, en la experiencia nacional no se verifica un pronunciamiento previo en aplicación de la Ley 26876, en el cual se hubiese evaluado una solicitud de revocación de una condición, por lo que a efectos de determinar las características que deben revestir estas circunstancias sobrevinientes resulta importante recurrir a la experiencia comparada en materia de control de concentraciones empresariales.

39. Sobre el particular, la Comisión Nacional de la Competencia de España (en adelante, la CNC) ha señalado que solo si constata una modificación sustancial y permanente en el desarrollo del mercado se podrán levantar las condiciones impuestas a una autorización de concentración empresarial²⁴.

40. Así, la CNC considera que *"debe tratarse de una verdadera modificación sustancial de las condiciones de competencia que llevaron a adoptar la decisión en sus justos términos (...) precisando en tal sentido que "no basta cualquier modificación sustancial de las condiciones de competencia en el mercado, sino de las circunstancias que llevaron a adoptar la decisión"*.

41. En línea con lo anterior, respecto a la experiencia chilena el profesor Montt Oyarzún señala que en la medida que los mercados son dinámicos, tanto por el lado de la oferta como de la demanda, resulta posible que el conjunto de circunstancias que originalmente justificó la imposición de una condición hubiese dejado de existir. Así, dicho autor considera que a efectos de analizar un cambio en el mercado deberán analizarse factores como el ingreso de nuevos competidores, la aparición de nuevas tecnologías, cambios en la estructura de costos, variaciones en las condiciones de

²⁴ En tal sentido, ver la Resolución emitida el 7 de julio de 2010 en el marco del Expediente VIG-003-08 GAS NATURAL UNIÓN EUROPEA. Pg. 6.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

entrada al mercado, cambios en las preferencias de los consumidores, entre otros²⁵.

42. Por otro lado, en la Comunicación relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) 139/2004²⁶ y al Reglamento (CE) 802/2004²⁷, la Comisión Europea señaló lo siguiente:

001893

"En primer lugar, las circunstancias excepcionales que justifican una exención, modificación o sustitución pueden aceptarse para dichos compromisos si las partes demuestran que las circunstancias del mercado han cambiado considerablemente y de forma permanente. Para esta demostración se requiere que medie un lapso de tiempo suficientemente largo, en principio de por lo menos varios años, entre la decisión de la Comisión y la petición de las partes. En segundo lugar, las circunstancias excepcionales pueden también estar presentes si las partes pueden demostrar que la experiencia adquirida en la aplicación de la solución indica que el objetivo perseguido por la solución se logrará mejor si se cambian las modalidades del compromiso."

43. Conforme se aprecia, las circunstancias sobrevinientes que ameritan la revisión de las condiciones impuestas a una operación de concentración empresarial deben encontrarse referidas a una variación sustancial en aquellos factores del mercado que en su oportunidad fundamentaron la restricción impuesta.

44. Asimismo, para sustentar dicha modificación deberá evaluarse el comportamiento del mercado una vez aprobada la concentración y la respectiva condición. Ello puesto que el paso del tiempo puede legitimar la pertinencia de la condición, o por el contrario permite evidenciar que el riesgo que se pretendió mitigar en un momento determinado resulta de imposible materialización en un escenario posterior.

(ii) El levantamiento de las condiciones no debe ocasionar daños a terceros

45. De acuerdo a lo señalado en el numeral 26 de la presente resolución, al momento de analizar la pertinencia de revocar las condiciones impuestas a ISA por la Comisión deberá evaluarse si con ello se producen o no daños a otros administrados o terceros.

46. A efectos de realizar dicha evaluación resultará de suma importancia el contar con la opinión de, cuando menos, las partes que intervinieron en la

²⁵ MONTT OYARZÚN, Santiago. "Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el Derecho Chileno". Disponible en: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/23_Montt.pdf (Consultado el 28 de octubre de 2013).

²⁶ Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo de la Unión Europea, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

²⁷ Reglamento (CE) 802/2004 de la Comisión de la Unión Europea del 21 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.

14/24



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

tramitación del procedimiento que dio lugar al acto y a la imposición de las condiciones cuya revocación se solicita.

47. Ello toda vez que serán principalmente dichos sujetos quienes se encontrarán interesados en presentar y acreditar los efectos que tiene en el mercado el levantamiento de una condición, incidiendo para ello de ser el caso, en el daño que se podría producir ante un cambio en las restricciones impuestas a un determinado agente económico.

III.2.2 Aplicación al caso concreto

(i) Órgano competente

48. De conformidad con lo desarrollado en el numeral 21 de la presente resolución, la revocación del acto administrativo deberá ser realizada por la más alta autoridad de la entidad competente.
49. Considerando que ISA solicita el levantamiento de condiciones que fueron impuestas por la Comisión mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC, corresponde a esta Sala, en su condición de máxima instancia administrativa²⁸, evaluar la pertinencia de revocar o no las limitaciones impuestas a ISA como condición para la aprobación de la operación de concentración empresarial derivada de la adquisición de CTM.
50. Establecido lo anterior a continuación se analizará la solicitud formulada por ISA a efectos de determinar si resulta posible admitir a trámite su pedido.

(ii) Las medidas de gravamen contenidas en las resoluciones que aprobaron la operación de concentración empresarial realizada por ISA

51. De conformidad con lo desarrollado en los numerales 28 a 35 de la presente resolución, las condiciones impuestas a las empresas a efectos de aprobar una solicitud de concentración constituyen medidas de gravamen a través de las cuales la autoridad limita la libertad de los agentes económicos en aras de compatibilizar su ejercicio con la protección del proceso competitivo.
52. En el presente caso, la Comisión luego de verificar que a través de la adquisición del control de CTM por parte de ISA, se produciría una integración horizontal en el mercado peruano de transmisión de energía

28

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 203.- Revocación

(...)

203.3 La revocación prevista en este numeral sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.

15/24

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1515



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

eléctrica, autorizó la operación mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 16 de noviembre de 2006, estableciendo dos condiciones al Grupo ISA (compuesto por CTM, REP e ISA Perú).

~~001895~~

53. La primera de dichas condiciones consiste en lo siguiente:

"No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose."

54. Posteriormente, mediante Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de enero de 2007, la Comisión desarrolló el alcance de la condición antes descrita señalando que esta debía verificarse en cualquier instancia de decisión al interior del COES.

55. Así, la mencionada restricción fue impuesta por la Comisión en el entendido que resultaría idónea, necesaria y proporcional para asegurar que la operación del COES (en todas sus instancias) no responda a un único interés empresarial (el del Grupo ISA) sino que favorezca el mejor funcionamiento del sistema eléctrico, redundando así en mejores condiciones de competencia y mayores beneficios para los consumidores o usuarios del servicio de energía eléctrica.

56. Por tanto, se evidencia que la condición en cuestión constituye una medida de gravamen que restringe la esfera jurídica del Grupo ISA, puesto que limita el ejercicio individual del derecho a voto con el que cuenta cada una de las integrantes del mencionado grupo al interior del COES. A criterio de la Comisión, dicha medida buscaba proteger el mercado eléctrico de presuntas conductas anticompetitivas por parte del Grupo ISA.

57. Por otro lado, la segunda condición impuesta al Grupo ISA mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 16 de noviembre de 2006 consiste en:

"De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas."

58. A decir de la Comisión, dicha medida permite evitar que el Grupo ISA adopte conductas oportunistas durante los procesos de selección (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura eléctrica. Asimismo, buscó crear incentivos para que cuando el Grupo ISA participe en dichos procesos realice su mejor oferta, reduciéndose así los

16/24



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

costos de construcción y ampliación de la infraestructura de transmisión eléctrica y con ello, los costos del servicio de electricidad.

001896

59. Conforme se evidencia, la restricción en cuestión limita la libertad de empresa del Grupo ISA puesto que le impide participar de manera irrestricta en los procesos de licitación (o equivalentes) para la construcción de infraestructura en transmisión, a diferencia de lo que podría ocurrir con otros agentes económicos en este segmento de mercado, quienes pueden adoptar las estrategias empresariales que les reporten mayores beneficios, pudiendo así competir en una segunda convocatoria, a diferencia de lo que sucede con el Grupo ISA.

60. Por tanto, la Sala considera que las dos condiciones impuestas al Grupo ISA califican como medidas de gravamen que limitan su esfera jurídica y que fueron impuestas en atención a que la Comisión las consideraba pertinentes para salvaguardar las condiciones de competencia en el mercado eléctrico.

(iii) Las circunstancias sobrevinientes alegadas

a) Respecto a la participación del Grupo ISA en el COES

61. En este extremo, ISA sostuvo que luego de emitidas las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC se produjeron modificaciones en la normativa aplicable al mercado eléctrico, así como cambios en el número de agentes intervinientes en el mismo que harían que, a la fecha, resulte innecesaria la condición referida al ejercicio de su derecho al voto al interior de todas las instancias del COES.

62. Así, en lo referido a los cambios normativos, ISA argumentó que el 3 de mayo de 2008, es decir luego de emitidos los pronunciamientos de la Comisión, se publicó el Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del COES. Asimismo, el 18 de julio de 2008 el COES publicó su nuevo estatuto²⁹ y el Subcomité de Transmisión del COES se constituyó y aprobó su estatuto mediante Escritura Pública del 24 de agosto de 2009.

63. Sobre su participación en la Asamblea del COES³⁰, ISA señaló que esta estaba constituida por noventa (90) integrantes registrados³¹, cada uno con

²⁹ Dicho estatuto fue actualizado mediante acuerdo de Asamblea del 27 de julio de 2009.

³⁰ DECRETO SUPREMO 027-2008-EM. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA (COES)

Artículo 9.- Integrantes

9.1 Conforman la Asamblea del COES los Integrantes Registrados, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3, los mismos que se agrupan en cuatro (04) Subcomités conforme a lo establecido en el numeral 16.2 del artículo 16 de la Ley.

9.2 Son hábiles para participar en la Asamblea, aquellos Agentes que sean Integrantes Registrados del COES, hasta los veinte (20) días previos a la fecha fijada para la realización de la Asamblea en primera convocatoria.

17/24



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

un voto al interior de dicho órgano, motivo por el cual los tres (3) votos que pudieran ejercer las empresas del Grupo ISA no le permitían fijar una postura de manera unilateral en la Asamblea.

001897

64. Con relación a su participación en el Directorio³², ISA señaló que en la medida que las empresas del Grupo ISA sólo participan en el subcomité de transmisión, únicamente pueden participar en la elección de uno de los cinco (5) miembros que conforman el Directorio³³. Asimismo, aún en el hipotético supuesto que pudiera determinar la elección de uno de los miembros del Directorio, dada las restricciones necesarias para la formación del quórum³⁴ así como para la toma de acuerdos³⁵, dicho director

9.3 Para fines de la Asamblea, los Agentes se agrupan en los cuatro (04) Subcomités establecidos en el numeral 16.2 del artículo 16 de la Ley, de acuerdo al tipo de actividad que desempeñan. Para este fin, se considera lo establecido en el numeral 3.2 del artículo 3. Cada Subcomité elegirá anualmente a un representante titular y uno suplente, mediante el voto conforme de la mitad más uno de los Integrantes Registrados de cada Subcomité. Los representantes de los Subcomités ejercerán la representación de éstos ante la Asamblea únicamente en los aspectos operativos y sobre aquellos para los cuales cuenten con la aprobación previa de su respectivo Subcomité.

9.4 La Asamblea se reúne en Asamblea ordinaria cuando menos una vez al año y en Asamblea extraordinaria según lo previsto en el Estatuto.

9.5 Todos los Integrantes Registrados, incluso los disidentes y los que no participaron en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados en la Asamblea.

9.6 El Estatuto puede establecer la realización de Asambleas no presenciales por medio de mecanismos de comunicación a distancia en simultáneo, siempre que las condiciones de su realización garanticen el pleno ejercicio de los derechos de todos los Integrantes Registrados y la identidad de los participantes.

³¹ De la revisión de la lista de miembros pertenecientes a la Asamblea del COES, disponible en <http://www.coes.org.pe/wcoes/coes/integrantes/listado.aspx> se aprecia que los miembros ascienden a ciento cuatro (104) y no a noventa (90) como señala ISA. (Consultado el 13 de noviembre de 2013).

³² DECRETO SUPREMO 027-2008-EM. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA (COES)

Artículo 15.- Naturaleza y condiciones

15.1 El Directorio es el principal órgano de gobierno del COES y es responsable por el cumplimiento de las funciones señaladas en los artículos 13 y 14 de la Ley, así como de las señaladas en el artículo 23 del presente Reglamento.

15.2 Los Directores en su desempeño, deben actuar de manera independiente e imparcial, con criterio técnico y estricta observancia a la normativa aplicable, sea la LCE, Ley, Reglamentos, Normas Técnicas y demás disposiciones complementarias, así como, el Estatuto y los Procedimientos del COES.

5.3 El Directorio no se encuentra sujeto a mandato imperativo de ninguna índole, ni a subordinación jerárquica alguna.

³³ DECRETO SUPREMO 027-2008-EM. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA (COES)

Artículo 16.- Elección del Directorio

16.1 El Directorio está compuesto por cinco (05) miembros. Cada Subcomité elige a un Director con el voto favorable de la mitad más uno de los Integrantes Registrados del Subcomité. El Presidente del Directorio es elegido por la Asamblea, conforme a lo establecido en el artículo 12.

16.2 El reemplazante de cualquier miembro del Directorio completa el período del reemplazado.

16.3 Los Directores pueden ser reelegidos indefinidamente.

16.4 El mandato de Director del COES es indelegable.

³⁴ DECRETO SUPREMO 027-2008-EM. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA (COES)

Artículo 20.- Quórum

20.1 El quórum para la realización de sesiones del Directorio, en primera o en segunda convocatoria, es de tres (03) miembros.

20.2 El período entre la primera y la segunda convocatoria es, como máximo, de treinta (30) minutos.

³⁵ DECRETO SUPREMO 027-2008-EM. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA (COES)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

se vería impedido por si solo de determinar el sentido de las decisiones al interior del referido órgano.

001898

65. Con relación al Subcomité de Transmisión, ISA alegó que cuando se impusieron las condiciones establecidas en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC, el mencionado subcomité estaba conformado por cinco (5) miembros, siendo que a la fecha dicho número se ha incrementado a ocho (8)³⁶ integrantes, proyectándose además que próximamente ingresarían dos (2) empresas.
66. Así, ISA señaló que si bien de acuerdo al Estatuto del Subcomité de Transmisores³⁷ las empresas pertenecientes a su grupo empresarial tendrían quórum para poder reunirse válidamente, de acuerdo a dicho estatuto los tres (3) votos que tendría a través de sus empresas no le generan una posición preferente para la toma de decisiones.
- b) Respecto a la participación del Grupo ISA en las segundas convocatorias para los procesos de selección (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura eléctrica
67. En lo referido a la limitación del Grupo ISA para participar en las segundas convocatorias para los procesos de selección (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura eléctrica, ISA ha señalado que la experiencia posterior a la imposición de las condiciones fijadas por la Comisión ha evidenciado que no cuenta con ventajas frente a otros postores en las licitaciones.
68. ISA ha presentado información de los resultados de las licitaciones realizadas por PROINVERSION a efectos de sustentar que en las licitaciones celebradas a partir del año 2008, el Grupo ISA no ha contado

Artículo 21.- Acuerdos y mayorías

21.1 Los acuerdos se adoptan con el voto conforme de más del cincuenta (50%) por ciento de los asistentes a la sesión del Directorio.

21.2 En caso de empate, el Presidente tiene voto dirimente.

21.3 Todos los Directores, incluso los disidentes y los que no participaron en la sesión, están sometidos a los acuerdos adoptados por el Directorio. Los disidentes pueden dejar sentada su opinión discrepante en Acta.

21.4 Los acuerdos del Directorio se deberán publicar en el Portal de Internet del COES dentro de un plazo máximo de cinco (05) días de la fecha de aprobación del Acta respectiva.

³⁶ De la revisión de la lista de miembros pertenecientes al Subcomité de Transmisión del COES, disponible en <http://www.coes.org.pe/wcoes/coes/integrantes/listado.aspx> se aprecia que los miembros ascienden a nueve (9) y no a ocho (8) como señaló ISA. En tal sentido, se debe precisar que de acuerdo a la información obrante en la referida página de internet, el 31 de octubre de 2013 ingresó al Subcomité de Transmisión la empresa Pomacocha Power S.A.C.

³⁷ Estatuto del Subcomité de Transmisores
Quinta.- Sesiones y quórum
(...)

5.6 El quórum mínimo para la realización de las sesiones del Subcomité en Primera Convocatoria será la mitad del número de los miembros. En caso el número de miembros sea impar, el quórum será el número entero inmediato superior al de la mitad de aquel. En segunda convocatoria el quórum será el 40% (Cuarenta Por Ciento) del número de los integrantes registrados del Subcomité. (...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

con una ventaja manifiesta como postor. Adicionalmente precisa que inclusive en diversas ocasiones otras empresas transmisoras han competido con ofertas considerablemente menores a las de ISA, por lo que resultaría innecesario mantener la limitación fijada por la Comisión.

001899

69. Asimismo, ISA señaló que la dinámica del mercado ha evidenciado que contrariamente a lo señalado por la Comisión, no se encuentra en capacidad de identificar al postor que realice la oferta más competitiva y por tanto, no puede actuar estratégicamente para realizar una oferta ligeramente menor a la de las otras empresas a fin de ganar las licitaciones con un reducido margen de diferencia.
70. Ello, conforme indica la empresa, debido a que el formato de las licitaciones celebradas por PROINVERSION y por el Ministerio de Energía y Minas es la de concurso a sobre cerrado³⁶, lo cual limitaría la realización de conductas oportunistas por parte de las empresas participantes.
71. Por tanto, se verifica que ISA presentó los argumentos según los cuales - a su criterio - se habría producido un cambio en las circunstancias que justificaron la imposición de las condiciones establecidas en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC.

III.3 Vía procedimental a seguir para la tramitación de la solicitud presentada por ISA

72. Habiéndose verificado la procedencia de la solicitud formulada por ISA, a efectos de evaluar la pertinencia de revocar las condiciones que le fueran impuestas mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC, corresponde determinar el procedimiento a seguir por esta Sala para emitir un pronunciamiento de fondo sobre tal pretensión.
73. Al respecto, tal como ha sido señalado, ni la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico ni su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 017-98-ITINCI han previsto un procedimiento específico que resulte aplicable a la solicitud formulada por ISA.

36

DECRETO SUPREMO 060-96-PCM. REGLAMENTO DEL TEXTO UNICO ORDENADO DE LAS NORMAS CON RANGO DE LEY QUE REGULAN LA ENTREGA EN CONCESION AL SECTOR PRIVADO DE LAS OBRAS PUBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PUBLICOS.

Artículo 18.- Las propuestas se presentarán a la mano y en sobre cerrado.

A la hora indicada en la convocatoria se iniciará el Acto. Sin embargo, en las bases podrá señalarse un plazo de tolerancia, el que en ningún caso podrá exceder de media hora. A partir de ese momento no se recibirá propuesta alguna.

Artículo 22.- La concesión se otorgará al titular de la propuesta más conveniente, por acuerdo del Comité Especial que será comunicado a los postores en la fecha establecida en las bases. Acto que contará con la presencia de un Notario Público.

El Comité Especial podrá desestimar todas las propuestas presentadas cuando no resultaran convenientes, sin obligación de pago de indemnización alguna en favor de los postores.

20/24

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1520



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/SJC

001900

74. Por otro lado, si bien la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General ha señalado algunas de las características que debe revestir el procedimiento de revocación³⁹, no ha estructurado un procedimiento para tal efecto, es decir, no ha fijado los plazos o etapas que deben ser seguidos para emitir un pronunciamiento sobre el particular.

75. Ante la ausencia de un procedimiento diseñado para proceder a la revocación de los actos administrativos, en el caso español el profesor González Pérez señala lo siguiente⁴⁰:

"No estamos ante un procedimiento formalizado. Por lo que el órgano administrativo deberá realizar de oficio los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuáles deba pronunciarse la resolución".

76. A fin de efectuar las referidas labores de instrucción, Morón Urbina reconoce la importancia del "principio de paralelismo de formas", en atención al cual la revocación deberá tramitarse aplicándose el mismo procedimiento que se utilizó para la emisión del acto administrativo que se pretende revocar. Sobre el particular, el mencionado autor señala lo siguiente⁴¹:

"El acto revocatorio no se puede dictar de plano, sino que debe estar precedido de las mismas formas y requisitos del acto revocado, en atención al principio del «paralelismo de las formas». Así, deberá contar con las mismas opiniones técnicas que le hubieran precedido y que sean preceptivas para emitir el acto: la participación de los administrados concernidos en el procedimiento original y ser publicado o notificado a las mismas personas que participaron cuando se instituyó el acto".

77. En tal sentido, a través de la aplicación del "principio de paralelismo de formas", se garantiza que las partes que participaron en el procedimiento primigenio (ya sea como partes o brindando una opinión técnica al respecto) puedan dar sus apreciaciones sobre las circunstancias sobrevinientes que motivarían la revocación de las condiciones impuestas a ISA.

78. Ello más aún si se toma en cuenta que dado los perjuicios que puede ocasionar la revocación de un acto administrativo, el artículo 203.3 de la

³⁹ Las características de dicho procedimiento han sido desarrolladas por esta Sala en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución 1535-2010/SC1-INDECOPI del 3 de mayo de 2010 en el cual se señaló, entre otras las siguiente: (i) la revocación debe ser efectuada por la más alta autoridad de la entidad; (ii) debe permitirse el derecho de defensa de los posibles afectados al interior del procedimiento de revocación; (iii) en caso se ocasionen perjuicios a terceros debe prever una indemnización en sede administrativa.

⁴⁰ GONZÁLES PÉREZ, Jesús. "Manual de Procedimiento Administrativo". Editorial Civitas. Madrid. 2000. Pg. 514.

⁴¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica". Op. Cit. Pg. 443.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

Ley 27444⁴² prevé como uno de los aspectos a verificar en el procedimiento de revocación, el permitir a los posibles afectados exponer sus alegatos y presentar los medios de prueba que consideren pertinentes a efectos de defender sus derechos e intereses.

001901

79. En similar sentido; la Comunicación relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) 139/2004 y al Reglamento (CE) 802/2004 de la Comisión Europea señala que a efectos de revisar las condiciones impuestas debe observarse lo siguiente:

"Para cualquier exención, modificación o sustitución de los compromisos, la Comisión también tendrá en cuenta la opinión de terceros y el impacto que una modificación puede tener en la posición de terceros y por ello en la eficacia global de la solución".

80. Por tanto, de conformidad con el "principio de paralelismo de formas", en el presente caso el procedimiento a seguir deberá ser el mismo que el utilizado por la Comisión para la emisión de las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC en lo que resulte aplicable atendiendo a la naturaleza de su solicitud. En el caso, el procedimiento en cuestión se encuentra previsto en el Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.
81. Como consecuencia de lo anterior, los plazos aplicables al procedimiento de revocación de las condiciones impuestas a ISA deben ser los establecidos en los Capítulos II y III del referido reglamento, según corresponda.
82. Del mismo modo, debido a la aplicación del "principio de paralelismo de formas" y con la finalidad de garantizar una adecuada evaluación de la solicitud formulada por ISA, la Sala considera pertinente requerir una opinión técnica⁴³ sobre el particular a las entidades que fueron consultadas por la Comisión en la tramitación del Expediente 005-2006/CLC.

42

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 203.- Revocación

(...)

203.3 La revocación prevista en este numeral sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.

43

DECRETO SUPREMO 017-98-ITINCI. REGLAMENTO DE LA LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLOGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO

Artículo 35.-Solicitud de información a terceros. La Comisión, la Sala o la Secretaría podrán solicitar a la Comisión de Tarifas Eléctricas, al Ministerio de Energía y Minas, al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG y/o a cualquier otro organismo público, un informe sobre los aspectos técnicos de los servicios y/o productos vinculados a la Operación de Concentración notificada así como a los mercados respectivos, objeto de evaluación y autorización según el presente Reglamento. En dicho caso, los organismos mencionados deberán presentar el informe requerido en un plazo no mayor de quince (15) días desde la fecha en que fue solicitado, sin que el mismo tenga carácter vinculante para la Comisión o la Sala.

22/24

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1522



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

83. Por consiguiente, se dispone que la Secretaría Técnica de la Sala solicite la opinión técnica sobre la referida solicitud al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de Energía y Minas, Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones y a la Defensoría del Pueblo.

001902

84. Finalmente, dado que fue la Comisión el colegiado que dictó las restricciones cuyo levantamiento es solicitado por ISA, resulta de suma importancia contar también con la opinión técnica que pueda brindar para determinar si, en efecto, se ha producido un cambio en las condiciones del mercado eléctrico que justifique la solicitud de revocación, verificando además si el eventual levantamiento de las condiciones impuestas a dicha empresa puede producir algún daño a otros agentes del mercado.

III.4 La solicitud de confidencialidad formulada por ISA

85. En su solicitud ISA requirió que se declare la confidencialidad de: (i) las actas de las asambleas del COES; y, (ii) una copia del listado de las sesiones y los asistentes del Subcomité de Transmisión del COES.
86. De acuerdo al artículo 4 del Decreto Supremo 017-09-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico⁴⁴, toda la información que presente ISA en esta etapa del procedimiento será tratada como confidencial y tendrá el carácter de reservado. Asimismo, de acuerdo al artículo 36⁴⁵ de la mencionada norma, dicha restricción se aplica también a las entidades a las cuales se les requiera una opinión técnica.
87. Por tanto, dado que de conformidad con los artículo 4 y 36 del Decreto Supremo 017-09-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico la información suministrada por ISA en el marco del presente procedimiento resulta de carácter confidencial, carece de objeto emitir un pronunciamiento respecto a su solicitud en esta etapa del procedimiento.

⁴⁴ DECRETO SUPREMO 017-98-ITINCI. REGLAMENTO DE LA LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLIGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO

Artículo 4.- Confidencialidad y obligación de reserva: Toda la información presentada durante el procedimiento de Notificación previa será tratada como confidencial y tendrá carácter reservado sólo podrá ser utilizada para la finalidad para la que fue requerida. Los empleados, funcionarios o representantes de la Secretaría y los miembros de la Comisión, así como de la Secretaría Técnica de la Sala y los miembros de esta última, estarán obligados a no divulgar dicha información, bajo responsabilidad.

Esta disposición no impide la publicación del Informe Técnico y las Resoluciones correspondientes una vez que éstas hayan quedado firmes, resguardándose el interés legítimo de las empresas de que no se divulguen sus secretos comerciales y/o industriales.

⁴⁵ DECRETO SUPREMO 017-98-ITINCI. REGLAMENTO DE LA LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLIGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO

Artículo 36.- Confidencialidad y obligación de reserva. Los funcionarios y empleados de los organismos y entidades citados en el artículo anterior se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la obligación establecida por el Artículo 4 del presente Reglamento de mantener bajo secreto profesional toda la información de la que tengan conocimiento y se encuentre relacionada a la Operación de Concentración, sujetándose además a las mismas responsabilidades.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1917-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

88. Finalmente debe precisarse que lo anterior no impide que posteriormente pueda disponerse la publicación del informe técnico y las resoluciones que obtuvieran la calidad de actos firmes, resguardándose su derecho para que no se divulguen, entre otros, sus secretos comerciales y/o industriales. En tal sentido, en dicha ocasión en la cual la Sala cumplirá con pronunciarse respecto a la solicitud de confidencialidad formulada por ISA.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

001903

PRIMERO: admitir a trámite la solicitud formulada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. a efectos de iniciar un procedimiento destinado a evaluar la pertinencia de revocar las condiciones impuestas en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC al grupo empresarial liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.

SEGUNDO: disponer que la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia solicite la opinión técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de Energía y Minas, Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones y a la Defensoría del Pueblo respecto a la solicitud presentada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., a efectos que se eliminen las condiciones impuestas en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC.

TERCERO: declarar que carece de objeto emitir un pronunciamiento en esta etapa del procedimiento respecto a la solicitud de declaración de confidencialidad formulada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.

Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, José Luis Bonifaz Fernández, Sergio Alejandro León Martínez y Julio Carlos Lozano Hernández.


SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidente



ANEXO 11



INFORME TÉCNICO 002-2014/ST-CLC-INDECOPI

A : **Comisión de Defensa de la Libre Competencia**

DE : **Jesús Espinoza Lozada**
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Francisco Sigüenias Andrade
Ejecutivo 1
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Claudia Luyo Rodríguez
Especialista 2
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Tatiana Nario Lazo
Analista Económico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

ASUNTO : Solicitud de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. para la revocación de las condiciones impuestas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC referidas a la aprobación de la concentración entre Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. y Consorcio Transmantaro S.A.

FECHA : 6 de enero de 2014

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Memorando 1307-2013/SDC del 29 de noviembre de 2013, la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, en atención a lo dispuesto por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) por la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI del 14 de noviembre de 2013, solicitó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) que, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación de dicha comunicación¹, emita opinión técnica respecto a la solicitud formulada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante, ISA) para la revocación de las condiciones impuestas por la

Mediante Resolución 005-2013/PCLC-INDECOPI del 4 de diciembre de 2013, la Presidencia de la Comisión, aceptó la solicitud de abstención formulada por el señor Arturo Leonardo Vásquez Cordano respecto de las actuaciones que se deriven de la solicitud de ISA para la revocación de las condiciones impuestas por las Resoluciones Revisadas.

Mediante Memorando 1348-2013/SDC del 10 de diciembre de 2013, la Sala notificó a la Comisión la designación del señor Renzo Rojas Jiménez como comisionado suplente; por lo cual, a partir de dicha fecha la Comisión estaba en capacidad de atender lo dispuesto por la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI.

001987

1600



Comisión mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC (en adelante, las Resoluciones Revisadas) para la aprobación de la concentración entre ISA y Consorcio Transmantaro S.A. (en adelante, CTM).

2. Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- (i) Mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 16 de noviembre de 2006, la Comisión decidió autorizar la operación de concentración solicitada por ISA para adquirir el control de CTM, condicionada a que ISA:
 - a) No ejerza la totalidad de sus votos en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema (en adelante, el COES) en tanto su utilización le permita imponer en exclusividad su posición; por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por ISA podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.
 - b) No participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.
- (ii) Mediante escrito del 18 de diciembre de 2006, ISA solicitó a la Comisión la aclaración de ciertos aspectos relacionados con la primera condición impuesta por la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.
- (iii) Mediante Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de enero del 2007, la Comisión declaró inadmisibile la solicitud de aclaración efectuada por ISA al considerar que dicho pedido se realizó fuera del plazo previsto; sin embargo, explicitó criterios para la supervisión de la primera condición impuesta por la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.
- (iv) Mediante escrito del 28 de febrero de 2013, ISA solicitó a la Comisión iniciar un procedimiento administrativo dirigido a eliminar y/o revocar las condiciones impuestas por las Resoluciones Revisadas.
- (v) Mediante Memorando 086-2013/ST-CLC-INDECOPI del 15 de abril de 2013, esta Secretaría Técnica, por encargo de la Comisión, remitió a la Sala la solicitud de ISA; toda vez que de acuerdo al artículo 203 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, Ley 27444), corresponde a la más alta autoridad de la entidad competente declarar la revocación de un acto administrativo².

2

Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General
Artículo 203.- Revocación

(...)

203.3 La revocación prevista en este numeral sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.



3. Mediante Memorando 1379-2013/SDC del 19 de diciembre de 2013, la Secretaría Técnica de la Sala remitió copia del escrito de ISA del 16 de diciembre de 2013 a efectos de que la Comisión cuente con mayores elementos de juicio para atender lo dispuesto por la Sala mediante Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI.

001988

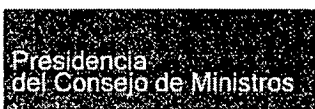
II. OBJETO DEL INFORME

4. El presente informe tiene por objeto emitir la opinión técnica respecto a la solicitud de revocación presentada por ISA para que se eliminen las condiciones impuestas en las Resoluciones Revisadas, solicitado por la Secretaría Técnica de la Sala conforme al segundo resuelve de la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI.

III. ALCANCE DEL INFORME

5. La Secretaría Técnica considera en primer término que debe precisarse cuáles son los alcances de la evaluación a realizarse en el presente Informe Técnico, de conformidad con lo solicitado por la Sala mediante Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI y las normas legales vigentes.
6. Tal como se indica en la Sección III.1 de la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, la Sala es el órgano competente para conocer la solicitud de revocación de ISA y es responsable de tramitar el procedimiento derivado de dicha solicitud. Para ello dispuso solicitar, a través de su Secretaría Técnica, opinión técnica al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin), Organismo Supervisión de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Ministerio de Energía y Minas y a la Comisión. Asimismo, decidió solicitar información a ISA respecto a ciertos aspectos relacionados con su solicitud³.
7. En tal sentido, la Comisión participa del procedimiento únicamente en razón a que su opinión técnica fue solicitada por la Sala. Así, se debe mencionar que la Comisión no es el órgano resolutorio y/o de instrucción encargado de emitir un pronunciamiento sobre la solicitud de ISA, sino que actúa emitiendo una opinión técnica no vinculante que estará enmarcada de acuerdo con los parámetros establecidos por la solicitud de la Sala, siendo la Sala el órgano conducente del procedimiento y el único facultado a realizar solicitudes de información a los administrados.
8. Sobre el particular, como es de conocimiento de la Sala, las resoluciones de la Comisión en los casos de autorización de operaciones de concentración son resultado de un extenso y minucioso análisis de la información disponible. La información disponible está constituida por aquella presentada por la solicitante,

³ Ello se desprende del escrito de ISA del 16 de diciembre de 2013, remitido mediante Memorando 1379-2013/SDC.



las entidades estatales a requerimiento de la Comisión e información de acceso público.

9. En lo que respecta a dicha información, la Secretaría Técnica se considera impedida de solicitar información adicional relacionada al presente caso a las entidades pertinentes, toda vez que ello significaría duplicar los requerimientos realizados por la Sala, en manifiesta oposición a la regla que inspira el artículo 40 de la Ley 27444⁴ que señala que la Administración se encuentra proscrita de solicitar información que obre en su poder. Al respecto, como ha sido previamente detallado, ha sido la Sala quien, en ejercicio de sus facultades legales, ha dispuesto solicitar información a las entidades correspondientes.
10. En suma, la Comisión o su Secretaría Técnica no están facultadas a solicitar información adicional a ISA, otros administrados o entidades estatales, toda vez que un eventual requerimiento no podría duplicar los pedidos de información realizados por la Sala.
11. Por otro lado, el alcance del presente Informe Técnico está también limitado por el plazo establecido por la Sala en la Sección III.3 de la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOP⁵. Al respecto, para la emisión de la opinión técnica, se otorgó a la Comisión un plazo de quince (15) días hábiles⁶, conforme a lo indicado en el artículo 35 del Reglamento de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico (en adelante, Ley 26876)⁷.
12. Sobre el particular, se debe mencionar que el plazo establecido por el artículo 35 del Reglamento de la Ley, está previsto para que las entidades seleccionadas cumplan con presentar información sobre aspectos técnicos puntuales de la operación de concentración notificada, en el marco de las actividades propias que realiza cada entidad.
13. Por su parte, los artículos 16, 17, 18 y 24 del Reglamento de la Ley 26876, prevén distintos plazos para que el órgano conducente, la Comisión, conozca y analice la información disponible relacionada con la operación de concentración notificada, los que en su conjunto pueden incluso llegar a los 90 días hábiles. Los plazos establecidos por dichas disposiciones normativas guardan correlato

⁴ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 40.- Documentación prohibida de solicitar

40.1 Para el inicio, prosecución o conclusión de un procedimiento, las entidades quedan prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de la siguiente información o la documentación que la contenga:

40.1.1 Aquella que la entidad solicitante posea o deba poseer en virtud de algún trámite realizado anteriormente por el administrado en cualquiera de sus dependencias, o por haber sido fiscalizado por ellas, durante cinco (5) años anteriores inmediatos, siempre que los datos no hubieren sufrido variación ni haya vencido la vigencia del documento entregado. Para acreditarlo, basta que el administrado exhiba la copia del cargo donde conste dicha presentación, debidamente sellado y fechado por la entidad ante la cual hubiese sido suministrada.

(...)

⁵ Al respecto, se estableció que los plazos se regirán según lo dispuesto en los capítulos II y III del Reglamento de la Ley 26876.

⁶ Memorando 1307-2013/SDC del 29 de noviembre de 2013.

⁷ Memorando 1379-2013/SDC del 19 de diciembre de 2013.



con la complejidad que supone la adopción de una decisión que evalúe los aspectos necesarios para comprender los efectos que tendrá la operación de concentración en el mercado y que emplee para ello la información presentada por la solicitante, información requerida a entidades estatales y aquella de acceso público.

001989

14. Así, el plazo con que cuenta la autoridad en el marco de la evaluación de una operación de concentración, le otorga la capacidad de analizar y pronunciarse sobre si la operación puede aportar una contribución a la mejora de los sistemas de producción y comercialización, si la operación puede crear eficiencias dentro del mercado y si dicho aporte es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia que ocasione la operación, si se produce un aumento significativo de concentración en el mercado que limite significativamente la competencia, entre otros aspectos⁸.
15. En el presente caso, no obstante analizar el pedido de ISA, conforme a lo solicitado por la Sala, requeriría de un análisis más profundo de un conjunto de información igual o quizás más amplio que aquel al que se accedió cuando se emitieron las Resoluciones Revisadas, pues no solo implicaría analizar la condición de ISA en el mercado sino, además, las características y evolución del sector eléctrico y mercados relacionados; siendo que el plazo otorgado por la Sala para la emisión del presente Informe Técnico es bastante inferior al establecido por la Ley 26876 y su Reglamento para la evaluación de solicitudes de concentración y no se cuenta con la información necesaria como es el caso de la referida a las entidades.
16. Adicionalmente, cabe indicar que la Sala ha señalado que, de conformidad con los artículos 4 y 36 del Reglamento de la Ley 26876, toda la información que presente ISA será tratada como confidencial y tendrá el carácter de reservado, aplicándose dicha restricción también a las entidades a las cuales se requiera opinión técnica⁹. Esta situación restringe aún más el conjunto de información disponible al que puede acceder la Comisión para emitir su opinión técnica pues dado el carácter confidencial y reservado del procedimiento, hace imposible que se puedan solicitar opiniones a terceros.
17. En consecuencia, la opinión técnica solicitada por la Sala estará restringida al análisis de la información disponible constituida por aquella enviada por la Sala y aquella de acceso público, tomando en consideración las limitaciones de información y plazo antes mencionadas.

⁸ Artículo 19 del Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley 26876.

⁹ Al respecto, ver el Considerando 86 de la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI.

1602

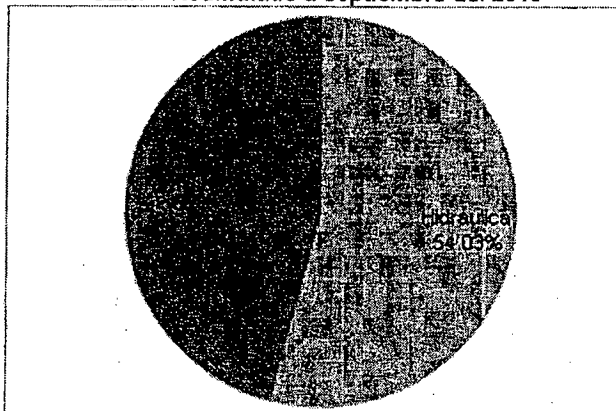


IV. MARCO TEÓRICO

4.1 Industria eléctrica en el Perú

18. El sector eléctrico peruano actual es una industria de propiedad diversificada (pública y privada), desintegrada en las actividades productivas de generación, transmisión y distribución.
19. La actividad de generación constituye la producción de energía eléctrica, principalmente, mediante la transformación del potencial nuclear (a través de la fisión nuclear), el potencial hídrico (a través del aprovechamiento de la energía cinética y potencial del agua) o el potencial térmico (a través de la combustión de carbón, leña, derivados del petróleo, gas natural, entre otros). En el Perú, la producción de energía eléctrica proviene principalmente de la transformación del potencial hídrico y del potencial térmico, tal como se muestra en el siguiente gráfico:

Gráfico 1
Producción de energía según fuente
SEIN – Acumulado a septiembre del 2013



Fuente: Osinergmin
Elaboración: Secretaría Técnica

20. Las empresas generadoras que contribuyeron en mayor grado a la producción hidráulica de energía eléctrica en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, SEIN¹⁰), a septiembre del 2013, fueron Electroperú, con 34.08%, y Edegel, con 16.77%.
21. La actividad de transmisión tiene como finalidad relacionar los centros de consumo con generadores de distinto tipo y complementarlos en sus características. En general, las fuentes de generación no se encuentran próximas a las zonas de consumo. Por ello, se construyen líneas de conexión

¹⁰ El SEIN está compuesto por el Sistema Garantizado de Transmisión, el Sistema Complementario de Transmisión, el Sistema Principal de Transmisión y el Sistema Secundario de Transmisión (Artículo 20 de la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica). En el SEIN se intercambia casi el 98% de la producción eléctrica nacional.



001990

entre ellas, denominadas redes de transmisión, lo que a su vez origina los denominados sistemas eléctricos. Un sistema eléctrico está constituido por productores, transportadores y consumidores¹¹ de energía eléctrica. En el Perú, el principal sistema eléctrico es el SEIN, que interconecta al mayor número de generadores y consumidores en la costa, sierra y selva sur del país.

22. En la actualidad¹², en la red de transmisión se pueden distinguir dos tipos de transporte de energía: el SPT y el SST¹³. El SPT es común a todos los generadores y les permite comercializar energía en cualquier barra¹⁴ de ese sistema, mientras que el SST es la parte del sistema de transmisión que conecta a los generadores con el SPT o al SPT con los distribuidores.
23. La actividad de distribución es la provisión de electricidad a los consumidores finales en un área de concesión, por lo que los distribuidores pueden ser entendidos como grandes consumidores. En efecto, la actividad de distribución comprende el traslado de energía eléctrica desde las redes de transmisión hacia los consumidores finales en un área de concesión. En el Perú, la distribución y la venta minorista de electricidad son provistas por una misma empresa, por lo que la distribución y la comercialización se encuentran integradas.
24. Cabe precisar que, dadas las características intrínsecas de cada una de las actividades del sector eléctrico, no es posible introducir competencia en todas ellas. Así, la transmisión y distribución son entendidas como actividades con características de monopolio natural, por lo que será deseable, en términos de eficiencia, que solo una empresa preste tales servicios en su zona de concesión. Caso distinto ocurre con la generación y la comercialización, donde la competencia es posible y deseable, aunque respecto de esta última no se ha registrado mayor dinamismo.
25. Entre los mecanismos de competencia introducidos en las reformas estructurales de la década de los noventa, se encuentra el establecimiento de un mercado libre de regulación, en el cual participan como consumidores los denominados clientes no sujetos a regulación tarifaria o clientes libres, que son aquellos agentes que demandan más de 2,500 KW de potencia. El precio al que los clientes libres se proveen de energía y potencia depende de su capacidad negociadora frente a las empresas generadoras o distribuidoras¹⁵.

¹¹ Incluye a clientes libres y distribuidoras (a su vez, estas últimas venden a clientes regulados y a algunos clientes libres).

¹² Ello, sin atender a las nuevas denominaciones establecidas en la Ley 28832; que incorpora dos nuevas denominaciones para las instalaciones de transmisión: los denominados Sistema Garantizado de Transmisión y Sistema Complementario de Transmisión (Capítulo Quinto de la Ley 28832); toda vez que, en la actualidad, la mayor proporción de la infraestructura no está comprendida en dichas denominaciones.

¹³ Para mayor información sobre los sistemas de transmisión, ver sección 3.1

¹⁴ Punto físico de retiro o ingreso de energía.

¹⁵ Al respecto, cabe mencionar que según el artículo 3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, publicado el 16 de abril de 2009, los usuarios libres son aquellos cuya máxima demanda anual sea mayor a 2,500 KW; mientras que los usuarios cuya máxima demanda anual sea de 200 KW hasta 2,500 KW, tienen derecho a elegir entre la condición de usuario regulado o de usuario libre, cumpliendo los requisitos y condiciones establecidos en el Reglamento y, finalmente, los usuarios regulados son aquellos cuya máxima demanda anual sea igual o menor a 200 KW.



26. En un principio, para los clientes libres, además del precio de la potencia y energía, también se dejaba a la libre negociación los cargos por transmisión y distribución. Sin embargo, con el objeto de promover la competencia, actualmente estos cargos se encuentran regulados. Ello, con la finalidad de evitar un posible comportamiento oportunista por parte de las empresas trasmisoras o distribuidoras en contra de las generadoras o los clientes libres, cuando estos últimos (sobre todo, los de menor consumo) se ubicaban al interior de un área geográfica de concesión.

4.2 EL COES

27. El COES es una entidad privada, sin fines de lucro y con personería de derecho público conformada por generadores, transmisores, distribuidores y usuarios libres (en adelante, los agentes) del SEIN. Dicha entidad se creó con el objeto de operar eficientemente el sistema interconectado¹⁶. Así, su finalidad es coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema y garantizando el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, realizando para ello la planificación del desarrollo de la transmisión y la administración del mercado en el cual se realizan las transferencias de potencia y energía.
28. Sobre el particular, considerando que el almacenamiento de la energía eléctrica no es posible a bajo costo, se requiere de un perfecto balance entre la energía que es ingresada y retirada del sistema interconectado. A efectos de evitar una sobrecarga (cuando ingresa más energía de la que se retira) o una caída (cuando se retira más energía de la que se ingresa) del sistema, dicho balance está a cargo del COES quien designa la cantidad y el periodo en que cada planta generadora debe ingresar energía al sistema.
29. El COES asigna la generación de electricidad entre las empresas generadoras de forma que el sistema opere al mínimo costo, garantizando la seguridad, calidad y oportunidad del suministro eléctrico. En ese sentido, el COES tiene la facultad de ordenar que vayan ingresando a producir energía, en cada momento, las centrales del sistema que posean menores costos marginales, hasta que la demanda quede satisfecha¹⁷. El costo marginal más alto cuando se cubre toda la demanda es el costo marginal del sistema en ese periodo¹⁸.

¹⁶ En un principio, existían dos COES que respondían a dos sistemas interconectados distintos, el Centro – Norte y el Sur. Posteriormente, con la conexión de ambos sistemas, ambos COES pasaron a formar uno solo: el COES del Sistema Interconectado Nacional o COES – SINAC.

¹⁷ Para mayor información, ver: Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, Indecopi. Competencia en el mercado de clientes finales de energía eléctrica no sujetos a regulación de precios, 2000. Disponible en: <http://www.indecopi.gob.pe/quienessomos-nuestOrga-comisiones-clc-inforPub.jsp>

¹⁸ En el caso peruano, para efectos del despacho de energía, se entiende el costo marginal como el costo variable auditado de la última central que entra a producir, es decir, el menor costo al que es posible producir suficiente energía para satisfacer la demanda.



001991

30. En las transacciones al interior del COES, dado que los generadores son llamados a producir según sus costos —de menor a mayor— para satisfacer la demanda en cada periodo, se introduce un primer mecanismo de competencia, toda vez que las empresas pueden esforzarse en producir energía a menores costos y, de esta manera, ser llamadas a producir en un mayor número de oportunidades. Posteriormente, el COES realiza una compensación entre las empresas generadoras, de forma que las que produjeron menos energía de lo que se comprometieron a producir con sus clientes, compensen a las que se encuentran en la situación contraria.
31. Las principales funciones del COES, previstas en la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica (en adelante, LGE), son funciones de interés público y funciones operativas.

Las funciones de interés público son:

- a) Elaborar la propuesta del Plan de Transmisión para su aprobación por el Ministerio;
- b) Elaborar los procedimientos en materia de operación del SEIN y administración del mercado en el cual se realizan las transferencias de potencia y energía determinadas por el COES, para su aprobación por Osinergmin;
- c) Asegurar el acceso oportuno y adecuado de los interesados a la información sobre la operación del SEIN, la planificación del sistema de transmisión y la administración del Mercado de Corto Plazo;
- d) Asegurar condiciones de competencia en el Mercado de Corto Plazo; y,
- e) Procurar las mejoras tecnológicas que aseguren el eficiente cumplimiento de sus funciones¹⁹.

De otro lado, sus funciones operativas son:

- a) Desarrollar los programas de operación de corto, mediano y largo plazo, así como disponer y supervisar su ejecución;
- b) Programar y coordinar el mantenimiento mayor de las instalaciones de generación y transmisión;
- c) Coordinar la operación en tiempo real del SEIN;
- d) Coordinar la operación de los enlaces internacionales y administrar las TIE;
- e) Calcular los costos marginales de corto plazo del sistema eléctrico;
- f) Calcular la potencia y energía firmes de cada una de las unidades generadoras;
- g) Determinar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES;
- h) Administrar el Mercado de Corto Plazo;
- i) Asignar responsabilidades en caso de trasgresiones a la NTCSE así como calcular las compensaciones que correspondan;
- j) Planificar y administrar la provisión de los Servicios Complementarios que se requieran para la operación segura y económica del SEIN; y,

¹⁹ Artículo 13 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica.



- k) Resolver divergencias o controversias derivadas de la aplicación de la Ley, del Reglamento, de las normas técnicas, de los procedimientos y demás disposiciones complementarias, dentro del ámbito de su competencia, así como de los recursos impugnativos que se interpongan contra sus decisiones²⁰.

Asimismo, la LGE prevé que las decisiones del COES, que afecten a los usuarios regulados, pueden ser impugnadas por estos o sus representantes ante el Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin, el que resuelve como última instancia administrativa y, en los demás casos, la solución de controversias se ventila mediante arbitraje, de acuerdo con la Ley 26572, Ley General de Arbitraje, y con lo que establezca el Estatuto del COES.

V. ANÁLISIS

32. A continuación corresponde realizar el análisis correspondiente a efectos de emitir la opinión técnica solicitada por la Sala mediante el segundo resuelve de la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, sobre la solicitud de revocación de las condiciones impuestas por las Resoluciones Revisadas.
33. A fin de emitir la opinión solicitada, es necesario traer a colación la justificación señalada por la Sala para requerir dicha opinión. Así, el Considerando 84 de la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI señaló lo siguiente:

"(...) dado que fue la Comisión el colegiado que dictó las restricciones cuyo levantamiento es solicitado por ISA, resulta de suma importancia contar también con la opinión técnica que pueda brindar para determinar si, en efecto, se ha producido un cambio en las condiciones del mercado eléctrico que justifique la solicitud de revocación, verificando además si el eventual levantamiento de las condiciones impuestas a dicha empresa puede producir algún daño a otros agentes del mercado."

34. En ese sentido, conforme lo señala la Sala y atendiendo a los alcances del presente informe detallados en la sección III., el siguiente análisis estará orientado a determinar si se ha producido un cambio en las condiciones del mercado eléctrico que justifique la solicitud de revocación de ISA, verificando, además, si el eventual levantamiento de las condiciones impuestas a dicha empresa puede producir algún daño a otros agentes del mercado. No será materia de este informe analizar la motivación establecida en su momento por la Comisión para la imposición de las condiciones. En esa línea, cabe señalar que la Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC no fue apelada por ISA, por lo que quedó consentida.
35. En efecto, conforme analiza la propia Sala a lo largo de sus Considerandos del 34 al 43 de la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, el procedimiento de revocación permite que las condiciones impuestas para la aprobación de la operación puedan ser revisadas y modificadas bajo la premisa de que se

²⁰

Artículo 14 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica.



001992

verifiquen circunstancias sobrevinientes objetivas y contrastables que ameriten su revocación.

36. Cabe señalar que la Comisión sujetó la autorización de concentración de ISA y CTM al cumplimiento de dos (2) condiciones que consideró necesarias para evitar que la operación de concentración tenga el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades del sector eléctrico o mercados relacionados, conforme a las facultades otorgadas por la Ley 26876 y su Reglamento²¹.
37. Dicha potestad se sustentó en el interés público de mantener las condiciones de competencia en el mercado en beneficio de los consumidores, evitando la consumación de aquellos actos de concentración que pueden implicar restricción, un daño o una merma al proceso competitivo en perjuicio de los usuarios.

V.1 Primera condición

38. La primera condición impuesta por la Resolución 081-2006/INDECOPI-CLC establece que ISA no podrá ejercer la totalidad de sus votos en aquellas instancias del COES en las que, dada la participación de su grupo económico, pueda ejercer una injerencia preponderante en la toma de decisiones. Así, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por ISA podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose, tal como se muestra a continuación:

***Primero:** Autorizar la operación de concentración de empresas generada por la adquisición de acciones de la empresa Consorcio Transmantaro S.A. y notificada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., condicionada a que, el grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.:*

- (i) *No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto*

21

Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico

Artículo 5.- Si de la investigación o del procedimiento respectivo resultará que los actos de concentración pudiesen tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, la Comisión de Libre Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su caso, podrán adoptar las siguientes medidas:

- a). Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que determine;

Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico

Artículo 28.- Establecimiento de condiciones por la Comisión. La decisión de la Comisión podrá sujetar la autorización al cumplimiento de ciertas condiciones que considere necesarias para evitar que la Operación de Concentración tenga el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las Actividades o en los mercados relacionados, según lo dispuesto en el Artículo 5 inciso a) de la Ley.



*de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.
(...)*

39. Mediante la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC se precisaron los alcances de la primera condición impuesta por la Resolución 081-2006/INDECOPI-CLC, señalando lo siguiente:
- (i) El cumplimiento de la decisión de la Comisión se supervisará en todas aquellas instancias del COES en las cuales ISA, en virtud de lo que pueda establecer el Reglamento de la Ley 28832 y/o la organización del COES, tenga preponderancia en las decisiones, hasta el límite en que se garantice que no podrá imponer en exclusividad su planteamiento.
 - (ii) En la instancia correspondiente del COES se vigilará que ISA utilice los votos que le hayan sido asignados en tanto su utilización no le permita imponer en exclusividad su posición, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o, respecto de éstos, votar absteniéndose.
 - (iii) La condición tendrá vigencia en tanto, en la instancia correspondiente, el mecanismo de votación adoptado sea por empresa e ISA, de ejercer la totalidad de sus votos, tenga preponderancia en la toma de decisiones.
40. Conforme se observa, el objeto de la primera condición es asegurar que la operación del COES, en todos sus niveles de decisión, **no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico lo que, finalmente, redunde en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica.**
41. En efecto, la primera condición no restringe sus alcances únicamente al Subcomité de Transmisión, órgano en el cual, en el 2006, ISA tuvo una injerencia preponderante; sino que, se aplicaba, indistintamente, en todas las instancias del COES. Así, se trató de una condición suspensiva cuyos efectos se desplegaban en el escenario de que ISA, ya sea en virtud del Reglamento de la Ley 28832 y/o la organización del COES, pueda ejercer preponderancia en la toma de decisiones al interior del COES.
42. Al respecto, el análisis del mercado eléctrico motivó a la Comisión a imponer una condición que garantice la independencia de la toma de decisiones al interior del COES, dado que, desde el 2006 hasta la actualidad, las funciones realizadas por el COES sirven al correcto funcionamiento del SEIN y el desarrollo del sector eléctrico nacional, tanto a nivel de planificación como de operación, siendo de importancia aún mayor si se toma en cuenta que éstas decisiones son de obligatorio cumplimiento para todos los agentes.
43. Sobre el particular, tal como se detallará en el numeral V.2 del presente informe, en el 2006, tras la operación de concentración de ISA, el Índice Herfindahl-



001993

Hirschman (HHI)²² del mercado ascendió a 6,257, lo cual indicaba que el mercado estaba altamente concentrado. Asimismo, la participación del grupo ISA fue de 78.1%²³.

44. Actualmente, el HHI en este mercado es de 5,816, lo cual indica que este mercado continua siendo altamente concentrado, con una participación de ISA equivalente al 75.27%. A ello deberá sumarse que en un mercado como el de transmisión, con características de monopolio natural, al ser económicamente eficiente la existencia de una única empresa para proveer un bien o servicio y al existir barreras de entrada naturales, tiende a mantener los niveles de concentración y participación. De ello se desprende, que a la fecha y con la información disponible, no se habría producido un cambio significativo actual y permanente en la estructura del mercado eléctrico que justifique el levantamiento de la primera condición.
45. Sin perjuicio de lo mencionado, y dado que la aplicación de la primera condición es de aplicación suspensiva a ISA cuando tenga injerencia preponderante en las decisiones del COES, se evaluará cuál es la injerencia que tendrían CTM, Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A. y Red de Energía del Perú S.A. (en adelante, el Grupo ISA) en cada uno de los órganos de gobierno del COES: la Asamblea, el Directorio y la Dirección Ejecutiva²⁴.

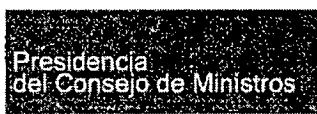
La Asamblea

46. Respecto a su participación en la Asamblea, ISA señala que es imposible que tres votos de las empresas transmisoras que conforman el Grupo ISA puedan otorgarle injerencia preponderante en la toma de decisiones en la Asamblea del COES. Al respecto, menciona que la asistencia siempre ha sido de más de 60 integrantes, salvo la primera sesión en la que asistió un número de 52 integrantes. Asimismo, indicó que lo frecuente es que los acuerdos se adopten por unanimidad y en el pasado sólo habrían dos casos en que los acuerdos no se adoptaron por unanimidad, pero en tales casos el sentido de los tres votos del Grupo ISA a favor o en contra de la decisión no fue determinante para el resultado de la votación.
47. Con relación a lo mencionado por ISA en torno a la unanimidad en la toma de acuerdos, debe precisarse que esto no acredita que exista o no preponderancia en la toma de decisiones en la Asamblea, sino que, únicamente, demuestra el consenso en la toma de decisiones; antes bien, para conocer si el Grupo ISA puede ejercer preponderancia en la toma de decisiones, corresponde analizar cuál es la conformación de la Asamblea y cuáles son sus mecanismos para la toma de decisiones dentro de dicha instancia.

²² El HHI está definido como la suma del cuadrado de las participaciones de las empresas del mercado analizado multiplicado por 10,000.

²³ El HHI y la participación del Grupo ISA han sido calculados sobre la facturación anual.

²⁴ Artículo 15 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica.



48. La Asamblea está integrada por los agentes registrados del SEIN agrupados en 4 Subcomités: el Subcomité de Generación, Subcomité de Distribución, Subcomité de Transmisión y Subcomité de Usuarios Libres. Sus funciones son (a) designar y remover al Presidente del Directorio y fijar la remuneración del Presidente y de los Directores; (b) aprobar el presupuesto anual; (c) designar o delegar en el Directorio la designación de los auditores externos; (d) pronunciarse sobre la gestión y los resultados económicos del ejercicio anterior, expresados en los estados financieros; y (e) aprobar y modificar los estatutos del COES.
49. La Asamblea es convocada por el Presidente del Directorio en los casos establecidos en el Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema (en adelante, Reglamento del COES), cuando lo establece el Estatuto del COES²⁵, lo acuerda el Directorio, o lo soliciten dos (02) Directores o los representantes de, al menos, dos Subcomités²⁶. El quórum para la realización de la Asamblea en primera convocatoria es el 75% de los integrantes registrados y en segunda convocatoria es 60% de los integrantes registrados²⁷.
50. Los acuerdos al interior de la Asamblea se adoptan cuando se alcance en la votación un puntaje superior al 66,7% del puntaje máximo total. El puntaje total a favor de una determinada decisión resulta de sumar el puntaje a favor de todos los Subcomités²⁸. El Reglamento del COES precisa que para alcanzar la mayoría requerida para la adopción de acuerdos de la Asamblea, se requiere computar la suma ponderada de los puntajes de cada Subcomité, considerando un factor de ponderación de 0,25 para cada uno de los Subcomités. El puntaje de cada Subcomité resulta del cociente del número de integrantes que votó a favor de una determinada propuesta entre el número de integrantes registrados de dicho Subcomité²⁹.
51. Actualmente, hay 99³⁰ integrantes registrados en la Asamblea del COES³¹. De ello se desprende que el número mínimo de asistentes para el establecimiento de la Asamblea es de 59 agentes. Asimismo, para la adopción de acuerdos se

²⁵ Cabe mencionar que el Artículo Décimo Noveno del Estatuto del COES establece que el quórum y mayorías serán establecidas según la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica y el Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema.

²⁶ Artículo 10 del Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema.

²⁷ Artículo 16.3 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica.

²⁸ Artículo 16 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica.

²⁹ Artículo 12 del Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema.

³⁰ Al respecto, de acuerdo con lo señalado en la página web del COES, actualmente hay 40 generadoras, 10 distribuidoras, 10 transmisoras y 40 usuarios libres (<http://www.coes.org.pe/wcoes/coes/integrantes/listado.aspx> - Fecha de última visita: 03 de enero de 2014).

³¹ Cabe mencionar que Abengoa Transmisión Sur S.A. ingresó al registro del COES el 29 de noviembre de 2013 y, de acuerdo a lo establecido por el Artículo Décimo Séptimo del Estatuto del COES, son hábiles para participar en la Asamblea quienes tengan la calidad de Integrantes Registrados veinte (20) días antes de la fecha fijada para la realización de la Asamblea de la primera convocatoria.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001994

requiere alcanzar un puntaje mínimo de 66,7% del puntaje total. El puntaje total obedece a la suma del puntaje obtenido de los Subcomités ponderados por 0.25.

52. Por lo tanto, a nivel de la Asamblea, el diseño establecido por la LGE y el Reglamento del COES para la instalación y votación en la Asamblea no permiten a ninguno de los agentes o Subcomités ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones en dicha instancia.

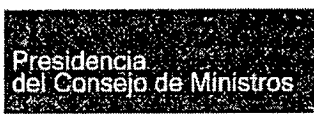
Subcomité de Transmisión

53. Respecto a su participación en el Subcomité de Transmisión (en adelante, el Subcomité), ISA ha señalado que, a diferencia de los años 2006 y 2007, en que se emitieron las Resoluciones Revisadas, en la actualidad el Subcomité de Transmisión está conformado por ocho miembros de los cuales sólo tres están vinculados a ISA, con los cuáles si bien puede formar quórum, no puede ejercer injerencia preponderante en la toma de decisiones del Subcomité.
54. Al respecto, cabe precisar que no obstante los Subcomités no son órganos de gobierno del COES, estos son centros de toma de decisiones para efectos de la votación en la Asamblea, dado que los agentes se registran y agrupan en ellos para poder participar de la votación³². Asimismo, cada Subcomité posee funciones que le son propias y que podrían tener injerencia en el funcionamiento del COES. En efecto, el Estatuto de Constitución del Subcomité de Transmisión³³ señala que puede adoptar los siguientes acuerdos:

- (i) Participar en la Asamblea del COES como Subcomité de Transmisores de acuerdo con lo dispuesto por el marco legal y el estatuto del COES.
- (ii) Designar anualmente al representante titular y al representante suplente para que ejerzan la representación del Subcomité de Transmisores ante la Asamblea del COES en los aspectos operativos y sobre aquellos para los cuales cuenten con la aprobación previa del Subcomité o remover dichos representantes y elegir a las personas que los sustituyan.
- (iii) Elegir cada 5 años al miembro del Directorio del COES que representa al Subcomité de Transmisores y, en su caso, elegir dentro de los plazos previstos en el Estatuto del COES al nuevo director por renuncia o remoción del director originalmente designado.
- (iv) Designar a los representantes de los transmisores en el Comité Asesor de planificación de transmisión que se nombre dentro del COES para cada proceso de elaboración o actualización del plan de transmisión.
- (v) Aprobar los estudios y la propuesta preliminar anual para la fijación de los precios en barra en la parte correspondiente a la transmisión, aprobar la absolución de las observaciones que el Osinergmin efectúe o presentar un nuevo estudio en caso corresponda.

³² De acuerdo con lo establecido por el artículo 9 del Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema y en el Artículo Vigésimo Tercero del Título IV del Estatuto del COES.

³³ De acuerdo al artículo 14 del Reglamento del COES los Subcomités están organizados y actúan de acuerdo con lo establecido en el Estatuto del COES. A su vez, cada Subcomité tiene un estatuto mediante el cual se determinan sus mecanismos de toma de decisiones.



- (vi) Aprobar los estudios y la propuesta anual de peajes de transmisión del sistema garantizado de transmisión que corresponda pagar a los usuarios, a ser presentados al Osinergmin,
- (vii) Solicitar conjuntamente con al menos otro Subcomité del COES, la convocatoria a sesión extraordinaria de la Asamblea del COES.
- (viii) Aprobar directivas, procedimientos u otra normatividad interna que fuera necesaria para el mejor manejo institucional del Subcomité.
- (ix) Los demás asuntos que hubiese sido materia de agenda³⁴.

55. Conforme se observa, las decisiones adoptadas en el Subcomité resultan importantes para el funcionamiento del SEIN y el desarrollo del sector eléctrico nacional, en particular a nivel de planificación para la fijación de los precios en barra y los peajes de transmisión del sistema garantizado de transmisión. Por ello, corresponde analizar cuáles son los motivos por los cuáles las Resoluciones Revisadas impusieron restricciones a ISA en la toma de decisiones en ciertas instancias del COES y cuáles son los mecanismos actuales de adopción de acuerdos que posee el Subcomité con la finalidad de conocer si estos han cambiado y permitirían a ISA obtener una injerencia preponderante en la toma de decisiones.

56. Cuando se emitieron las Resoluciones Revisadas, el Subcomité estaba conformado por 5 miembros: Red Eléctrica del Sur S.A., Eteselva S.R.L., Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A., Consorcio Transmataro S.A. y Red de Energía del Perú S.A., de los cuales estos últimos tres estaban bajo el control de ISA. Este escenario le permitía a ISA tener una injerencia preponderante en las decisiones que se adopten en el referido Subcomité y, a través de éste, en las decisiones de los órganos de gobierno del COES³⁵. Por ello, la Resolución 081-2006/INDECOP-CLC estableció restricciones al accionar del grupo económico conformado por ISA, a efectos de garantizar la independencia en la toma de decisiones en el COES.

57. Actualmente, el Subcomité está compuesto por (10) diez miembros: Abengoa Transmisión Norte S.A., Abengoa Transmisión Sur S.A., Compañía Transmisora Norperuana S.R.L., Consorcio Energético Huancavelica S.A., Eteselva S.R.L., Pomacocha Power S.A.C., Red Eléctrica del Sur S.A., Consorcio Transmataro S.A., Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A. y Red de Energía del Perú S.A., siendo estas tres últimas transmisoras integrantes del Grupo ISA.

58. El proceso de decisión requiere como quorum mínimo, en la primera convocatoria, la mitad del número de integrantes registrados; mientras que en la segunda convocatoria, de 40% del número de integrantes registrados³⁶. Para la adopción de acuerdos referidos a (i) la participación del Subcomité en la Asamblea, (ii) la designación del representante titular y (iii) la elección del Director representante del Subcomité (en adelante, acuerdos de tipo A) se

³⁴ Cláusula Cuarta del Estatuto de Constitución del Subcomité de Transmisores del COES.

³⁵ Conforme a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 28832.

³⁶ Cláusula Quinta del Estatuto de Constitución del Subcomité de Transmisores del COES.



001995

requiere de más del 50% de los integrantes registrados. Para todos los acuerdos distintos a los de tipo A (acuerdos de tipo B), se requiere del voto favorable de más del 50% de los miembros concurrentes, para lo cual el peso del voto de cada miembro será proporcional al porcentaje asignado anualmente por el COES a los miembros del Subcomité para determinar las contribuciones que deben efectuar a dicha entidad como integrantes registrados³⁷. En este último supuesto, el Estatuto de Constitución del Subcomité de Transmisión prevé que si el peso acumulado del voto de los miembros del Subcomité que forman parte de un mismo grupo económico les permitiera determinar conjuntamente el sentido de la votación en una sesión determinada el porcentaje acumulado de esos miembros será reducido hasta el 49% de la votación y el 51% restante será distribuido entre los demás miembros del Subcomité

59. En el presente caso, dado que el Subcomité posee 10 miembros, el número mínimo para la instalación de una sesión es de 4 y el mínimo para la adopción de acuerdos de tipo A es de 6 votos. En el caso de los acuerdos de tipo B éstos están restringidos por la regla establecida en el Estatuto de Constitución del Subcomité de Transmisión que no permite que un grupo económico determine el sentido de una votación.
60. Por lo tanto, se observa que con la información disponible y el estado actual de la estructura del COES, los mecanismos de votación del Subcomité no le permitirían a ISA ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones en dicha instancia.

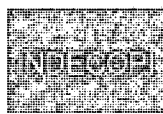
El Directorio

61. En cuanto a su participación en el Directorio, ISA ha señalado que las empresas transmisoras que conforman el COES sólo pueden elegir a uno de los miembros del Directorio y que este Director solo es elegido en representación de los transmisores pero no se encuentra sujeto a mandato imperativo ni sujeción jerárquica; por lo cual sería imposible que ISA pueda ejercer injerencia preponderante en las votaciones del Directorio.
62. El Directorio está compuesto por cinco (5) miembros de los cuales cuatro (4) son elegidos por cada Subcomité con el voto favorable de la mayoría de sus integrantes. El Presidente del Directorio es elegido por la Asamblea³⁸. Al respecto, la LGE y el Reglamento del COES establecen que el Directorio es el principal órgano de gobierno del COES, no se encuentra sujeto a mandato imperativo de ninguna índole, ni a subordinación jerárquica y debe actuar de manera independiente e imparcial, con criterio técnico y estricta observancia a la normativa aplicable³⁹.

³⁷ Cláusula 5.6 del Estatuto de Constitución del Subcomité de Transmisores del COES.

³⁸ Artículo 16 del Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema.

³⁹ Artículo 17 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica. y el Artículo 15 del Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema.



63. Son facultades del Directorio (a) aprobar la estructura organizativa del COES, (b) aprobar las propuestas de procedimientos y gestionar su aprobación ante el Osinergmin, (c) aprobar los informes y estudios, (d) resolver los recursos de reconsideración o apelación, según corresponda, presentados por los integrantes registrados, (e) aprobar el cuadro de requerimientos de personal y de niveles salariales, a propuesta del Director Ejecutivo⁴⁰.
64. El Directorio se reúne de manera ordinaria al menos una vez al mes, y de manera extraordinaria, a iniciativa del Presidente o cada vez que lo soliciten por escrito 2 o más Directores. El quórum necesario para la realización de sesiones, en primera o en segunda convocatoria, es de tres 3 miembros⁴¹.
65. Para la adopción de acuerdos se requiere del voto conforme de más del 50% por ciento de los asistentes a la sesión de directorio y, en caso de empate, el Presidente tendrá el voto dirimente. Todos los Directores, incluso los disidentes y los que no participaron en la sesión, están sometidos a los acuerdos adoptados por el Directorio y los disidentes podrán dejar sentada su opinión discrepante en Acta. Los acuerdos del Directorio se deberán publicar en el Portal de Internet del COES dentro de un plazo máximo de cinco (05) días de la fecha de aprobación⁴².
66. Por lo tanto, de la información evaluada se observa que ISA no tiene injerencia preponderante en la toma de decisiones en el Directorio, toda vez que únicamente el Subcomité de Transmisión puede designar a un Director y este no se encuentra subordinado a dicho Subcomité; asimismo, el Presidente del Directorio es elegido en la Asamblea, órgano en el cual ISA no tendría injerencia preponderante.

La Dirección Ejecutiva

67. La Dirección Ejecutiva es el principal órgano de gerencia y administración del COES y está constituida por la Dirección de Operaciones y la Dirección de Planificación de Transmisión. El Director Ejecutivo es seleccionado por el Directorio y sólo podrá ser removido por éste en caso de incapacidad o falta grave, debidamente comprobada y fundamentada, con el voto de al menos 4 Directores⁴³.
68. El Director Ejecutivo representa al COES ante todo tipo de autoridades y es el responsable por su buena marcha operativa y administrativa. De acuerdo al Reglamento del COES, la Dirección Ejecutiva tiene funciones generales como proponer al Directorio modificaciones al Estatuto, elaborar y proponer al Directorio el presupuesto del COES; funciones operativas como coordinar la

⁴⁰ Artículo 17 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, y el Artículo 23 del Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema.

⁴¹ Artículos 19 y 20 del Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema.

⁴² Artículo 21 del Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema.

⁴³ Artículo 18 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica.



001996

operación segura y de calidad en tiempo real del SEIN y administrar el mercado a corto plazo; y, funciones de planificación del sistema de transmisión⁴⁴.

69. De la información analizada, se observa que la actuación del Directorio Ejecutivo pasa por la aprobación del Directorio u otros órganos de gobierno por lo cual no se establecen mecanismos específicos de votación en dicha instancia; ergo, el Grupo ISA no podría ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones.

Recomendación sobre la primera condición

70. Como se indicó previamente, de acuerdo con lo solicitado por la Sala, el análisis se enfocó en determinar si se ha producido un cambio en las condiciones del mercado eléctrico que justifique la solicitud de revocación de ISA. En efecto, conforme analiza la propia Sala a lo largo de sus Considerandos 34 al 43 de la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, el procedimiento de revocación permite que las condiciones impuestas para la aprobación de la operación puedan ser revisadas y modificadas bajo la premisa de que se verifiquen circunstancias sobrevinientes objetivas y contrastables que ameriten su revocación.
71. Sobre el particular, se determina que de la información disponible, no se desprende que se haya producido un cambio significativo en el mercado eléctrico que justifique la revocación de la primera condición establecida por la Resolución 081-2013/CLC-INDECOPI. Así, el mercado de transmisión continúa siendo altamente concentrado e ISA posee un alto porcentaje de participación en él.
72. De otro lado, cabe reiterar que la primera condición estuvo dirigida a impedir el ejercicio de una eventual injerencia preponderante por parte de ISA, indistintamente, en todas las instancias del COES. Esto es, no obstante el Subcomité fue un punto de referencia utilizado a modo de paradigma para la imposición de la primera condición, ésta no restringió su aplicación únicamente a dicha instancia. Más aún, la Resolución 001-2007/CLC-INDECOPI aclaró que la primera condición debía resultar aplicable en toda instancia del COES (actual o futura) en la cual el Grupo ISA podría llegar a imponer en exclusividad su planteamiento en la toma de decisiones, ya sea cuando la Ley 28832, su Reglamento y/o la organización del COES le otorguen preponderancia⁴⁵.
73. Con relación a la conformación y reglas de votación del COES, se observa que efectivamente habría variado el número de integrantes y los mecanismos de votación del Subcomité de Transmisión, los cuales impiden que el Grupo ISA ejerza una influencia preponderante en la toma de decisiones en su interior; no obstante, dicho cambio no enerva la vigencia de la primera condición ya que, como se ha mencionado, ésta fue impuesta con independencia de si, en efecto, la Ley 28832, su Reglamento y/o la organización del COES le otorgaban a ISA,

⁴⁴ Artículo 27 del Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema.

⁴⁵ En ese sentido, en la resolución aclaratoria se señaló lo siguiente: "esta Comisión restringió el derecho de ISA a ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones, en cualquier instancia de decisión al interior del COES creada o por crearse, hasta el límite en que se garantice que no podrá imponer en exclusividad su planteamiento" (Considerando 15 de la Resolución 001-2013/CLC-INDECOPI).



en ese momento, preponderancia en la toma de decisiones. En otras palabras, la condición fue dictada con carácter preventivo, a fin de evitar el riesgo derivado de la alta participación que ISA tiene en el mercado, situación que se mantiene a la fecha.

74. Así, del análisis desarrollado y con la información disponible se considera que no se ha verificado la presencia de circunstancias sobrevinientes que impliquen una variación sustancial de aquellas razones que motivaron la primera condición establecida por la Resolución 081-2006/INDECOPI-CLC y aclarada por la Resolución 001-2007/INDECOPI-CLC. Sin perjuicio de ello, dado que se trata de una condición cuyos efectos jurídicos están sujetos al cumplimiento de un hecho presente o futuro en el tiempo (posibilidad de ejercer una injerencia preponderante en la toma de decisiones); mientras no se presente dicho supuesto, ISA puede válidamente ejercer la totalidad de sus derechos de voto al interior del COES.
75. En consecuencia, esta Secretaría Técnica es de la opinión que la primera condición debe mantenerse y ser de aplicación en aquellos supuestos en los cuales, ya sea de acuerdo con lo establecido normativamente o por la estructura del COES, ISA pueda ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones. Asimismo, se debe precisar que si bien el mecanismo analizado fue el de votación, no se reemplaza ni elimina el objeto final de la restricción, que es evitar la preponderancia de los intereses particulares de ISA en las decisiones al interior del COES; por lo cual, se deberá entender que la limitación es válida en aquellos supuestos en los cuáles un mecanismo determinado de toma de decisiones dentro del COES permita el ejercicio de una injerencia preponderante por parte de ISA.

V.2 Segunda condición

76. La segunda condición impuesta por la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC establece que ISA no podrá participar de la segunda convocatoria de licitaciones para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica que, en primera convocatoria, hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas. Tal como se detalla a continuación:

Primero: Autorizar la operación de concentración de empresas generada por la adquisición de acciones de la empresa Consorcio Transmantaro S.A. y notificada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., condicionada a que, el grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.:

(...)

- (ii) De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas. Esta condición



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001997

tiene como objeto evitar que el grupo económico conformado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. adopte conductas estratégicas a su favor durante los procesos de licitación (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica; y, asimismo, está dirigida a crear incentivos para que cuando el referido grupo participe en tales procesos, realice su mejor oferta, de modo que se reduzcan los costos de construcción y/o ampliación, y con ello los costos del servicio de electricidad.

77. La Comisión decidió imponer dicha condición al considerar que al concretarse la operación de concentración bajo análisis, ISA controlaría casi el 80% del mercado de transmisión eléctrica en el Perú⁴⁶ y más del 65% del tendido de líneas de transmisión; y, que la actividad de transmisión eléctrica presenta condiciones de monopolio natural, caracterizada por la presencia de economías de escala⁴⁷; lo que provocaría que ISA goce de una situación de privilegio para hacerse de la construcción de nuevas líneas de transmisión y/o ampliaciones.
78. Asimismo señaló que, dicha situación no sólo podría perjudicar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de redes eléctricas, pues los potenciales entrantes, conocedores de la situación de ISA, verían reducidas sus posibilidades de realizar ofertas ganadoras; sino que, además, ello podría impactar indirectamente en el interés de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica, pues al disminuir la competencia por el mercado, se reduciría la posibilidad de obtener ofertas con menores valores de reposición⁴⁸, y con ello la posibilidad de una reducción en las tarifas.
79. En efecto, la Comisión indicó que de aprobarse la operación de concentración, ISA contaría con incentivos para hacerse del integro de los beneficios derivados de la obtención de economías de escala en la actividad de transmisión, lo que podría afectar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de redes eléctricas, y reduciría los potenciales beneficios que los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica podrían obtener de las ampliaciones y/o construcción de los sistemas de transmisión.
80. Toda vez que al desalentar la competencia ISA tendría los incentivos suficientes para acercarse por debajo (con un menor monto) a la oferta de la empresa más competitiva, que al carecer de la economías de escala de las que goza ISA en transmisión (las mismas que se incrementarían de aprobarse el acto concentración notificado), ofrecería montos superiores de inversión a los que ISA podría ofrecer, con lo que el nuevo entrante perdería la licitación.

⁴⁶ Medido a nivel de facturación anual.

⁴⁷ Lo que significa una ventaja para la empresa establecida, pues incurriría en menores costos en la instalación, operación y mantenimiento de nuevas líneas de transmisión.

⁴⁸ Cabe señalar que aquella empresa que oferta el menor valor de reposición por la infraestructura requerida (ceteris paribus) se adjudica la construcción y/o operación de la línea de transmisión. Asimismo, el monto de reposición pagado a la empresa adjudicataria a lo largo de la concesión proviene finalmente del pago de tarifas por parte de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica; por lo que una menor oferta significa un menor monto de reposición por la infraestructura y un mayor beneficio para consumidores y/o usuarios.



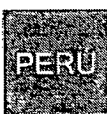
81. Por lo que la diferencia entre el monto de inversión que ISA ofrecería y el monto más bajo que podría ofrecer sin considerar las ventajas que ostentaría frente a sus potenciales competidores en la construcción y/o ampliación de redes eléctricas, tendría que ser pagada por los usuarios de la línea de transmisión y finalmente por los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica. Dado que el precio de la energía eléctrica contempla el pago de un peaje por transmisión, el mismo que está en directa relación con el monto de inversión necesario para la instalación de la línea de transmisión.
82. Al respecto, cabe señalar que la interacción estratégica entre una firma incumbente y una entrante ha sido ampliamente analizada por la teoría económica, demostrándose que una empresa incumbente podría comportarse estratégicamente y desalentar la entrada de nuevos competidores al mercado⁴⁹. Este podría ser el caso de ISA al desalentar la entrada de nuevos competidores al **mercado de construcción y/o ampliación de redes eléctricas**.
83. Con relación a su participación en las licitaciones o equivalentes, ISA mencionó que no tiene ventajas frente a otros postores en las licitaciones pues en los procesos celebrados a partir del año 2008, el Grupo ISA no ha contado con una ventaja manifiesta como postor. Además, indica que en algunos procesos otras empresas transmisoras han competido con ofertas considerablemente menores a las de ISA. Asimismo, ISA señaló que no le es posible identificar al postor con la oferta más competitiva al momento de participar; pues el formato de las licitaciones de transmisión llevadas a cabo tanto por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión como por el Ministerio de Energía y Minas es de concurso a sobre cerrado.
84. Al respecto, cabe señalar que en el 2006, luego de aprobarse la solicitud de concentración formulada por ISA, existían en el mercado de transmisión eléctrica 7 empresas transmisoras aglomeradas en 5 grupos económicos, el Índice HHI del mercado ascendía a 6,257, lo cual indicaba que se encontraba altamente concentrado, y la participación del grupo ISA en el referido mercado era de 78.1%⁵⁰.
85. Por su parte, actualmente, existen 13 empresas transmisoras⁵¹ agrupadas en 11 grupos económicos; además, el HHI en este mercado es de 5,816, lo cual indica que se encuentra altamente concentrado, y la participación del grupo ISA es de 75.27%, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

⁴⁹ Para mayor detalle ver:

- Dixit, A. (1980). The role of investment in entry-deterrence. *The Economic Journal*, 90(357), 95-106.
- Cabral, L. y Ross, T. (2008). Are Sunk Costs a Barrier to Entry. *Journal of Economics and Management Strategy*, 17(1), 97-112.
- Arpig, S. y Diaw, K. (2007). Sunk costs, entry deterrence, and financial constraints. *International Journal of Industrial Organization*, 26(2008), 490-501.

⁵⁰ El HHI y la participación del Grupo ISA han sido calculados sobre la facturación anual.

⁵¹ De las cuales, 10 empresas pertenecen al Subcomité de Transmisión del COES, como se mencionó anteriormente.



001998

Cuadro 1
Participación por grupo económico – 2012 (Facturación en soles)

Grupo Económico	Empresa	Facturación	Participación individual	Participación conjunta
ISA	REP	258,920,802	43.61%	75.27%
	CTM SA	159,197,204	26.81%	
	ISA Perú SA	28,793,237	4.85%	
Otros	Abengoa	56,058,520	9.44%	9.44%
	Redesur	36,218,072	6.10%	6.10%
	Eteselva SRL	22,189,389	3.74%	3.74%
	Etenorte SAC	15,872,619	2.67%	2.67%
	Conenhua	6,905,496	1.16%	1.16%
	Transmisión Guadalupe	2,275,211	0.38%	0.38%
	Depolti	3,053,735	0.51%	0.51%
	Callalli SAC	1,729,561	0.29%	0.29%
	Norperuana	2,229,531	0.38%	0.38%
	Antamina	261,749	0.04%	0.04%
Total		593,705,127	100.00%	100.00%
HHI				5,816

(1) Facturación Total sin IGV, según información proporcionada por las Empresas con carácter de Declaración Jurada.

Fuente: Osinergmin

Elaboración: Secretaría Técnica

86. De la información analizada se evidencia que el mercado de transmisión eléctrica no ha variado sustancialmente toda vez que continúa siendo altamente concentrado y el grupo ISA aún mantiene una participación de mercado superior al 75%.

Recomendación sobre la segunda condición

87. Como resultado del análisis desarrollado con la información disponible, y de acuerdo con los alcances del presente informe y la naturaleza del proceso de revocación, esta Secretaría Técnica considera que no se ha producido un cambio significativo en las condiciones de mercado que justifique el levantamiento de la segunda condición establecida por la Resolución 081-2006/INDECOPI-CLC.
88. En efecto, ISA aún mantiene una participación de mercado importante y tendría incentivos para hacerse del integro de los beneficios derivados de la obtención de economías de escala en la actividad de transmisión, lo que podría afectar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de redes eléctricas, y reduciría los potenciales beneficios que los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica podrían obtener de las ampliaciones y/o construcción de los sistemas de transmisión.

Recomendación adicional

89. En lo referido a la confidencialidad y reserva de la información, la Sala señaló que, de conformidad con los artículos 4 y 36 del Reglamento de la Ley 26876,



toda la información que presente ISA será tratada como confidencial y tendrá el carácter de reservado. Asimismo, indicó que dicha restricción se aplicará también a las entidades a las cuales se requiera opinión técnica⁵².

90. Al respecto, se debe señalar que la presente solicitud de revocación no presenta las mismas características que una solicitud de autorización de concentración empresarial en el sector eléctrico en lo referido al tratamiento de la información presentada por la solicitante u obtenida en el transcurso del procedimiento.
91. A saber, durante la tramitación de una solicitud de concentración empresarial, la confidencialidad de lo actuado en el procedimiento tiene por objeto cautelar las tratativas o negociaciones de los agentes para concretizar la operación de concentración, así como, también, salvaguardar la información sobre los procesos productivos o estrategias comerciales, entre otros; pues la divulgación de dicha información las colocaría en una situación de desventaja frente a sus competidores.
92. En el presente caso, sin embargo, la operación de concentración ya ha sido llevada a cabo y su conclusión así como sus condiciones son de conocimiento público. Lo que se busca es modificar una situación jurídica de conocimiento de los competidores de ISA, que podría alterar las condiciones en las cuáles se desenvuelven los agentes en el mercado de energía; por lo que, por principio, se necesitaría que los agentes involucrados puedan conocer del desarrollo del procedimiento, presentar comentarios y estar en la capacidad de remitir información que consideren pertinente. Ello, sin perjuicio de que aquella información que constituya un secreto comercial, un secreto industrial, que afecte la intimidad personal o familiar, o cuya divulgación perjudique a su titular, pueda ser declarada confidencial.
93. Por tanto, esta Secretaría Técnica considera pertinente recomendar que la información incorporada al presente procedimiento de revocación no sea exclusivamente reservada o confidencial sino pública, de modo que permita que los agentes involucrados puedan conocer del desarrollo del procedimiento y estar en la capacidad de remitir la información que consideren pertinente.

VI. OPINIÓN TÉCNICA

94. Como resultado del análisis desarrollado con la información disponible, y de acuerdo con los alcances del presente informe y la naturaleza del proceso de revocación, esta Secretaría Técnica considera que:
- i) Con relación a la primera condición impuesta por la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, debe mantenerse y ser de aplicación en aquellos supuestos en los cuales, ya sea de acuerdo con lo establecido normativamente o por la estructura del COES, ISA pueda ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones. Asimismo, se debe precisar que si bien el mecanismo analizado fue el de votación, no se

⁵²

Al respecto, ver el Considerando 86 de la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI.

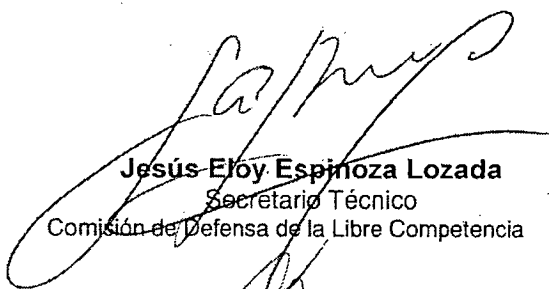


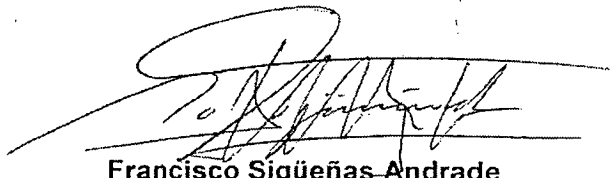
001999

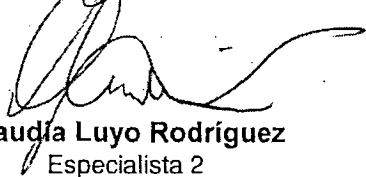
reemplaza ni elimina el objeto final de la restricción que es evitar que las decisiones al interior del COES respondan al interés particular de ISA; por lo cual, se deberá entender que la limitación es válida en aquellos supuestos en los cuáles un mecanismo determinado de toma de decisiones dentro del COES permita el ejercicio de una injerencia preponderante por parte de ISA. Por esta misma razón, si finalmente se verifica que ISA no tiene dicha injerencia (por ejemplo, en el Subcomité de Transmisión) la condición no le resulta aplicable.

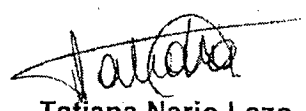
- ii) Con relación a la segunda condición impuesta por la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, debe mantenerse toda vez que ISA aún mantiene una participación de mercado importante y tendría incentivos para hacerse del integro de los beneficios derivados de la obtención de economías de escala en la actividad de transmisión, lo que podría afectar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de redes eléctricas, y reduciría los potenciales beneficios que los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica podrían obtener de las ampliaciones y/o construcción de los sistemas de transmisión.
95. Asimismo, la Secretaría Técnica recomienda que la información incorporada al presente procedimiento de revocación no sea exclusivamente reservada o confidencial sino pública, de modo que permita que los agentes involucrados puedan conocer del desarrollo del procedimiento y estar en la capacidad de remitir la información que consideren pertinente.

En efecto, a diferencia de una solicitud de concentración empresarial donde lo que se busca es cautelar las tratativas o negociaciones de los agentes para concretar una operación de concentración, a fin de evitar que la divulgación de dicha información coloque a las empresas involucradas en una situación de desventaja frente a sus competidores; en el presente procedimiento, lo que se busca es modificar una situación jurídica conocida por sus competidores y que podría alterar las condiciones en las cuáles se desenvuelven los agentes en el mercado de energía.


Jesús Eloy Espinoza Lozada
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia


Francisco Sigüeñas Andrade
Ejecutivo 1
Comisión de Defensa de la Libre Competencia


Claudia Luyo Rodríguez
Especialista 2
Comisión de Defensa de la Libre Competencia


Tatiana Nario Lazo
Analista Económico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

ANEXO 12



2014 JAN -7 PM 4:04

Folio: 7 Copias: 0

Exp. No.
Escrito:
Sumilla:001840-2013/SDC
5
Precisa argumentosRECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO

A LA SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL INDECOPI

002176

INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P. (en adelante, ISA), debidamente representada por el señor Vidal Galindo Verástegui, en el procedimiento seguido en virtud de la solicitud de eliminación o revocación de las condiciones impuestas a ISA y a las empresas peruanas concesionarias de actividades de transmisión de electricidad que se encuentran bajo su control (Grupo ISA), mediante las Resoluciones No. 081-2006-INDECOPI/CLC y No. 001-2007-INDECOPI/CLC, a ustedes atentamente decimos:

Con fecha 2 de diciembre del 2013 fuimos notificados con la Resolución No. 1917-2013/SDC-INDECOPI, mediante la cual se admitió a trámite nuestra solicitud (en adelante la Resolución de Admisión). En el punto III.2.1. (ii) de la Resolución de Admisión se describen las circunstancias sobrevinientes que hemos planteado como sustento de la revocación de las condiciones impuestas al Grupo ISA. Al respecto, es necesario efectuar ciertas precisiones sobre las circunstancias sobrevinientes que ha considerado la Sala de Defensa de la Libre Competencia del Tribunal del INDECOPI (en adelante la Sala).

En julio de 2006 se promulgó la Ley No. 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, norma que dio inicio a la reforma de "segunda generación" de la regulación de la industria eléctrica en Perú¹. Entre otras medidas, esta Ley redefinió la estructura orgánica del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional - COES y estableció un sistema de licitaciones públicas para el otorgamiento en concesión de la construcción y operación de infraestructuras del sistema troncal de transmisión de electricidad (contenidas en el denominado Plan de Transmisión).

En diciembre de 2006 la Comisión de Libre Competencia impuso las condiciones que debe cumplir el Grupo ISA sobre participación en el COES y en las segundas convocatorias de las licitaciones de infraestructuras de transmisión², antes de la emisión de las distintas normas y disposiciones reglamentarias de la Ley 28832.

¹ La Ley No. 28832 fue publicada en el Peruano el 23 de julio de 2006.

² Como se sabe, las condiciones impuestas mediante la Resolución No. 081-2006-INDECOPI/CLC fueron específicamente las siguientes:

"No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema -COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de

En la Resolución de Admisión se ha definido adecuadamente las circunstancias sobrevinientes que sustentan la revocación de la condición impuesta al Grupo ISA sobre su participación en el COES. Al respecto, la Sala ha señalado que dichas circunstancias responden a: (i) las “*modificaciones en las normativas aplicable al mercado eléctrico*”³, y (ii) los “*cambios en el número de agentes intervinientes en el mismo*”⁴.

002177

Sin embargo, en cuanto a la descripción de las circunstancias sobrevinientes que sustentan la revocación de la condición impuesta al Grupo ISA sobre su participación en las segundas convocatorias de las licitaciones de infraestructuras de transmisión, es necesario resaltar que tales circunstancias no sólo se manifiestan en los resultados de las licitaciones llevadas a cabo posteriormente a la imposición de tal condición, como ha planteado la Sala en la Resolución de Admisión⁵, sino que **se originan y responden a modificaciones posteriores en la normativa aplicable a las licitaciones de transmisión**, al igual que en el caso de la condición sobre la participación del Grupo ISA en el COES.

En efecto, las modificaciones en la normativa aplicable, posteriores a la imposición de las condiciones al Grupo ISA, han determinado que éste no pueda actuar con ventaja en las licitaciones de transmisión llevadas a cabo, lo cual se pone de manifiesto en los resultados de estas licitaciones.

los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

(...)

De ser el caso, no participe en la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.”

³ Sobre este punto la Sala señaló lo siguiente: “Así, en lo referido a los cambios normativos, ISA argumentó que el 3 de mayo de 2008, es decir luego de las pronunciamientos emitidos por la Comisión, se publicó el Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del COES. Asimismo, el 18 de julio de 2008 el COES publicó su nuevo estatuto y el Subcomité de Transmisión del COES se constituyó y aprobó su estatuto mediante Escritura Pública del 24 de agosto de 2009”.

⁴ Al respecto, la Sala señaló que el Grupo ISA tenía 3 votos de 90 integrantes registrados para la Asamblea del COES, que no podía determinar la designación ni siquiera de 1 de los 5 miembros del Directorio del COES, y que el Subcomité de Transmisión del COES tenía 8 miembros, de los cuales 3 eran del Grupo ISA, y además se preveía el ingreso de 2 nuevos miembros adicionales no afiliados al Grupo ISA. En función de ello, las empresas del Grupo ISA no pueden influir de modo determinante en el sentido de las decisiones al interior del COES.

⁵ Sobre este particular señala: “68. ISA ha presentado información de los resultados de las licitaciones realizadas por PROINVERSIÓN a efectos de sustentar que en las licitaciones celebradas a partir del año 2008, el Grupo ISA no ha contado con una ventaja manifiesta como postor. Adicionalmente precisa que inclusive en diversas ocasiones otras empresas transmisoras han competido con ofertas considerablemente menores a las de ISA, por lo que resultaría innecesario mantener la limitación fijada por la Comisión. (...). 70. Ello, conforme indica la empresa, debido a que el formato de las licitaciones celebradas por PROINVERSIÓN y por el Ministerio de Energía y Minas es la del concurso a sobre cerrado, lo cual limitaría la realización de conductas oportunistas por parte de las empresas participantes”.

Las modificaciones normativas antes señaladas se inician con la Ley No. 28958, que sustituyó el literal b) del numeral 22.2 del artículo 22 de la Ley No. 28832. Esta Ley data del 20 de enero de 2007, es decir, luego de la imposición de las condiciones al Grupo ISA. A través de la modificación introducida, se permitió que las licitaciones de transmisión fueran llevadas a cabo no sólo por el Ministerio de Energía y Minas, sino también por PROINVERSIÓN, utilizando en este último caso las normas propias de esta entidad:

"Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión

(...)

22.2 Para las instalaciones comprendidas en el Sistema Garantizado de Transmisión se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

b) El Ministerio podrá conducir directamente o encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. Si son encargados, estos procesos de licitación se realizarán al amparo de las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para estos efectos. En el caso de instalaciones de Refuerzo, el titular de la concesión de transmisión tendrá la preferencia para ejecutarlas directamente. De no ejercer dicha preferencia, el proyecto de la instalación de Refuerzo se incluirá en los procesos de licitación." (El subrayado es nuestro)⁶

002178

Lo dispuesto en la citada modificación fue recogido luego por el artículo 20 del Reglamento de Transmisión, aprobado mediante Decreto Supremo No. 027-2007-EM⁷, norma que desarrolla lo dispuesto en la Ley No. 28832 en cuanto a la realización de las licitaciones de transmisión:

"Artículo 20.- Proceso de Licitación para Implementar el Plan de Transmisión

(...)

20.2 El Ministerio tendrá a su cargo la convocatoria, difusión y conducción del proceso de Licitación, adjudicación y firma del Contrato de Concesión de SGT. El Ministerio, mediante Resolución

⁶ La versión inicial de esta norma era la siguiente:

"Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión

22.2 Para las instalaciones comprendidas en el Sistema Garantizado de Transmisión se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

b) El Ministerio conducirá los procesos de Licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. En caso de instalaciones de Refuerzo, el titular de la concesión de transmisión tendrá la preferencia para ejecutarlas directamente. De no ejercerla, se incluirán en los procesos de Licitación."

⁷ El Reglamento de Transmisión fue publicado en El Peruano el 17 de mayo de 2007.

Ministerial, podrá encargar a ProInversión la conducción del proceso de licitación hasta la adjudicación de la buena pro, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso b) del numeral 22.2 del Artículo 22 de la Ley." (El subrayado es nuestro)

~~002179~~

Las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para llevar a cabo las licitaciones de transmisión se encuentran contenidas en el Decreto Supremo No. 059-96-PCM, 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, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo No. 060-96-PCM. Estas normas establecen un diseño de adjudicación a la mejor oferta presentada en sobre cerrado y sin forma de que un postor conozca las ofertas de los demás antes de la apertura de sobres, con lo cual no se permite el comportamiento oportunista que consideró posible la Comisión de Libre Competencia al imponernos las referidas condiciones. En particular, el Reglamento del Decreto Supremo No. 059-96-PCM, establece lo siguiente:

"Artículo 18.- Las propuestas se presentarán a la mano y en sobre cerrado.

A la hora indicada en la convocatoria se iniciará el Acto. Sin embargo, en las bases podrá señalarse un plazo de tolerancia, el que en ningún caso podrá exceder de media hora. A partir de ese momento no se recibirá propuesta alguna".

"Artículo 22.- La concesión se otorgará al titular de la propuesta más conveniente, por acuerdo del Comité Especial que será comunicado a los postores en la fecha establecida en las bases.

Acto que contará con la presencia de un Notario Público.

El Comité Especial podrá desestimar todas las propuestas presentadas cuando no resultaran convenientes, sin obligación de pago de indemnización alguna en favor de los postores". (Los subrayados son nuestros)

Todas las Bases de las licitaciones llevadas a cabo por PROINVERSIÓN han recogido el diseño antes señalado. Tal como puede observarse en el cuadro adjunto al presente escrito, en que se cita el texto de las cláusulas correspondientes de las Bases consolidadas de las distintas licitaciones llevadas a cabo por PROINVERSIÓN, siempre se prevé la presentación de ofertas en sobre cerrado, siendo evaluadas todas las ofertas en un solo acto público en el cual se dan a conocer los resultados y el adjudicatario de la buena pro. Este mismo diseño se ha trasladado también a las Bases de las licitaciones que ha convocado y adjudicado el Ministerio de Energía y Minas, como se observa en el mismo cuadro.

002160

De otro lado, cabe reiterar que el factor de competencia en todas las licitaciones ha sido el Costo Total de Transmisión, que incluye el costo de la inversión más el costo de operación y mantenimiento de la infraestructura, habiéndose agregado el menor plazo para la puesta en operación comercial como factor de competencia adicional en la licitación del proyecto Línea de Transmisión Chilca-La Planicie-Zapallal.

En resumen, las circunstancias sobrevinientes que sustentan la revocación de la condición referida a la participación del Grupo ISA en la segunda convocatoria de las licitaciones de transmisión se refieren, en primer lugar, a cambios en de la normativa posterior a la imposición de la referida condición (modificación de la Ley No. 28832, Reglamento de Transmisión y Bases de las licitaciones).

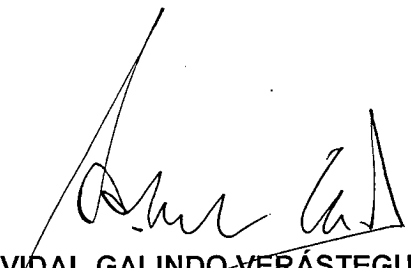
Como consecuencia de esta normativa, ni los postores en general, ni el Grupo ISA en particular, pueden conocer o determinar cuál será el postor más competitivo ni los valores que ofertarán como Costo Total de Transmisión o como plazo de puesta en operación comercial. Por ello, en cada licitación de transmisión los postores deben hacer sus evaluaciones independientemente y así presentar su mejor oferta, sin que exista razón alguna para asumir que el Grupo ISA pueda estar en mejor condición para predecir la agresividad, el comportamiento y la oferta de cualquier postor, y menos aún la del postor más competitivo, en tanto que el valor que cada postor asigna a la respectiva concesión es distinto.

Esto queda plenamente corroborado por los resultados de las licitaciones que han llevado a cabo tanto PROINVERSIÓN como el Ministerio de Energía y Minas.

POR TANTO:

Solicitamos a la Sala tener en cuenta las precisiones efectuadas para evaluar y resolver nuestra solicitud de revocación de condiciones.

Lima, 7 de enero de 2014



VIDAL GALINDO VERÁSTEGUI

ANEXO 13



**Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería
Oficina de Estudios Económicos
Informe Técnico N° 070-2013-OEE-GART/OS**

**Opinión sobre la Evaluación de la Revocación de las Condiciones Impuestas a ISA en las
Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/VCLC**

1. Antecedentes

002184

El 28 de febrero de 2013, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante, ISA) solicitó el inicio de un procedimiento administrativo dirigido a la revocación de las condiciones que le habían sido impuestas mediante las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC en el marco del Expediente 005-2006/CLC para la aprobación de la operación de concentración derivada de la adquisición de control de la empresa Consorcio Transmantaro S.A.

La Sala especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) del INDECOPI, mediante Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI dispuso que a efectos de evaluar la revocación de las condiciones impuestas mediante las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC se requiere opinión técnica a las entidades que intervinieron en el marco del Expediente 005-206/CLC, entre ellas OSINERGMIN. En tal sentido, la Sala remitió el 046-2013/SDC-INDECOPI solicitando dicha opinión. Asimismo, mediante el oficio 053-2013/SDC-INDECOPI la Sala remitió información adicional.

Mediante el presente informe se emite la opinión técnica de los aspectos económicos y regulatorios en torno a la evaluación de la revocación de las condiciones impuestas a ISA en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/VCLC. Dicha opinión se realiza considerando la información disponible y el pedido de la Sala.

2. Pedido

Las condiciones impuestas sobre ISA mediante las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC en el marco del Expediente 005-2006/CLC son:

- (a) “No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de

los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.” (en adelante, Primera Condición)

- (b) “De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.” (en adelante, Segunda Condición)

La Sala solicitó opinión sobre las implicancias del levantamiento de las condiciones impuestas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en una serie de aspectos relacionados a:

- i. Las necesidades y los efectos sobre futuras inversiones en el sector eléctrico.
- ii. La variación en la oferta y demanda de energía eléctrica.
- iii. La variación en la oferta y demanda de servicios y/o productos especializados o directamente relacionados con la realización de actividades, en el sector eléctrico nacional.
- iv. La conformación y toma de decisiones al interior del COES.
- v. La variación esperada de la tarifa eléctrica a los clientes regulados.
- vi. La variación esperada en el precio de la energía eléctrica a los clientes libres.
- vii. La variación en los esfuerzos regulatorios de su organismo para el ejercicio de su labor.
- viii. El impacto que tendría el levantamiento de las condiciones impuestas en el Plan de Inversiones en Transmisión correspondiente al período 2013 -2017.

3. Análisis

3.1. Situación actual

002185

El sistema de transmisión del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) está compuesto por las instalaciones del Sistema Principal de Transmisión (SPT), Sistema Garantizado de Transmisión (SGT), Sistema Complementario de Transmisión (SCT) y Sistema Secundario de Transmisión (SST).¹

En el segmento de transmisión se encuentran operando 15 empresas agrupadas en 12 grupos económicos (ver Anexo 1). ISA tiene el 69.2% (9,052.9 Km) y el grupo Abengoa el 14.0% (1,837 Km) del total de las líneas de transmisión a noviembre del 2013. Asimismo, ISA redujo su participación pasando de 78% en el 2007 a 67% en el 2012 incrementándose levemente a noviembre de 2013 (Cuadro 1).

Cuadro 1
Longitud de líneas de transmisión por grupo económico. En kilómetros (km) y participación (%). 2007 – noviembre de 2013

Grupo Económico	2007		2012		nov-13	
	Km.	%	Km.	%	Km.	%
ISA	6,794.0	78.0	8,145.6	67.0	9,052.9	69.2
Abengoa	0.0	0.0	1,836.9	15.1	1,837.0	14.0
REDESUR	534.4	6.1	534.4	4.4	534.0	4.1
Buena Ventura	305.0	3.5	357.4	2.9	357.4	2.7
Compañía Transmisora Norperuana	0.0	0.0	33.9	0.3	33.9	0.3
Depolti	152.7	1.8	152.7	1.2	152.7	1.2
Empresa de Transmisión Callalli	127.0	1.5	146.6	1.2	146.7	1.1
Empresa de Transmisión Guadalupe	16.0	0.2	32.7	0.3	32.7	0.2
Etenorte	349.8	4.0	349.8	2.9	349.8	2.7
Aguaytía	246.7	2.8	393.1	3.2	393.1	3.0
Transmisora Andina	182.1	2.1	182.1	1.5	182.1	1.4
Pomacocha Power	-	-	-	-	18.0	0.1
Total	8,707.7	100.0	12,165.2	100.0	13,090.3	100.0

Fuente: Gerencia de Fiscalización Eléctrica – OSINERGMIN
Elaboración: Oficina de Estudios Económicos - OSINERGMIN

Por otro lado, en el 2012, ISA representó el 75.3% del total facturado por las empresas de transmisión, seguida por Abengoa con 9.4% y Red Eléctrica del Sur S.A. con 6.1%. ISA redujo

¹ De acuerdo al numeral 1 del artículo 20 de la Ley 28832

levemente su participación en la facturación pasando de 77.9% en el 2007 a 75.3% en el 2012 (Cuadro 2)² registrando un crecimiento promedio anual de 6.3%.

Cuadro 2
Facturación por grupo económico. En monto (Millones de S/.) y participación (%). 2007 – 2012^{1/}

Grupo Económico	2007		2012	
	Millones de S/.	%	Millones de S/.	%
ISA	328.5	77.9	446.9	75.3
Abengoa	0	0.0	56.1	9.4
REDESUR	36.7	8.7	36.2	6.1
Buena Ventura	28.4	6.7	6.9	1.2
Compañía Transmisora Norperuana	0	0.0	2.2	0.4
Depolti	2.4	0.6	3.1	0.5
Empresa de Transmisión Callalli	0	0.0	1.7	0.3
Empresa de Transmisión Guadalupe	0	0.0	2.3	0.4
Etenorte	0	0.0	15.9	2.7
Aguaytía	25.5	6.1	22.2	3.7
Total	421.5	100.0	593.5	100.0

1/ No se cuenta con información de facturación de Transmisora Andina.

Fuente: Gerencia de Fiscalización Eléctrica – OSINERGMIN

Elaboración: Oficina de Estudios Económicos - OSINERGMIN

El sistema de transmisión del SEIN es operado por el COES.³ Las decisiones del COES se realizan a través de la Asamblea -compuesta por los miembros de los subcomités de Generación, Transmisión, Distribución y Clientes Libres⁴; el Directorio⁵; y la Dirección Ejecutiva⁶.

² Periodo en que el grupo ISA concentra la participación del 100% de las acciones de las tres empresas, con autorización según la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 16 de noviembre del 2006.

³ Artículo 39 de la Ley de Concesiones Eléctricas.

⁴ Según el artículo 16 de la Ley 28832 la Asamblea es el órgano supremo del COES. La Asamblea tiene la potestad de elegir y remover al Presidente del Directorio, entre otras funciones.

⁵ Según los artículos 13 y 14 de la Ley 28832 entre las funciones del Directorio están: elaborar la propuesta del Plan de Transmisión, asegurar condiciones de competencia en el mercado de corto plazo, desarrollar los programas de operación de corto, mediano y largo plazo, así como disponer y supervisar su ejecución, entre otras.

⁶ El Director Ejecutivo actúa como Secretario de la Asamblea y es el responsable de llevar las actas. Asimismo, según el artículo 18 de Ley 28832, la Dirección Ejecutiva está constituida por la Dirección de Operaciones y la Dirección de Planificación de Transmisión.

El Subcomité de Transmisión del COES estaba compuesto por 5 empresas en el 2006,⁷ contando 10 integrantes registrados entre voluntarios y obligatorios⁸ a noviembre de 2013 (Cuadro 3).

Cuadro 3

002186

Participación de las empresas transmisoras en el Subcomité de Transmisión y la Asamblea del COES. Noviembre de 2013. En porcentaje ^{1/}

Integrantes del Subcomité COES	Grupo Económico	Subcomité	Asamblea ^{2/}
Abengoa Transmisión Norte S.A.	Abengoa	20%	5%
Abengoa Transmisión Sur S.A.	Abengoa		
Red Eléctrica del Sur S.A.	Red Eléctrica del Sur	10%	3%
Consorcio Transmántaro S.A.	ISA	10%	3%
Interconexión Eléctrica Isa Perú S.A.	ISA		
Red de Energía del Perú S.A.	ISA		
Compañía Transmisora Norperuana S.R.L.	Compañía Transmisora Norperuana S.R.L.	10%	3%
Consorcio Energético De Huancavelica S.A.	Consorcio Energético De Huancavelica S.A.	10%	3%
Eteselva S.R.L.	Eteselva S.R.L.	10%	3%
Pomacocha Power S.A.C.	Pomacocha Power S.A.C.	10%	3%

^{1/} Se asume que ninguna de las empresas integrantes se abstiene en participar de las reuniones del Subcomité y de la Asamblea.

^{2/} Cada Subcomité cuenta con el 25% de participación en la Asamblea.⁹

Fuente: COES

Elaboración: Oficina de Estudios Económicos - OSINERGMIN

Si se considera que todas las empresas integrantes participan activamente en las decisiones del Subcomité, ISA posee el 10%¹⁰, Abengoa el 20% y cada una de las demás empresas cuenta con el 10% de participación relativa en las votaciones del subcomité al 2013. Asimismo, ISA tendría el 3%, Abengoa el 5% y el resto de empresas transmisoras el 3% de los votos de la Asamblea al 2013.¹¹

⁷ De acuerdo a la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.

⁸ Los integrantes obligatorios son los concesionarios que tienen instalaciones en el SGT y en el SPT.

⁹ El numeral 1 del artículo 12 del Reglamento del COES señala:

“Para alcanzar la mayoría requerida por la Ley para la adopción de acuerdos de la Asamblea, se requiere computar la suma ponderada de los puntajes de cada Subcomité, considerando un factor de ponderación de 0,25 para cada uno de los cuatro (04) subcomités. El puntaje de cada Subcomité resulta del cociente del número de integrantes que votó a favor de una determinada propuesta entre el número de Integrantes Registrados de dicho Subcomité.”

¹⁰ Tomando en cuenta la Primera Condición, con el que se abstiene del 20% restante.

¹¹ El porcentaje de participación se calcula en función al número de integrantes registrados en el COES. En particular, el numeral 3 de artículo 9 del Reglamento del COES indica:

3.2. Efectos del levantamiento de las condiciones impuestas

El levantamiento de la Primera Condición generaría cambios en las votaciones dentro del Subcomité de Transmisión y en la Asamblea del COES. Si se asume que todos los integrantes del subcomité participan activamente, ISA aumentaría su participación en la votación de 10% al 30%, seguido por Abengoa que contaría con el 20% de los votos. En la Asamblea, ISA tendría el 8% de los votos, por encima de Abengoa que tendría el 5%.¹²

Por otro lado, el levantamiento de la Segunda Condición permitiría al grupo ISA participar activamente en los procesos de licitaciones públicas, teniendo efecto en las nuevas instalaciones y en la ampliación del sistema de transmisión. ISA podría no presentarse en la primera convocatoria de las licitaciones, buscando que se declare desierta y que se mejoren las condiciones económicas en la segunda convocatoria, afectando la eficiencia de la licitación. Sin embargo, este escenario depende de las condiciones de la licitación y de los postores potenciales en la primera convocatoria.

A continuación se responde los puntos consultados por la Sala.

3.2.1. Sobre las necesidades y los efectos sobre futuras inversiones en el sector eléctrico (punto i)

En relación a las futuras inversiones en transmisión, conviene señalar que el marco regulatorio establece la elaboración del Plan de Transmisión para la implementación de nuevas instalaciones pertenecientes al SGT y del Plan de Inversiones para las instalaciones del SCT y SST. El Plan de Transmisión es propuesto por el COES y aprobado por el MINEM previa opinión favorable de OSINERGMIN, mientras que el Plan de Inversiones es aprobado por OSINERGMIN. No se esperaría que el levantamiento de la Primera Condición tenga efectos

“Para fines de la Asamblea. Cada Subcomité elegirá anualmente a un representante titular y uno suplente, mediante el voto conforme de la mitad más uno de los Integrantes Registrados de cada Subcomité.”

El numeral 1 del artículo 16 del Reglamento del COES indica:

“Cada Subcomité elige a un Director con el voto favorable de la mitad más uno de los Integrantes Registrados del Subcomité.”

Mientras que el numeral 3 del artículo 16 de la Ley 28832 señala:

“Los acuerdos de la Asamblea, para cada decisión, se adoptan cuando se alcance en la votación un puntaje superior al 66,7% del puntaje máximo total. El puntaje total a favor de una determinada decisión resulta de sumar el puntaje a favor de todos los subcomités. El puntaje de cada subcomité será igual al cociente del número de sus integrantes que votó a favor de una determinada decisión, entre el número total de los integrantes que lo conforman.”

¹² En el caso que existan abstenciones, la participación de ISA en las votaciones cambiaría.

importantes en la elaboración de los planes ni en las inversiones futuras, dado el marco regulatorio establecido.

002187

Sin embargo, el levantamiento de la Segunda Condición podría tener efectos en las licitaciones y en las decisiones de inversión en el sector. ISA podría evitar presentar su propuesta económica en la primera convocatoria si no existe competencia potencial o si espera que el resto de empresas no compitan activamente con el objetivo de mejorar sus condiciones económicas en la segunda convocatoria.

Al respecto, se debe considerar que en los procesos de licitación realizados por PROINVERSIÓN y el MINEM, Abengoa e ISA representaron el 76.9% de longitud de líneas de transmisión adjudicadas y el 74.2% del monto adjudicado acumulado en el periodo de 2009 a junio de 2013 (Cuadro 4).

Cuadro 4
Resultados de las licitaciones de líneas de transmisión. Monto adjudicado (en millones de US\$) y Participación (en %). 2008- junio 2013 ^{1/}

Grupo económico	Participación (%)		Monto Adjudicado (Millones de US\$)		Monto Participación (Millones de US\$)	
	Número	%	Número	%	Monto	%
Abengoa	3	23.1	1,749.1	36.2	82.9	40.9
ISA	7	53.8	1,509.5	31.2	67.5	33.3
Isonor Transmisora SAC ^{2/}	1	7.7	965.8	20.0	29.5	14.6
Transmisora Eléctrica del Sur S.A.	1	7.7	207.5	4.3	6.7	3.3
Cobra Instalaciones y Servicios S.A.	1	7.7	401.5	8.3	16.2	8.0
Total	13	100	4833.4	100	202.6	100

^{1/} Se consideran las licitaciones de instalaciones del SGT convocadas por PROINVERSIÓN y las licitaciones convocadas por el MINEM

^{2/} La empresa no ejecutó las obras y el MINEM le rescindió el contrato de concesión.

^{3/} Consorcio REI S.A.U. – AC Capitales S.A.

Fuente: Indecopi. Solicitud de eliminación y/o revocación de condiciones impuestas en la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC

Elaboración: Oficina de Estudios Económicos - OSINERGMIN

El levantamiento de la Segunda Condición podría incentivar la realización de prácticas colusorias horizontales por parte de los dos grupos económicos más importantes, ISA y Abengoa, con el objetivo de que los procesos de licitación se declaren desiertos en la primera convocatoria e incrementar el precio referencial en la segunda convocatoria. La estrategia colusoria sería beneficiosa para los grupos en el caso que interactúen repetitivamente de forma tal que se repartan las licitaciones. Dicho escenario es probable debido a la alta concentración de las licitaciones por parte de ISA y Abengoa.

3.2.2. Sobre la variación en la oferta y demanda de energía eléctrica, y en los servicios y/o productos especializados o directamente relacionados con la realización de actividades, en el sector eléctrico nacional (puntos ii y iii)

Respecto a la variación de la oferta y demanda de energía, se debe tomar en cuenta que la transmisión tiene características de monopolio natural dentro de su área de influencia y por ese motivo están sujetas a un esquema regulatorio. En ese sentido, no se esperaría que el levantamiento de las condiciones tenga efectos sobre la oferta y demanda de energía eléctrica.

Respecto a la variación de la oferta y demanda de los servicios complementarios a la transmisión, se debe considerar que ISA no participa en las actividades de generación ni distribución. En ese sentido, no se esperaría que el levantamiento de las condiciones tenga un efecto directo sobre las mismas.

3.2.3. Sobre la conformación y toma de decisiones al interior del COES (punto iv)

Como se señaló en las Secciones 3.2. y 3.2.1., el levantamiento de la Primera Condición generaría que ISA incremente su participación en el Subcomité de Transmisores y en la Asamblea, lo que aumentaría la concentración de las decisiones en el COES.

La mayor concentración de ISA podría afectar la conformación del Directorio del COES, órgano encargado de elaborar la propuesta del Plan de Transmisión, los procedimientos de operación del SEIN, la administración del Mercado de Corto Plazo, el desarrollo de los programas de operación de corto, mediano y largo plazo, la coordinación de la operación en tiempo real del SEIN y de los enlaces internacionales, entre otros.¹³ Sin embargo, las actividades del COES son reglamentadas por el MINEM y reguladas y supervisadas por OSINERGMIN.

¹³ Al respecto el artículo 17 de la Ley 28832 señala que el Directorio del COES es responsable de las funciones señaladas en los artículos 13 y 14 que se mencionan a continuación:

“Artículo 13°.- Funciones de interés público

- a) Elaborar la propuesta del Plan de Transmisión para su aprobación por el Ministerio;
- b) Elaborar los procedimientos en materia de operación del SEIN y administración del Mercado de Corto Plazo, para su aprobación por OSINERG;
- d) Asegurar condiciones de competencia en el Mercado de Corto Plazo; y,
- e) Procurar las mejoras tecnológicas que aseguren el eficiente cumplimiento de sus funciones.

Artículo 14°.- Funciones administrativas

- a) Desarrollar los programas de operación de corto, mediano y largo plazo, así como disponer y supervisar su ejecución;
- b) Programar y coordinar el mantenimiento mayor de las instalaciones de generación y transmisión;
- c) Coordinar la operación en tiempo real del SEIN;
- d) Coordinar la operación de los enlaces internacionales y administrar las TIE;
- e) Calcular los costos marginales de corto plazo del sistema eléctrico;
- f) Calcular la potencia y energía firmes de cada una de las unidades generadoras;

3.2.4. Sobre la variación esperada de la tarifa eléctrica a los clientes regulados y libres (puntos v y vi)

002183

Respecto a la variación esperada en la tarifa eléctrica de transmisión, la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE) establece un esquema regulado para todos los clientes del sistema eléctrico, tanto libres como regulados.¹⁴ Al ser una actividad regulada, no se espera que el levantamiento de la Primera Condición ocasione efectos directos en las tarifas eléctricas.

Sin embargo, como se señaló en la Secciones 3.2. y 3.2.1. el levantamiento de la Segunda Condición podría generar efectos adversos sobre la competencia en las licitaciones de construcción y ampliación de la líneas de transmisión. La menor competencia en las licitaciones generaría resultados ineficientes, incrementando el costo de la provisión del servicio de transmisión que tendría impactos en la tarifa eléctrica.

3.2.5. Sobre la variación en los esfuerzos regulatorios de su organismo para el ejercicio de su labor (punto vii)

Entre los procedimientos regulatorios de OSINERGMIN en el segmento de transmisión se encuentran la fijación de las Tarifas en Barra donde se determina los cargos de transmisión de las instalaciones de SPT y SGT, el Plan de Inversiones y la fijación de peajes y compensaciones para el SST y el SCT.¹⁵ Al respecto, se considera que el levantamiento de las condiciones no afectaría los procedimientos regulatorios señalados.

g) Determinar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES;

h) Administrar el Mercado de Corto Plazo;

j) Planificar y administrar la provisión de los Servicios Complementarios que se requieran para la operación segura y económica del SEIN; y,

k) Resolver divergencias o controversias derivadas de la aplicación de la Ley, del Reglamento, Normas Técnicas, Procedimientos y demás disposiciones complementarias, dentro del ámbito de su competencia, así como los recursos impugnativos que se interpongan contra sus decisiones.

Las decisiones del COES, que afecten a los Usuarios Regulados, pueden ser impugnadas ante el Tribunal de Solución de Controversias de OSINERGMIN quien resuelve como última instancia administrativa”.

¹⁴ En el artículo 44 de la LCE indica que:

“Las tarifas de transmisión y distribución serán reguladas por la Comisión de Tarifas de Energía independientemente de si éstas corresponden a ventas de electricidad para el servicio público o para aquellos suministros que se efectúen en condiciones de competencia, según lo establezca el Reglamento de la Ley. Para éstos últimos, los precios de generación se obtendrán por acuerdo de partes.”

¹⁵ De acuerdo a la Resolución 080-2012-OS/CD.

3.2.6. El impacto que tendría el levantamiento de las condiciones impuestas en el Plan de Inversiones en Transmisión correspondiente al período 2013 -2017 (punto viii)

El Plan de Inversiones de 2013-2017 fue aprobado por OSINERGMIN mediante Resolución N° 151-2012-OS/CD¹⁶. El Plan de Inversiones considera las instalaciones requeridas en el SST y SCT de acuerdo a los requerimientos de demanda proyectados, considerando los costos eficientes. Dicho plan comprende una serie de inversiones que requieren realizar los titulares de las redes de transmisión en el periodo señalado.

En la medida que el Plan de Inversiones de 2013-2017 fue aprobado por OSINERGMIN y que el mismo implica la realización de una serie de inversiones en las redes de SST y SCT por parte de los titulares tomando en cuenta costos eficientes, no se considera que el levantamiento de las condiciones genere un efecto negativo en la implementación del plan.

No obstante, cabe mencionar que existen proyectos del Plan de Inversiones que serán licitados por el MINEM, conforme lo establece el numeral VI.2) del literal d) del Artículo 139° del Reglamento de la LCE. En ese sentido, las licitaciones de dichos proyectos no resultarían eficientes por las mismas razones expuestas en Sección 3.2.

Adicionalmente, resulta importante señalar que ISA, a través de la empresa Red de Energía del Perú S.A. (REP), tiene un contrato de concesión con el Estado (Decreto Supremo N° 059-96-PCM) en el cual se establecen Adendas que le permite ejecutar ampliaciones y/o refuerzos a la red de transmisión que está bajo su responsabilidad. Bajo este esquema se han suscrito 16 Adendas hasta la fecha. De este modo, ISA realiza inversiones en el sistema de transmisión sin participar en los procesos de licitaciones que establece el Artículo 139° del Reglamento de la LCE, requiriéndose únicamente el acuerdo entre ISA y el MINEM. Se debe de indicar que este esquema puede no ser eficiente debido a que los costos acordados sobre las ampliaciones y/o refuerzos no son obtenidos mediante un mecanismo que permita la competencia entre las empresas transmisoras.

4. Conclusiones y recomendaciones

La Sala especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI solicitó a OSINERGMIN opinión respecto a los efectos de la revocación de las condiciones impuestas ISA mediante las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC. Dichas resoluciones

¹⁶ Sustituida con Resolución OSINERGMIN N° 217-2012-OS/CD.

impusieron dos condicionamientos a ISA que limitaban el ejercicio de sus opciones en la toma de acuerdos al interior del COES (Primera Condición) y la participación en la segunda subasta de licitaciones de construcción o ampliación de infraestructura en el caso que en la primera convocatoria se declare desierta por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas (Segunda Condición).

~~002169~~

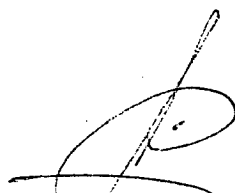
El análisis efectuado muestra que el levantamiento la Primera Condición no tendría efectos directos en las futuras inversiones, en las condiciones de oferta y demanda, ni en las tarifas eléctricas dado el marco regulatorio vigente. Además, cabe señalar que el levantamiento de la Primera Condición afectaría la composición de los votos en el COES.¹⁷

Sin embargo, el levantamiento de la Segunda Condición podría tener efectos en las licitaciones de construcción y ampliación del sistema de transmisión. Se observa una elevada concentración en el resultado de las licitaciones realizadas por PROINVERSIÓN y el MINEM desde el 2009 a julio de 2013, donde ISA y Abengoa representaron más del 70% del monto adjudicado en dicho periodo. El levantamiento de la Segunda Condición permitiría a ISA adoptar acciones estratégicas con el objetivo de incrementar el precio de adjudicación, incluso podría generar escenarios de concertación con otras empresas. En ese sentido, se recomienda evaluar los efectos negativos del levantamiento de la Segunda Condición.

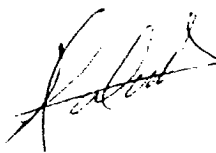
Es todo en cuanto corresponde informar.



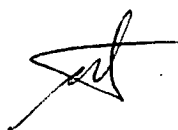
Dr. Arturo Vásquez Cordano
Gerente de Estudios Económicos



Ing. Jaime Mendoza Gacon
Gerente de la División de Generación y
Transmisión
Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria



Eco. Humberto Ortiz Ruiz
Especialista I – Estudios Económicos



Ing. Severo Buenalaya Cangalaya
Especialista I – Div. Generación y Transmisión

¹⁷ Se debe de considerar que las funciones del COES son reglamentadas por el MINEM y reguladas y supervisada por OSINERGMIN.

Anexo 1

Se considera que un grupo económico o persona jurídica es propietaria de una empresa si posee más del 50% de sus acciones.¹⁸ Considerando este criterio, las empresas se clasifican por grupo económico de acuerdo a la información de la Superintendencia del Mercado de Valores.

Cuadro 5
Empresas transmisoras de energía y Grupo Económico al que pertenecen

Empresa	Grupo Económico
Consortio Transmataro S.A.	ISA
Interconexión eléctrica ISA Perú S.A.	
Red de Energía del Perú S.A.	
Abengoa Transmisión Norte S.A.	Abengoa
Abengoa Transmisión Sur S.A.	
Red Eléctrica del Sur S.A.	REDESUR
Consortio Energético de Huancavelica	Buena Ventura
Compañía Transmisora Norperuana S.R.L. 1/	Transmisora Norperuana
Compañía Transmisora Norperuana S.T.L. 1/	
Proyecto Especial Olmos Tinajones	Depolti
Empresa de Transmisión Callalli SAC 2/	Empresa de Transmisión Callalli
Empresa de Transmisión Guadalupe SAC 2/	Empresa de Transmisión Guadalupe
Etenorte 2/	Etenorte
Eteselva S.R.L.	Aguaytía
Pomacocha Power S.A.C.	Pomacocha Power
Transmisora Andina	Transmisora Andina
Isonor Transmisora SAC 3/	Isonor Transmisora SAC
Transmisora Eléctrica del Sur S.A. 4/	Transmisora Eléctrica del Sur S.A.
Cobra Instalaciones y Servicios S.A. 3/	Cobra Instalaciones y Servicios S.A.

^{1/} Se considera que la empresa Compañía Transmisora Norperuana S.T.L., que facturó hasta el 2010, cambió de razón social a Compañía Transmisora Norperuana S.R.L.

^{2/} No se cuenta con información pública sobre la composición accionarial de las empresas, Etenorte, Empresa de Transmisión Guadalupe, y Empresa de Transmisión Callalli, por lo que en el presente informe se las considera empresas independientes.

^{3/} Las empresas, Isonor Transmisora Eléctrica del Sur S.A., y Cobra Instalaciones y Servicios S.A son las empresas que ganaron las licitaciones convocadas por PROINVERSIÓN y MINEM en el periodo de 2008 a junio 2013.

^{4/} Consortio REI S.A.U. - AC Capitales S.A

Fuente: Superintendencia del Mercado de Valores, Información publicada en portales web al 18 de diciembre de 2013.

Elaboración: Oficina de Estudios Económicos– OSINERGMIN

¹⁸ Según el Artículo 7 de la Resolución CONASEV N° 90-2005-EF, Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, se define como Grupo Económico al "conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales.

Por excepción, se considera que el control lo ejerce una persona jurídica cuando, por la dispersión accionaria y de los derechos de voto de dicha persona jurídica, ninguna persona natural o conjunto de personas naturales ostente más del 30% de los derechos de voto ni la capacidad para designar a más del 50% de los miembros del directorio."

Calle De La Prosa 104 – San Borja

002190

EXPEDIENTE EN COMISIÓN N°: 005-2006/CLC

EXPEDIENTE EN SALA N°: 001840-2013/SDC

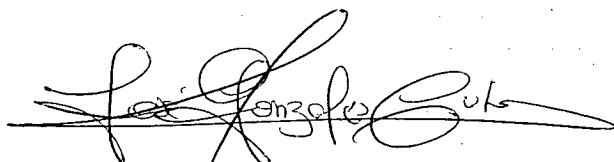
SOLICITANTE : INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P.

PROVEIDO N° : 1

Lima, 13 de enero de 2014

El 27 de diciembre de 2013, el 6 y 9 de enero de 2014, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha recibido los escritos presentados por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería-OSINERGMIN, respectivamente, para que se consideren al momento de resolver el asunto controvertido en el Expediente N° 005-2006/CLC

Por este motivo, remítanse copias de dichos escritos a Interconexión Eléctrica S.A.E.S.P. para que conozca su contenido.



JOSE CARLOS GONZÁLES CUCHO
SECRETARIO TÉCNICO AD HOC

ANEXO 14





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

RESOLUCIÓN DE TRÁMITE

002239

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA
SOLICITANTE : INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P.
MATERIA : CONTROL DE CONCENTRACIONES
PROCESAL
REVOCACIÓN
ACTIVIDAD : GENERACIÓN, CAPTACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE
ENERGÍA ELÉCTRICA

SUMILLA: en aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, se dispone **AMPLIAR** en treinta (30) días hábiles el plazo de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia para emitir su pronunciamiento respecto a la solicitud de revocación de las condiciones impuestas a Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 y 10 de enero de 2007, respectivamente, que aprobaron la operación de concentración derivada de la adquisición de control de la empresa Consorcio Transmantaro S.A.

Lima, 18 de febrero de 2014

I. ANTECEDENTES

1. El 19 de julio de 2006, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante, ISA) –empresa que a esa fecha poseía el control de las empresas peruanas concesionarias de transmisión eléctrica Red de Energía del Perú S.A. (en adelante, REP) e Interconexión Eléctrica Perú S.A. (en adelante, ISA Perú)– solicitó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia¹ (en adelante, la Comisión) la autorización para efectuar la operación de concentración derivada de la adquisición de control de la empresa peruana concesionaria de transmisión eléctrica Consorcio Transmantaro S.A. (en adelante, CTM), la cual fue evaluada al amparo de lo previsto en las disposiciones de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 017-98-ITINCI.
2. El 16 de noviembre de 2006, luego de verificar que a través de la adquisición del control de CTM por parte de ISA, se produciría una integración horizontal en el mercado peruano de transmisión de energía eléctrica, la Comisión decidió autorizar la operación mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC estableciendo dos condiciones a ISA y a las tres empresas transmisoras peruanas que quedarían bajo su control, es decir, CTM, REP e

¹ Antes, Comisión de Libre Competencia.
M-SDC-13/1A



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

ISA Perú (en adelante, Grupo ISA). Las referidas condiciones fueron las siguientes:

003240

- (i) Sobre la actuación en las instancias de decisión del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES - SINAC)

Al respecto, la primera condición impuesta al Grupo ISA fue la siguiente:

"No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

Esta condición resulta idónea, necesaria y proporcional en tanto busca asegurar que la operación del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico, lo que finalmente, redundará en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica".

- (ii) Sobre las inversiones en el sector eléctrico (licitaciones para la concesión de la construcción y operación de nuevas instalaciones de transmisión)

En particular, la segunda condición impuesta al Grupo ISA estipulaba lo siguiente:

"De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.

Esta condición tiene como objeto evitar que el grupo económico conformado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. adopte conductas estratégicas a su favor durante los procesos de licitación (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica; y, asimismo, está dirigida a crear incentivos para que cuando el referido grupo participe en tales procesos, realice su mejor oferta, de modo que se reduzcan los costos de construcción y/o ampliación, y con ello los costos del servicio de electricidad".

3. Luego de dicha decisión y como consecuencia de una solicitud de aclaración por parte de ISA, el 10 de enero de 2007, mediante Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, la Comisión desarrolló el alcance de la condición descrita en el punto (i) precedente señalando que esta debía verificarse en cualquier instancia de decisión al interior del COES.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

4. El 28 de febrero de 2013, ISA presentó un escrito ante la Comisión, mediante el cual solicitó iniciar un procedimiento administrativo dirigido a la eliminación y/o revocación de las condiciones que le habían sido impuestas tanto a ella como a las empresas peruanas concesionarias de actividades de electricidad pertenecientes al Grupo ISA, establecidas mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC y la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC.
5. ISA sustentó su pedido argumentando lo siguiente:
- (i) La vía procedimental aplicable en este caso sería la de una solicitud en interés particular, la cual se encuentra regulada en el artículo 107 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General².
 - (ii) Las dos condiciones impuestas no se sustentan en causas objetivas y razonables, y estarían restringiendo indebidamente los derechos del Grupo ISA en el marco de sus actividades en el mercado de transmisión eléctrica. Ello debido a que las premisas y presunciones adoptadas por la Comisión para justificar su dictado no se habrían presentado en el mercado, ni podrían presentarse debido al marco normativo del sector eléctrico, dictado con posterioridad a la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.
 - (iii) Las condiciones impuestas por la Comisión sobre la autorización de la operación constituyen un "modo" del acto administrativo dentro de las posibles modalidades previstas en el artículo 2 de la Ley 27444³, elemento accesorio al acto administrativo de autorización, materializado en las restricciones establecidas en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.
 - (iv) Al respecto debe considerarse que el artículo 203 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴, permite que, bajo

² LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 107.- Solicitud en interés particular del administrado

Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

³ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 2.- Modalidades del acto administrativo

2.1 Cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto.

2.2 Una modalidad accesorio no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo.

⁴ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 203.- Revocación

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

determinados supuestos, puedan revocarse actos administrativos que establecen gravámenes o cargas sobre los administrados.

- (v) A la fecha, no se presentan ni se presentarán las razones por las cuales se consideró que la concentración podía tener la capacidad de causar efectos perjudiciales a la competencia en el mercado eléctrico peruano, por lo que las condiciones ya no obedecen al fin para el que se adoptaron. Por tanto, debía eliminarse y/o revocarse parcialmente la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, con la finalidad de dejar sin efecto únicamente el contenido modal o carga del acto administrativo de autorización.
6. Asimismo, ISA adjuntó a su pedido una copia de las actas de las asambleas del COES y una copia del listado de las sesiones y los asistentes del Subcomité de Transmisores del COES, solicitando se declare la confidencialidad de dicha información.
 7. Mediante Memorandum 086-2013/ST-CLC-INDECOPI del 15 de abril de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión remitió a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) el pedido formulado por ISA⁵.
 8. El 30 de abril de 2013, ISA solicitó una reunión con la Secretaría Técnica de la Sala a efectos de exponer los alcances de su solicitud.
 9. El 31 de mayo de 2013 se llevó a cabo la reunión de la Secretaría Técnica de la Sala con los representantes de ISA, en la cual la mencionada empresa reiteró los principales argumentos de su solicitud.
 10. Mediante Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI del 14 de noviembre de 2013, se admitió a trámite la solicitud formulada por ISA a efectos de iniciar un procedimiento destinado a la evaluación de la solicitud de revocación de las condiciones impuestas en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC⁶.

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevenientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

203.3 La revocación prevista en este numeral sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.

⁵ Ello toda vez que en sesión del 11 de abril de 2013, la Comisión determinó que en aplicación del artículo 203.3 de la Ley 27444, correspondía a la Sala pronunciarse respecto a la solicitud formulada por ISA.

⁶ Adicionalmente en dicho pronunciamiento la Sala dispuso que "la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia solicite la opinión técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de Energía y Minas, Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones y a la Defensoría del 4/27



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



002242
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

11. Por Carta 122-2013/SDC-INDECOPI del 29 de noviembre de 2013, la Secretaría Técnica Ad Hoc de la Sala requirió a ISA que cumpla con lo siguiente:
- (i) Presentar copia de las actas de las sesiones del Subcomité de Transmisores del COES desde el año 2007 a la fecha.
 - (ii) Presentar un cuadro con los resultados de las licitaciones públicas para la concesión, operación y mantenimiento de líneas de transmisión que se hubieran realizado del año 2007 a la fecha, precisando los siguientes detalles: postes, ofertas y ganadores.
 - (iii) Detallar y explicar los factores o variables sobre la base de los cuales determina las ofertas económicas que presentan en las licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica.
 - (iv) Señalar si como consecuencia de la restricción impuesta mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC, la empresa se ha visto impedida de participar en la segunda convocatoria de una licitación para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica que en primera convocatoria hubiera sido declarada desierta.
12. En la misma fecha y en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, la Secretaría Técnica Ad Hoc de la Sala requirió que, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, la Comisión, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MEM), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN), el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL) y la Defensoría del Pueblo (en adelante, Defensoría) presenten su opinión técnica respecto a la solicitud formulada por ISA.
13. El 16 de diciembre de 2013, ISA atendió el requerimiento de información efectuado mediante Carta 122-2013/SDC-INDECOPI y señaló lo siguiente:
- (i) Para establecer el monto de la oferta económica o para tomar la decisión de presentar una oferta toma en cuenta los riesgos identificados para cada proyecto en particular, considerando factores como: el plazo de construcción, el alcance técnico del proyecto, la existencia de contingencias importantes (relacionadas a aspectos

Pueblo respecto a la solicitud presentada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., a efectos que se eliminen las condiciones impuestas en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC."

5/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

ambientales o de violencia en la zona), el monto de referencia para el proyecto, etc.

- (ii) Desde la imposición de las condiciones por parte de la Comisión a la fecha, solo en una ocasión una licitación fue declarada desierta⁷, lo cual se debió a que ningún postor presentó una oferta. Sin embargo, en dicho caso no se realizó una segunda convocatoria, sino que se integró el proyecto con uno de mayor envergadura, el cual fue adjudicado a una empresa distinta a las pertenecientes al Grupo ISA.
14. El 27 de diciembre de 2013, OSIPTEL brindó su opinión técnica respecto a la solicitud formulada por ISA, señalando para tal efecto lo siguiente:
- (i) De conformidad con el marco legal vigente, el levantamiento de las condiciones impuestas a ISA no tendría a su criterio impacto en sus esfuerzos regulatorios para promover la competencia en el sector de telecomunicaciones.
 - (ii) No obstante lo anterior, si las empresas involucradas en el presente caso realizan alguna práctica que pueda restringir o afectar la competencia en el mercado portador de larga distancia nacional o cualquier otro mercado de servicio público de telecomunicaciones, el OSIPTEL podrá evaluarlas y corregirlas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁸.
15. El 6 de enero de 2014, la Comisión presentó su opinión técnica señalando lo siguiente:
- (i) La primera condición impuesta por la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, debe mantenerse y ser de aplicación en aquellos supuestos en los cuales, ya sea normativamente o por la estructura del COES, ISA pueda ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones. No obstante, si se verifica que ISA no tiene dicha injerencia, la restricción a su derecho al voto al interior del COES no debería resultarles aplicable⁹.

⁷ Correspondiente al proyecto "Línea de Transmisión Carhuaquero – Cajamarca Norte – Cáclic – Moyobamba en 220 kV".

⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**
Artículo 17.- Del OSIPTEL.

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

⁹ En tal sentido, la Comisión señaló lo siguiente respecto a la primera condición:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

- (ii) La segunda condición impuesta mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC también debe mantenerse toda vez que ISA aún posee una participación de mercado importante y tendría incentivos para hacerse del íntegro de los beneficios derivados de la obtención de economías de escala en la actividad de transmisión, lo que podría afectar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de redes eléctricas, y reduciría los potenciales beneficios que los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica podrían obtener de las ampliaciones y/o construcción de los sistemas de transmisión¹⁰.
16. El 7 de enero de 2014, ISA complementó su respuesta al requerimiento de información efectuado mediante Carta 122-2013/SDC-INDECOPI¹¹ y señaló que una circunstancia sobreviniente que justificaría la revocación o modificación de las condiciones que le fueron impuestas por la Comisión serían los cambios normativos aplicables a las licitaciones de infraestructura de transmisión eléctrica. Al respecto, ISA señaló lo siguiente:
- (i) El 20 de enero de 2007 se emitió la Ley 28958 que modificó el artículo 22 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica¹², permitiéndose así que las licitaciones de transmisión fueran realizadas no solo por el MEM, sino también por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante,

"Con relación a la primera condición impuesta por la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, debe mantenerse y ser de aplicación en aquellos supuestos en los cuales, ya sea de acuerdo con lo establecido normativamente o por la estructura del COES, ISA pueda ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones. Asimismo, se debe precisar que si bien el mecanismo analizado fue el de votación, no se reemplaza ni elimina el objeto final de la restricción que es evitar que las decisiones al interior del COES respondan al interés particular de ISA; por lo cual, se deberá entender que la limitación es válida en aquellos supuestos en los cuales un mecanismo determinado de toma de decisiones dentro del COES permita el ejercicio de una injerencia preponderante por parte de ISA. Por esta misma razón, si finalmente se verifica que ISA no tiene dicha injerencia (por ejemplo, en el Subcomité de Transmisión) la condición no le resulta aplicable".

¹⁰ En tal sentido, la Comisión señaló que los beneficios se trasladarían a los consumidores en la medida en que la compensación a las transmisoras se reduzca, lo cual a su vez depende de la oferta económica planteada por estas empresas en las licitaciones.

¹¹ En tal sentido, ISA presentó copia de las actas de sesiones del Subcomité de Transmisores del COES que fueran requeridas mediante Carta 122-2013/SDC-INDECOPI.

¹² LEY 28958. LEY QUE SUSTITUYE EL LITERAL B) DEL PÁRRAFO 22.2 DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 28832, LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA.

Artículo Único.- Objeto de la Ley

Sustitúyase el literal b) del párrafo 22.2 del artículo 22 de la Ley N° 28832, por el siguiente texto:

"Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión

(...)

22.2 Para las instalaciones comprendidas en el Sistema Garantizado de Transmisión se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

b) El Ministerio podrá conducir directamente o encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. Si son encargados, estos procesos de licitación se realizarán al amparo de las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para estos efectos. En el caso de instalaciones de Refuerzo, el titular de la concesión de transmisión tendrá la preferencia para ejecutarlas directamente. De no ejercer dicha preferencia, el proyecto de la instalación de Refuerzo se incluirá en los procesos de licitación."

7/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

PROINVERSION), utilizando en este caso las normas propias de dicha entidad.

- (ii) Las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSION para realizar las licitaciones de transmisión se encuentran contenidas en el Decreto Supremo 059-96-PCM, 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, así como su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 060-96-PCM.
- (iii) Dichas normas establecen un diseño de adjudicación a la mejor oferta presentada en sobre cerrado, evitando así la posibilidad de que un postor conozca las ofertas de los demás competidores, con lo cual no se permitiría el comportamiento oportunista que consideró posible la Comisión al imponer las condiciones cuestionadas¹³.
- (iv) Asimismo, todas las licitaciones de infraestructura de transmisión eléctrica (celebradas por PROINVERSION o por el MEM) que se han realizado con posterioridad a la imposición de las condiciones de la Comisión han utilizado el diseño antes mencionado.
- (v) Como consecuencia de dicho cambio normativo, ni los postores en general ni el Grupo ISA en particular, pueden conocer o determinar cuál sería el postor más competitivo ni los valores que ofertarán como costo total de transmisión o como plazo de puesta en operación comercial.
- (vi) Por ello, en cada licitación de infraestructura de transmisión eléctrica, los postores deben hacer sus evaluaciones independientemente y así presentar su mejor oferta, sin que exista razón alguna para asumir que el Grupo ISA pueda estar en mejor condición para predecir la agresividad, el comportamiento y la oferta de cualquier postor, y menos aún la del postor más competitivo, en tanto que la valoración de cada postor respecto de la concesión es distinta.

13

DECRETO SUPREMO 060-96-PCM. REGLAMENTO DEL TEXTO UNICO ORDENADO DE LAS NORMAS CON RANGO DE LEY QUE REGULAN ENTREGA EN CONCESIÓN AL SECTOR PRIVADO DE LAS OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS.

Artículo 18.- Las propuestas se presentarán a la mano y en sobre cerrado.

A la hora indicada en la convocatoria se iniciará el Acto. Sin embargo, en las bases podrá señalarse un plazo de tolerancia, el que en ningún caso podrá exceder de media hora. A partir de ese momento no se recibirá propuesta alguna.

(...)

Artículo 22.- La concesión se otorgará al titular de la propuesta más conveniente, por acuerdo del Comité Especial que será comunicado a los postores en la fecha establecida en las bases. Acto que contará con la presencia de un Notario Público.

El Comité Especial podrá desestimar todas las propuestas presentadas cuando no resultaran convenientes, sin obligación de pago de indemnización alguna en favor de los postores.

8/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

17. El 9 de enero de 2014, OSINERGMIN presentó su opinión técnica señalando lo siguiente:
- (i) El levantamiento de la primera condición impuesta a ISA mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC no tendría efectos directos en las futuras inversiones, en las condiciones de oferta y demanda ni en las tarifas eléctricas dado el marco regulatorio vigente. Sin perjuicio de ello, de levantarse la primera condición se afectaría la composición de los votos en el COES.
 - (ii) El levantamiento de la segunda condición podría tener efectos en las licitaciones de construcción y ampliación del sistema de transmisión, en especial considerando la elevada concentración en el resultado de las licitaciones realizadas por PROINVERSION y el MEM desde el 2009 a julio de 2013, en las cuales ISA y el Grupo Abengoa se adjudicaron más del 70% del total.
 - (iii) Tomando en cuenta ello, el levantamiento de la segunda condición permitiría a ISA adoptar acciones estratégicas con el objetivo de incrementar el precio de adjudicación, generando inclusive escenarios de concertación con otras empresas.
18. El 24 de enero de 2014 se realizó una reunión entre la Secretaría Técnica Ad Hoc de la Sala y los representantes de ISA, en la cual la mencionada empresa expuso los principales fundamentos de su solicitud.
19. El 4 de febrero de 2014, la Secretaría Técnica Ad Hoc presentó su Informe Técnico recomendando a la Sala ampliar su plazo para pronunciarse sobre la solicitud por treinta (30) días de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 del Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico¹⁴.
20. El 10 de febrero de 2014, el MTC remitió su opinión técnica señalando que, a su criterio, la revocación de las condiciones impuestas a ISA mediante Resoluciones 081-2006-INCOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC no generarían efectos perjudiciales o beneficiosos en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones.

14

DECRETO SUPREMO 017-98-ITINCI. REGLAMENTO DE LA LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLOGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO

Artículo 24.- Decisión de la Comisión. Antes del vencimiento del plazo de treinta (30) días establecido en el Artículo 18 del presente Reglamento, la Comisión podrá adoptar, alternativamente, cualquiera de las siguientes decisiones:

- a) declarar improcedente la solicitud de autorización presentada por no encontrarse la operación notificada dentro del ámbito de aplicación de la Ley;
- b) autorizar la Operación de Concentración, en los casos en que compruebe que la operación notificada, pese a encontrarse en el ámbito de aplicación de la Ley, no plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado; o
- c) ampliar el plazo para la decisión de la Comisión hasta por treinta (30) días, en los casos en que sea necesario profundizar el análisis a efectos de determinar la compatibilidad de la operación con el mercado.

9/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

003248
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

21. El 17 de febrero de 2014, la Defensoría remitió su opinión técnica señalando que, dada la elevada participación de ISA en el mercado de transmisión eléctrica, resultaba necesario mantener vigentes las condiciones impuestas a dicha empresa mediante Resoluciones 081-2006-INCOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC.

III ANÁLISIS

III.1 El sector eléctrico peruano

III.1.1 Principales características

22. A inicio de los años noventa, el sector eléctrico peruano se encontraba integrado verticalmente y se trataba de una actividad económica realizada netamente por el Estado. Posteriormente, tanto el Decreto Legislativo 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, como su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 009-93-EM representaron el marco normativo para una desintegración horizontal y vertical del sector eléctrico dividiéndolo en las siguientes etapas: generación, transmisión y distribución¹⁵. Del mismo modo, se inició un proceso de concesiones que dio lugar a que en la actualidad la propiedad de las empresas eléctricas sea mixta, es decir, repartida entre agentes privados y públicos.
23. En relación con las etapas, la de generación consiste en la producción de energía en las denominadas plantas de generación. Dado que estas plantas se encuentran alejadas de los puntos de consumo, existen líneas de transmisión que transportan la energía desde el punto donde se genera su oferta hasta el punto donde esta se demanda, generando así sistemas eléctricos¹⁶. Finalmente, una vez que la energía llega a los puntos de consumo, esta debe ser trasladada a los hogares, tarea de las empresas distribuidoras, quienes se encargan también de la etapa de comercialización.
24. En el caso particular del segmento de transmisión, objeto de evaluación, las líneas de transmisión componen el denominado Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, SEIN) que inicialmente, de acuerdo con la Ley de Concesiones Eléctricas, se componía del Sistema Principal de Transmisión (en adelante, SPT) y del Sistema Secundario de Transmisión (en adelante, SST)¹⁷. El primero es común a todos los generadores y les

¹⁵ Las empresas de distribución realizan también la actividad de comercialización.

¹⁶ DAMMERT, Alfredo, MOLINELLI, Fiorella y CARBAJAL, Max. "Fundamentos Técnicos y Económicos del Sector Eléctrico Peruano". Publicación editada por OSINERGMIN. Lima. 2011. Pgs. 88 y 89.

¹⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.**
Artículo 58.- En cada Sistema Interconectado, el Ministerio de Energía y Minas, a propuesta de la Comisión de Tarifas Eléctricas, definirá el Sistema Principal y los Sistemas Secundarios de Transmisión de acuerdo a las características establecidas en el Reglamento.

10/27



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

002249
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

permite comercializar energía, mientras que el segundo conecta al generador con el SPT o al SPT con los distribuidores.

25. En el año 2006 y desde que se promulgó la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, se añadieron dos nuevos sistemas de transmisión: el Sistema Garantizado de Transmisión (en adelante, SGT) y el Sistema Complementario de Transmisión (en adelante, SCT)¹⁸. Del mismo modo, se estableció que los sistemas anteriores estarían vigentes hasta el término de los contratos de concesión y todos los contratos firmados de ese momento en adelante formarían parte del SGT o SCT¹⁹. En particular, todas aquellas nuevas líneas de transmisión que se incluyeron dentro del Plan de Transmisión²⁰ formarían parte del SGT, mientras que las líneas de transmisión construidas por iniciativa propia o que no formen parte del referido plan pertenecerían al SCT.
26. La participación de las empresas dedicadas a la etapa de transmisión puede medirse a través de la facturación o el número de kilómetros de las líneas de transmisión, tal como se detalla a continuación.

Cuadro N°1
Participación de transmisoras por facturación en 2012

El Sistema Principal permite a los generadores comercializar potencia y energía en cualquier barra de dicho sistema.

Los Sistemas Secundarios permiten a los generadores conectarse al sistema principal o comercializar potencia y energía en cualquier barra de estos sistemas.

¹⁸ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA.**

Artículo 1.- Definiciones

Para efectos de la presente Ley, todas las expresiones que contengan palabras, ya sea en plural o singular, y que empiezan con mayúscula, tienen los significados que se indican a continuación y son aplicables a los artículos del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (LCE):

(...)

29. Sistema Complementario de Transmisión.- Conjunto de activos o instalaciones de transmisión que no conforman el Sistema Garantizado de Transmisión.

30. Sistema Garantizado de Transmisión.- Conjunto de activos o instalaciones de transmisión que se construyen como resultado del Plan de Transmisión. (...)

¹⁹ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA.**

Artículo 20.- Sistema de Transmisión del SEIN

20.1 El Sistema de Transmisión del SEIN está integrado por instalaciones:

- a) Del Sistema Garantizado de Transmisión.
- b) Del Sistema Complementario de Transmisión.
- c) Del Sistema Principal de Transmisión.
- d) Del Sistema Secundario de Transmisión.

20.2 Las instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión y del Sistema Complementario de Transmisión son aquellas cuya puesta en operación comercial se produce en fecha posterior a la promulgación de la presente Ley, conforme se establece en los artículos siguientes.

20.3 Las instalaciones del Sistema Principal de Transmisión y del Sistema Secundario de Transmisión son aquellas instalaciones calificadas como tales al amparo de la LCE y cuya puesta en operación comercial se ha producido antes de la promulgación de la presente Ley.

²⁰ De acuerdo con la Ley 28832, el Plan de Transmisión es un estudio cuya elaboración se encuentra a cargo del COES y que identifica las nuevas instalaciones de transmisión necesarias para la sostenibilidad del sistema, el cual debe elaborarse para un horizonte no mayor a 10 años y debe ser aprobado por el MINEM.

11/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

Empresas	Facturación (Mill. de S/.)	% Fact
ISA	446.9	75.30%
Abengoa	56.1	9.45%
REDESUR	36.2	6.10%
Buena Ventura	6.9	1.16%
Compañía Transmisora Norperuana	2.2	0.37%
Depolti	3.1	0.52%
Empresa de Transmisión Callalli	1.7	0.29%
Empresa de Transmisión de Guadalupe	2.3	0.39%
Etenorte	15.9	2.68%
Aguaytía	22.2	3.74%
Transmisora Andina	0	0.00%
Pomacocha Power	0	0.00%

Fuente: OSINERGMIN
Elaboración: ST-SDC

Cuadro N°2
Participación de transmisoras por kilómetros de líneas de transmisión a noviembre de 2013

Empresas	Km	Participación Km
ISA	9052.9	69.16%
Abengoa	1837.0	14.03%
REDESUR	534.0	4.08%
Buena Ventura	357.4	2.73%
Compañía Transmisora Norperuana	33.9	0.26%
Depolti	152.7	1.17%
Empresa de Transmisión Callalli	146.7	1.12%
Empresa de Transmisión de Guadalupe	32.7	0.25%
Etenorte	349.8	2.67%
Aguaytía	393.1	3.00%
Transmisora Andina	182.1	1.39%
Pomacocha Power	18.0	0.14%

Fuente: OSINERGMIN
Elaboración: ST-SDC

27. De la revisión conjunta de ambos cuadros se observa que existiría una participación mayoritaria de las empresas controladas por el Grupo ISA en el mercado de transmisión, lo cual se evidencia tanto de su nivel de facturación como de la extensión de la infraestructura desplegada.

III.1.2 Principales actores en el mercado eléctrico peruano

12/27



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

28. En relación con los principales actores en el sector eléctrico, se tiene que el COES es una entidad privada sin fines de lucro con personería de derecho público²¹ que se encarga de la operación eficiente del sistema interconectado²² y se encuentra conformada por empresas generadoras, transmisoras, distribuidoras y usuarios libres²³, cuya participación en ciertos casos es voluntaria y en otros es obligatoria.
29. Dentro de sus funciones, se encuentra la administración del mercado de energía de corto plazo y la elaboración del Plan de Transmisión²⁴. Estas labores las realiza bajo la supervisión tanto del MEM como del OSINERGMIN²⁵.

²¹ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA**
Artículo 12.- Naturaleza del COES

12.1 El COES tiene por finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN y administrar el Mercado de Corto Plazo.

12.2 El COES es una entidad privada, sin fines de lucro y con personería de Derecho Público. Está conformado por todos los Agentes del SEIN y sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por los Agentes

²² Ello a efectos de lograr que se produzca exactamente el mismo nivel de energía que se demanda, pues de lo contrario existiría una caída o sobrecarga del sistema.

²³ **DECRETO SUPREMO 027-2008-EM. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA.**

Artículo 3.- Integrantes y Registro

El COES está compuesto por Integrantes Obligatorios e Integrantes Voluntarios. Los Integrantes Registrados son los Integrantes Obligatorios así como los Integrantes Voluntarios que hayan optado por registrarse en el COES.

3.1 Los Integrantes Obligatorios del COES son todos los Agentes del SEIN que cumplen las siguientes condiciones, según corresponda:

- a) Los Generadores cuya potencia instalada sea mayor o igual a 50 MW;
- b) Los Transmisores que operen sistemas de transmisión que pertenezcan al Sistema Garantizado de Transmisión o al Sistema Principal de Transmisión, con un nivel de tensión no menor de 138 kV y cuya longitud total de líneas de transmisión no sea menor de 50 kilómetros, de acuerdo con los derechos otorgados;
- c) Los Distribuidores cuya máxima demanda coincidente anual de sus sistemas de distribución interconectados al SEIN, sea mayor o igual a 50 MW; y,
- d) Los Usuarios Libres cuya máxima demanda contratada en el SEIN sea mayor o igual a 10 MW. (...)

²⁴ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA**

Artículo 1.- Definiciones

Para efectos de la presente Ley, todas las expresiones que contengan palabras, ya sea en plural o singular, y que empiezan con mayúscula, tienen los significados que se indican a continuación y son aplicables a los artículos del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (LCE):

(...)

21. Plan de Transmisión.- Estudio periódico, aprobado por el Ministerio, que identifica, mediante un análisis centralizado, los requerimientos de equipamiento de transmisión necesarios para mantener o mejorar la calidad, fiabilidad, seguridad o economía del sistema para un horizonte no mayor de diez (10) años. Este estudio tiene como producto un plan recomendado de obras de transmisión que considere los diversos escenarios de la expansión de la generación y de crecimiento de la demanda futura, el cronograma de ejecución y la asignación de las compensaciones para su remuneración. (...)

Artículo 13.- Funciones de interés público.

El COES tiene a su cargo las siguientes funciones de interés público:

- a) Elaborar la propuesta del Plan de Transmisión para su aprobación por el Ministerio;
- b) Elaborar los procedimientos en materia de operación del SEIN y administración del Mercado de Corto Plazo, para su aprobación por OSINERG;
- c) Asegurar el acceso oportuno y adecuado de los interesados a la información sobre la operación del SEIN, la planificación del sistema de transmisión y la administración del Mercado de Corto Plazo;
- d) Asegurar condiciones de competencia en el Mercado de Corto Plazo; y,
- e) Procurar las mejoras tecnológicas que aseguren el eficiente cumplimiento de sus funciones.

²⁵ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA**

13/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

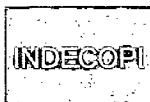
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

30. El MEM es la entidad encargada de la promulgación de normas de carácter general del sector, además del planeamiento y el otorgamiento de concesiones eléctricas, encontrándose en posibilidad de encargar a PROINVERSIÓN los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión²⁶.
31. La convocatoria a licitación pública se realiza para cualquiera de las siguientes actividades: (i) instalaciones del SGT que deben seguir en operación; (ii) construcción, operación y mantenimiento de nuevas instalaciones destinadas a formar parte del SGT; y, (iii) ejecución de refuerzos sobre instalaciones existentes del sistema de transmisión cuyos titulares no hayan ejercido el derecho de preferencia²⁷.
32. Para que una línea de transmisión se licite a través de un concurso, esta debe encontrarse dentro del Plan de Transmisión, plan que debe contar con la opinión favorable del OSINERGMIN y ser posteriormente aprobado por el MEM.

Artículo 21.- Plan de Transmisión

21.1 El desarrollo del Sistema Garantizado de Transmisión se realiza conforme al Plan de Transmisión, el cual se actualizará y publicará cada dos (2) años.

21.2 El Ministerio aprueba el Plan de Transmisión, con la opinión previa de OSINERG. Para la opinión favorable, el OSINERG deberá verificar que el estudio del COES haya cumplido con las políticas y criterios establecidos por el Ministerio. El Plan de Transmisión tiene carácter vinculante para las decisiones de inversión que se adopten durante su vigencia.

21.3 El proceso para la elaboración y aprobación del Plan de Transmisión debe cumplir con las políticas de transparencia de información, audiencias públicas y mecanismos de participación de los Agentes del sistema, organizaciones representativas de usuarios y demás interesados, según lo establece el Reglamento.

26

LEY 28958. LEY QUE SUSTITUYE EL LITERAL B) DEL PÁRRAFO 22.2 DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 28832, LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA.

Artículo Único.- Objeto de la Ley

Sustitúyase el literal b) del párrafo 22.2 del artículo 22 de la Ley N° 28832, por el siguiente texto:

"Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión

(...)

22.2 Para las instalaciones comprendidas en el Sistema Garantizado de Transmisión se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

b) El Ministerio podrá conducir directamente o encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. Si son encargados, estos procesos de licitación se realizarán al amparo de las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para estos efectos. En el caso de instalaciones de Refuerzo, el titular de la concesión de transmisión tendrá la preferencia para ejecutarlas directamente. De no ejercer dicha preferencia, el proyecto de la instalación de Refuerzo se incluirá en los procesos de licitación."

27

DECRETO SUPREMO 027-2007-EM. REGLAMENTO DE TRANSMISIÓN.

Artículo 20.- Proceso de Licitación para Implementar el Plan de Transmisión

20.1 Se convocará a Licitación pública para:

- La construcción, operación y mantenimiento de nuevas instalaciones destinadas a formar parte del Sistema Garantizado de Transmisión;
- Otorgar la concesión de SGT de las instalaciones del Sistema de Transmisión que deben continuar en servicio, de acuerdo a lo señalado en el literal d) del numeral 22.2 del Artículo 22 de la Ley;
- La ejecución de Refuerzos sobre instalaciones existentes del Sistema de Transmisión, cuyos titulares no hayan ejercido el derecho de preferencia.

14/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1693



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

002252
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

33. En tal sentido, mientras que el MEM posee el rol de promover y otorgar en concesión inversiones en el sector eléctrico²⁸, el OSINERGMIN posee un rol de supervisor, fiscalizador y regulador²⁹. Así, entre sus roles se encuentra el de determinar la remuneración a los transmisores en función de lo estipulado en su contrato de concesión, considerando tanto los costos de inversión como los de operación y mantenimiento³⁰.
34. En particular, los ingresos de las empresas transmisoras dependen de sus contratos de concesión. Así, por ejemplo, en el caso de REP, esta empresa recibe una Remuneración Anual Garantizada, a través de la cual se compensa a la empresa tanto por los costos de inversión asociados a la nueva infraestructura construida, así como por los costos de operación y mantenimiento³¹, mientras que en el caso de ISA y CTM su remuneración consiste en el Valor Nuevo de Reemplazo, monto que ofertaron al obtener el

²⁸ **DECRETO LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.**

Artículo 6.- Las concesiones y autorizaciones serán otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas, que establecerá para tal efecto un Registro de Concesiones Eléctricas.

²⁹ **LEY 26734. LEY DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN EN ENERGÍA**

Artículo 5.- Funciones

Son funciones del OSINERG:

(...)

b) Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas y otras establecidas por la ley.

(...)

Artículo 101.- Es materia de fiscalización por parte del OSINERG:

a) El cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios establecidos en la presente Ley, el Reglamento y el respectivo contrato de concesión;

(...)

RESOLUCIÓN 459-2005-OS/CD. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OSINERGMIN

Artículo 31.- De la Gerencia de Fiscalización Eléctrica.

La Gerencia de Fiscalización Eléctrica depende de la Gerencia General. Está encargada de dirigir, coordinar y controlar el proceso de supervisión y fiscalización del funcionamiento de las entidades dedicadas a la generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, así como del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES). También está encargada de efectuar la supervisión de las actividades de Post-Privatización y las concesiones en el Sub-sector Eléctrico, así como el permanente y oportuno cumplimiento de los compromisos de inversión y demás obligaciones contractuales derivadas de los procesos de privatización, efectuados al amparo del Decreto Legislativo N° 674 - Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado.

³⁰ **RESOLUCIÓN 459-2005-OS/CD. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OSINERGMIN**

Artículo 48.- Funciones de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria.

La Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria tiene las siguientes funciones:

(...)

d) Proponer al Consejo Directivo, la aprobación de las tarifas y/o compensaciones, de acuerdo a las normas legales y técnicas aplicables. Entre éstas, tenemos:

- Tarifas en barra en el subsector electricidad.
- Tarifas para los usuarios de servicio público de electricidad
- Tarifas de transporte de hidrocarburos por ductos.
- Tarifas de distribución de gas natural por red de ductos y de distribución de electricidad.
- Tarifas de transmisión del sistema principal y de los sistemas secundarios en el subsector electricidad.

(...)

m) Elaborar los estudios para fijar y actualizar los Valores Nuevos de Reemplazo de las instalaciones de transmisión y distribución.

³¹ Cabe resaltar que este monto es invariable durante todo el periodo de concesión y se actualiza de manera anual por índices inflacionarios.

15/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1696



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

contrato de concesión, ajustado con índices inflacionarios, sumado a los costos de operación y mantenimiento³².

III.2 Las modificaciones producidas en el mercado de transmisión eléctrica invocadas por ISA

III.2.1 La primera condición impuesta a ISA

35. Conforme a lo descrito en los antecedentes de la presente resolución, la primera condición impuesta a ISA mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 fue establecida en los siguientes términos:

"No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

Esta condición resulta idónea, necesaria y proporcional en tanto busca asegurar que la operación del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico, lo que finalmente, redundará en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica".

36. Posteriormente, mediante Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de enero de 2007 se precisó que la condición antes descrita debía verificarse en cualquier instancia de decisión al interior del COES.
37. De la revisión de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC se aprecia que, para la imposición de dicha restricción, la Comisión tomó en cuenta que en ese momento, el Subcomité de Transmisoras del COES estaba compuesto por cinco (5) empresas, de las cuales, luego de producida la operación de concentración, tres (3) estarían controladas por ISA, lo que permitiría que este grupo empresarial pueda tener una injerencia preponderante en las decisiones del mencionado subcomité³³. Por ello, la restricción impuesta

³² De acuerdo con lo estipulado en los contratos de concesión de ISA (ver fojas 260 a 334 del expediente 005-2006/CLC), REP (ver fojas 336 a 420 del expediente 005-2006/CLC) y CTM (ver fojas 471 a 553 del expediente 005-2006/CLC).

³³ Así, en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC la Comisión señaló lo siguiente:

" 58. Sin embargo, con relación a la nueva estructura que adoptará el COES, y considerando lo establecido en el numeral 2 del artículo 16 de la Ley 28832 y lo señalado por el MEM mediante su escrito del 6 de octubre de 2006; actualmente existen cinco empresas que conformarían el Subcomité de Transmisores del COES (REP, CTM, Eteselva S.R.L., ISA Perú y Red Eléctrica del Sur S.A.), de las cuales, de concretarse la operación, ISA ejercería control sobre tres de ellas (REP, CTM e ISA Perú).

59. Este escenario le podría permitir a ISA tener una injerencia preponderante en las decisiones que se adopten en el referido subcomité, y a través de éste, en las decisiones de los órganos de gobierno del COES, y eventualmente en otros escenarios, en donde el futuro reglamento de la Ley 28832 lo permita.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

203255
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

estuvo destinada a evitar que las decisiones que se adopten en el COES "no responda(n) a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico"³⁴.

38. Sobre el particular debe señalarse que conforme fue indicado por OSINERGMIN³⁵ y de acuerdo con la información contenida en la página web del COES, actualmente el número de integrantes del Subcomité de Transmisoras se ha duplicado con relación a la cifra existente al momento de la imposición de las condiciones por parte de la Comisión.
39. En efecto, si bien cuando se produjo la operación de concentración por parte del Grupo ISA dicha empresa controlaba a tres (3) de los cinco (5) integrantes del Subcomité de Transmisores, actualmente dicho subcomité se encuentra conformado por diez (10) empresas, las cuales pertenecen a siete (7) grupos económicos distintos³⁶:

Cuadro N°3
Empresas integrantes del Subcomité de Transmisores del COES

N.	EMPRESA	F. DE INGRESO	GRUPO ECONÓMICO
1	ABENGOA TRANSMISION NORTE S.A.	12-10-2010	ABENGOA
2	ABENGOA TRANSMISION SUR S.A.	29-11-2013	ABENGOA
3	COMPAÑIA TRANSMISORA NORPERUANA S.R.L	19-06-2008	COMPAÑIA TRANSMISORA NORPERUANA S.R.L
4	CONSORCIO ENERGETICO DE HUANCVELICA S.A.	19-06-2008	CONSORCIO ENERGETICO DE HUANCVELICA S.A.
5	CONSORCIO TRANSMANTARO S.A.	10-06-2008	GRUPO ISA
6	RED DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A.	10-06-2008	GRUPO ISA
7	INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA ISA PERÚ S.A.	10-06-2008	GRUPO ISA
8	POMACOCOA POWER S.A.C.	31-10-2013	POMACOCOA POWER S.A.C.
9	ETESSELVA S.R.L.	10-06-2008	ETESSELVA S.R.L.
10	RED ELÉCTRICA DEL SUR S.A.	19-06-2008	RED ELÉCTRICA DEL SUR S.A.

Fuente: COES³⁷

Elaboración: ST-SDC

60. Considerando que la injerencia preponderante en las decisiones en el Subcomité de Transmisión por parte de ISA podría alterar la independencia respecto de intereses particulares en las decisiones al interior del COES, la Secretaría Técnica recomendó a esta Comisión establecer restricciones al accionar del grupo económico conformado por la empresa notificante, a efectos de garantizar la independencia en la toma de decisiones en el COES.

61. A su vez, se señaló que dichas limitaciones deben tener por efecto garantizar que las decisiones en las instancias correspondientes respondan a la mejor alternativa para la operación y/o planificación del COES, y no a intereses particulares de sus integrantes, lo que se lograría a partir de evitar la preeminencia de los intereses de ISA en cualquier nivel de decisión en el COES."

34. Conforme lo señaló la Comisión en el primer resuelve de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.

35. Al respecto, ver página 5 de la opinión técnica remitida por dicho organismo regulador el 9 de enero de 2014.

36. Ver página 5 de la opinión técnica remitida por OSINERGMIN el 9 de enero de 2014.

37. Tomado de: <http://www.coes.org.pe/wcoes/coes/integrantes/listado.aspx> (Consultado el 4 de febrero de 2014).
17/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1698



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



802256
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

40. Por otro lado, otra variación en el mercado de transmisión ocurrida con posterioridad a la emisión de las condiciones cuestionadas por ISA, proviene del desarrollo del marco regulatorio del COES y su organización.
41. Así, debe destacarse lo siguiente:
- (i) El 3 de mayo de 2008, se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo 027-2008-EM, mediante el cual se aprobó el Reglamento del COES.
 - (ii) El 18 de julio de 2008, se aprobó el Estatuto del COES.
 - (iii) El 24 de agosto de 2008, se constituyó el Subcomité de Transmisores y aprobó su Estatuto.
42. Con relación al Decreto Supremo 027-2008-EM debe resaltarse que esta norma, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 28832³⁸, estableció los requisitos necesarios para la convocatoria³⁹, quórum⁴⁰ y demás aspectos relativos a la celebración de las asambleas del COES⁴¹.

38

LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA

Artículo 16.- La Asamblea del COES

16.1 La Asamblea es el órgano supremo del COES. Tiene como funciones las siguientes:

- a) Designar y remover, según corresponda, al Presidente del Directorio y fijar la remuneración del Presidente y de los Directores;
- b) Aprobar el presupuesto anual;
- c) Designar o delegar en el Directorio la designación de los auditores externos;
- d) Pronunciarse sobre la gestión y los resultados económicos del ejercicio anterior, expresados en los estados financieros;
- e) Aprobar y modificar los estatutos del COES.

16.2 La Asamblea está integrada por los Agentes del SEIN, agrupados en cuatro subcomités: uno de Generadores, uno de Distribuidores, uno de Transmisores y uno de Usuarios Libres.

16.3 Los acuerdos de la Asamblea, para cada decisión, se adoptan cuando se alcance en la votación un puntaje superior al 66,7% del puntaje máximo total. El puntaje total a favor de una determinada decisión resulta de sumar el puntaje a favor de todos los subcomités. El puntaje de cada subcomité será igual al cociente del número de sus integrantes que votó a favor de una determinada decisión, entre el número total de los integrantes que lo conforman.

16.4 El Reglamento establece los requisitos de convocatoria, quórum y demás aspectos relativos a la celebración de la Asamblea.

39

DECRETO SUPREMO 027-2008-EM. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA.

Artículo 10.- Convocatoria

10.1 El Presidente del Directorio convoca a la Asamblea cuando lo ordena el Reglamento, lo establece el Estatuto, lo acuerda el Directorio, lo soliciten dos (02) Directores o los representantes de, al menos, dos (02) Subcomités.

10.2 La convocatoria a Asamblea ordinaria se efectúa con una anticipación no menor de diez (10) días a la fecha fijada para su realización, y a Asamblea extraordinaria con una anticipación no menor de tres (03) días. En ambos casos, la convocatoria se efectúa por medio de esquila, o publicación en un diario de circulación nacional, señalando lugar, fecha, hora y agenda de temas a tratar. Si se incluye el lugar, fecha y hora para la segunda convocatoria, ésta podrá realizarse en la misma fecha señalada para la primera, mediando entre ambas un lapso no menor de treinta (30) minutos. El Estatuto puede establecer el uso de medios electrónicos para efectuar la convocatoria, siempre que garanticen la constancia de su recepción.

10.3 En caso no se haya incluido los datos para la segunda convocatoria, ésta será efectuada con los mismos requisitos señalados en el numeral anterior dentro de los siete (07) días siguientes a la fecha de la Asamblea no realizada y con una anticipación no menor de tres (03) a la fecha fijada para su realización, indicando que se trata de segunda convocatoria.

18/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1699



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



002257
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

43. De otro lado, en el Estatuto del COES aprobado el 18 de julio de 2008 se precisaron aspectos internos de la organización del COES como los derechos y obligaciones de los asociados, el voto al interior de la asamblea⁴² y los mecanismos de impugnación de las decisiones adoptadas, entre otros.
44. Finalmente, en el Acta de Constitución del Subcomité de Transmisores, aprobada el 24 de agosto de 2008, se regularon aspectos fundamentales de dicho subcomité como el quórum para la celebración de sesiones así como los mecanismos a utilizar para la adopción de acuerdos.
45. Con relación al quórum, el Acta de Constitución del Subcomité de Transmisores señala que en primera convocatoria se requiere contar con la participación de la mitad del número total de integrantes registrados y en segunda convocatoria el quórum requerido es del 40% de los integrantes registrados⁴³.

⁴⁰ **DECRETO SUPREMO 027-2008-EM. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA.**

Artículo 11.- Quórum

11.1 En caso que el Representante Legal del Integrante Registrado no asista a la Asamblea, deberá designar a un sustituto con una antelación no menor de dos (2) días a la fecha de la realización de la Asamblea. Una misma persona puede tener la representación de más de un Integrante Registrado. Dicha representación se otorga mediante Carta Poder con firma legalizada.

11.2 En la misma fecha señalada en el numeral precedente, la secretaría cierra el registro de representantes de cada subcomité, conforme al numeral 9.3 del artículo 9.

11.3 El quórum para la realización de la Asamblea en primera convocatoria es el setenta y cinco por ciento (75%) de los Integrantes Registrados, y en segunda convocatoria es el sesenta por ciento (60%) de los Integrantes Registrados. En ambos casos, si el número resultante no fuera entero, se considerará el número entero inmediato inferior.

⁴¹ **DECRETO SUPREMO 027-2008-EM. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA.**

Artículo 12.- Adopción de Acuerdos

12.1 Para alcanzar la mayoría requerida por la Ley para la adopción de acuerdos de la Asamblea, se requiere computar la suma ponderada de los puntajes de cada Subcomité, considerando un factor de ponderación de 0,25 para cada uno de los cuatro (04) subcomités. El puntaje de cada Subcomité resulta del cociente del número de integrantes que votó a favor de una determinada propuesta entre el número de Integrantes Registrados de dicho Subcomité.

12.2 La secretaría de la Asamblea, tomando en consideración lo establecido en los numerales 9.2 y 11.1 de los artículos 9 y 11, respectivamente, debe determinar la cantidad total de Integrantes Registrados por cada Subcomité y aquellos presentes en la Asamblea.

12.3 Todos los acuerdos alcanzados en la junta de la Asamblea constan en actas suscritas por el Presidente, el Secretario de la Asamblea y los representantes de cada Subcomité.

⁴² **ESTATUTO DEL COES
ARTÍCULO NOVENO.- VOTO EN LA ASAMBLEA**

Cada Integrante Registrado tiene derecho a un voto que se ejerce en la forma establecida en la Ley, el Reglamento y este Estatuto.

⁴³ **ACTA DE CONSTITUCIÓN DEL SUBCOMITE DE TRANSMISIÓN
QUINTA.- SESIONES Y QUÓRUM**

(...)

5.6 El quórum mínimo para la realización de las sesiones del Subcomité en primera convocatoria será la mitad del número de los miembros. En caso el número de miembros sea impar, el quórum será el número entero inmediato superior al de la mitad de aquel. En segunda convocatoria el quórum será el 40% (cuarenta por ciento) del número de los integrantes registrados del Subcomité. Si el resultado del cálculo del 40% (cuarenta por ciento) del número de los integrantes registrados del Subcomité resulta un número entero con decimales de 0,1 a 0,4, el quórum será el número entero resultante sin considerar los decimales; y si el resultado de ese cálculo resulta un número entero con decimales de 0,5 a 0,9 el quórum será el número entero inmediato superior.

19/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1700



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

002258
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

46. De acuerdo a ello y dada la composición actual del Subcomité de Transmisores se aprecia que para la realización de una sesión, el quórum requerido es de cinco (5) integrantes en primera convocatoria y de cuatro (4) integrantes en segunda convocatoria, motivo por el cual las tres (3) empresas que integran el Grupo ISA no podrían reunir el quórum necesario para la realización de una sesión.
47. Sin perjuicio de ello, se aprecia que en el Acta de Constitución del Subcomité se establecen dos mecanismos de votación. Así, en el primer mecanismo cada integrante del Subcomité tiene derecho a un voto y se utiliza para la adopción de acuerdos referidos a: (i) la participación del Subcomité en la Asamblea; (ii) la designación anual y la remoción del representante titular y suplente del Subcomité ante la Asamblea; y, (iii) la elección del miembro del Directorio del COES que representará al Subcomité.
48. En la segunda modalidad, el voto de cada integrante es determinado según su aporte al presupuesto del COES. No obstante, si el porcentaje acumulado del voto de los miembros del Subcomité que forman parte de un mismo grupo económico les permite determinar conjuntamente el sentido de la votación, su porcentaje acumulado se reducirá hasta el 49% y el 51% restante será distribuido entre los demás miembros del Subcomité⁴⁴.
49. Por tanto, dados los cambios normativos y estructurales en la composición del COES antes descritos, este Colegiado considera pertinente evaluar con mayor profundidad los efectos que tendría el levantamiento de la primera condición impuesta a ISA, en especial al interior del Subcomité de Transmisores.

III.2.2 La segunda condición impuesta a ISA

44

ACTA DE CONSTITUCIÓN DEL SUBCOMITÉ DE TRANSMISIÓN

SEXTA.- APROBACIÓN, OBLIGATORIEDAD Y REGISTRO DE LOS ACUERDOS DEL SUBCOMITÉ

6.1 Para adoptar los acuerdos señalados en los numerales 4.1, 4.2 y 4.3 de la cláusula cuarta del presente contrato, cada miembro tiene derecho a un (01) voto que se ejerce en la forma prevista en el marco legal y en el Estatuto del COES. El acuerdo respectivo se aprueba con el voto favorable de al menos la mitad más uno de los integrantes registrados del Subcomité. En el caso de que el número de integrantes registrados fuera impar, se entenderá el acuerdo válidamente adoptado si lo acuerda al menos el número entero inmediatamente inferior al valor que resulta de calcular la mitad más uno de los integrantes registrados.

6.2 Los otros acuerdos que corresponde adoptar al Subcomité se aprobarán con el voto favorable de más del 50% (cincuenta por ciento) de la votación de los miembros concurrentes a la respectiva sesión, para lo cual el peso del voto de cada miembro será proporcional al porcentaje asignado anualmente por el COES a los miembros del Subcomité para determinar las contribuciones que deben efectuar a dicha entidad como integrantes registrados. Si el peso acumulado del voto de los miembros de Subcomité que forman parte de un mismo grupo económico les permitiera determinar conjuntamente el sentido de la votación en una sesión determinada, el porcentaje acumulado de esos miembros será reducido hasta el 49% (cuarentinueve por ciento) de la votación y el 51% (cincuenta y uno por ciento) restante será distribuido entre los demás miembros del Subcomité en proporción al resultado de dividir su porcentaje asignado por el COES entre la suma de los porcentajes de todos ellos, debiendo considerarse para la aprobación de los acuerdos el peso del voto de los otros miembros presentes en la respectiva sesión que se les haya asignado conforme al criterio anterior.

20/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1701



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



002250
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

50. La segunda condición impuesta a ISA mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 fue establecida en los siguientes términos:

"De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas".

51. De la revisión de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC se aprecia que la condición antes descrita fue impuesta con el objetivo de evitar que las empresas pertenecientes al Grupo ISA adopten conductas estratégicas a su favor en los procesos de licitación de infraestructura de transmisión eléctrica, buscando además incentivar a dicho grupo empresarial a participar en los procesos de licitación presentando su mejor oferta, de modo que se reduzcan los costos de construcción y/o ampliación, y con ello los costos del servicio de electricidad⁴⁵.
52. En particular, la Comisión consideró que dado el alto nivel de participación del Grupo ISA en el mercado de transmisión eléctrica y, por ende, sus economías de escala, otros postores de menor envergadura se verían desincentivados a participar.
53. A criterio de la Comisión, dicha situación podría llevar a que el Grupo ISA realice ofertas con mayor valor de reposición de las que se encontraría en capacidad de ofrecer por sus economías de escala, haciendo de esta forma que los precios finales de la energía se incrementen. Así, estimó que su

45

Así, en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC la Comisión señaló lo siguiente:

"81. El incremento de participación de ISA y la obtención de economías a escala en transmisión, disminuye la posibilidad de realizar ofertas ganadoras por parte de los potenciales entrantes, lo que reduce la competencia real por obtener el mercado (entendido como la construcción y/o ampliación de líneas de transmisión).

82. En este escenario, ISA tendría los incentivos suficientes para acercarse por debajo (con un menor monto) a la oferta de la empresa más competitiva, que al carecer de la economía de escala de las que goza ISA en transmisión (las mismas que se incrementarían de aprobarse el acto de concentración notificado), ofrecería montos superiores de inversión a los que ISA podría ofrecer, con lo que el nuevo entrante perdería la licitación.

La diferencia entre el monto de inversión que ISA ofrecería y el monto más bajo que podría ofrecer sin considerar las ventajas que ostentaría frente a sus potenciales competidores en la construcción y/o ampliación de redes eléctricas, tendría que ser pagada por los usuarios de la línea de transmisión y finalmente por los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica. En efecto, el precio de la energía eléctrica contempla el pago de un peaje por transmisión, el mismo que está en directa relación con el monto de inversión necesario para la instalación de la línea de transmisión.

(...)

86. Así, con la finalidad de incentivar que, en la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, ISA oferte el menor monto posible, se propone establecer que, de ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.

87. Dicha medida intenta prevenir que ISA, utilizando su situación de privilegio, realice acciones destinadas a bloquear en una primera instancia la competencia por el mercado, para que en una segunda oportunidad, con una competencia reducida, oferte montos de inversión más elevados de los que pudo ofrecer en la primera oportunidad (incrementando con ello, los costos de la nueva infraestructura)."

21/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1702



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

003260
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

posición en el mercado de transmisión afectaría la competencia por el mercado en la licitación de nuevas líneas de transmisión.

54. En este punto debe tenerse presente que el 20 de enero de 2007 se modificó el artículo 22 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, disponiéndose así que las licitaciones de transmisión fueran realizadas no solo por el MEM, sino también por PROINVERSIÓN, utilizando en este caso las normas propias de dicha entidad, conforme se aprecia a continuación⁴⁶:

"Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión

(...)

22.2 Para las instalaciones comprendidas en el Sistema Garantizado de Transmisión se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

b) El Ministerio podrá conducir directamente o encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. Si son encargados, estos procesos de licitación se realizarán al amparo de las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para estos efectos."

55. Al respecto, debe señalarse que las licitaciones celebradas por PROINVERSIÓN son realizadas al amparo del Decreto Supremo 059-96-PCM, 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, así como su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 06-96-PCM.
56. En relación con el procedimiento para el otorgamiento de concesiones, el artículo 18 del Decreto Supremo 060-96-PCM⁴⁷ prevé que las propuestas de los postulantes sean remitidas en sobre cerrado, lo cual evitaría el riesgo de que los competidores puedan conocer las ofertas de los otros agentes económicos interesados sino hasta la apertura de los sobres.

⁴⁶ En similar sentido, el artículo 20 del Decreto Supremo 027-2007-EM, Reglamento de Transmisión, establece lo siguiente:

Artículo 20.- Proceso de Licitación para Implementar el Plan de Transmisión

(...)

20.2 El Ministerio tendrá a su cargo la convocatoria, difusión y conducción del proceso de Licitación, adjudicación y firma del Contrato de Concesión de SGT. El Ministerio, mediante Resolución Ministerial, podrá encargar a ProInversión la conducción del proceso de licitación hasta la adjudicación de la buena pro, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso b) del numeral 22.2. del Artículo 22 de la Ley.

⁴⁷ **DECRETO SUPREMO 060-96-PCM. REGLAMENTO 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.**

Artículo 18.- Las propuestas se presentarán a la mano y en sobre cerrado.

A la hora indicada en la convocatoria se iniciará el Acto. Sin embargo, en las bases podrá señalarse un plazo de tolerancia, el que en ningún caso podrá exceder de media hora. A partir de ese momento no se recibirá propuesta alguna.

22/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



002261
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

57. A partir de ello, ISA ha señalado que no se encuentra en capacidad de conocer las ofertas de sus rivales puesto que las propuestas de los postores se presentan en sobre cerrado, resaltando además que dicho diseño de licitación ha sido aplicado en las licitaciones celebradas por el MEM.
58. Por otro lado, debe indicarse que en la fecha en que se impuso la referida condición, aún no se realizaban licitaciones, puesto que la primera tuvo lugar en el año 2008. Los resultados de estos procesos se detallan en el cuadro a continuación:

Cuadro N° 4
Detalle de licitaciones adjudicadas 2008-2013

(VER CUADRO N°4 EN LA PÁGINA SIGUIENTE)

**PERÚ****Presidencia
del Consejo de Ministros****INDECOPI****TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**
*Sala Especializada en Defensa de la Competencia***RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI****EXPEDIENTE 005-2006/CLC**

Año	Proyecto	Longitud (km)	Competidores	Costo de Servicio Total (US\$)
2008	L.T. Carhuamayo - Paragsha - Conococha - Huallanca - Cajamarca y Cerro Corona - Carhuaquero 220 kV	695.6	Abengoa (Abengoa Transmisión Norte) Isonor Transmisora S.A.C. Terna Participacoes S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Consorcio Transmisión del Norte	17,971,691 20,739,278 21,660,135 23,075,306 33,883,670
2008	L.T. Mantaro - Caraveli - Montalvo 500 kV y Machu Picchu - Cotaruse 220 kV	965.8	Isonor Transmisora S.A.C. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Terna Participacoes S.A.	29,487,993 29,894,418 35,999,449 43,163,000
2008	Chilca - La Planicie - Zapallal 500kV y 220kV	190	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Isonor Transmisora S.A.C.	9,994,834 11,995,000 13,777,000
2009	L.T. Zapallal - Trujillo 500 kV	543	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Transcobel Isolux Kepco	25,819,063 32,449,168 32,748,413 N.P. N.P.
2010	L.T. Chilca - Marcona - Montalvo 500 kV	900.5	ASA (Abengoa Transmisión Sur) Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Transcobel Kepco Alupar	48,195,000 53,179,562 N.P. N.P. N.P.
2010	L.T. Talara - Piura 220 kV	103.2	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. ASA Iberoamérica Electrobras SNC - Lavalin Ingenieros S.A.	2,276,579 N.P. N.P. N.P. N.P.
2010	L.T. Tintaya - Socabaya 220 kV	207.5	Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA ASA Iberoamérica Electrobras SNC - Lavalin Ingenieros S.A.	6,694,011 8,365,298 11,495,000 N.P. N.P.
2010	L.T. Machu Picchu - Abancay - Cotaruse 220 kV	204	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Alupar Abengoa Isonor Transmisora S.A.C. Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A.	9,754,533 12,694,988 14,084,999 N.P. N.P.
2011	L.T. Trujillo - Chiclayo 500 KV	304.3	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Alupar Inversión	15,757,119 18,231,209 N.P.
2011	L.T. Cajamarca Norte - Cádlic - Moyobamba en 220 Kv	303.5	Alupar Inversión Abengoa Perú Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Cobra Instalaciones y Servicios S.A.	N.P. N.P. N.P. N.P. N.P.
2012	L.T. Carhuaquero - Cajamarca Norte - Cádlic - Moyobamba en 220 Kv	401.5	Cobra Instalaciones y Servicios S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Perú Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	16,161,464 18,842,514 22,870,000 N.P.
2013	L.T. Machupicchu - Quencoro - Onocora - Tintaya y Subestaciones Asociadas 220 kV	153	Abengoa Perú Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. Cobra Instalaciones y Servicios S.A. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	16,684,999 16,968,068 19,307,625 N.P. N.P.
2013	L.T. Mantaro - Marcona - Socabaya - Montalvo 500 kV	900	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA ASA Iberoamérica S.A. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U. Consorcio REN - Mota Engil - E.I.P. S.A. Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. Isolux Energía e Participacoes S.A.	41,516,466 45,990,000 N.P. 58,600,600 N.P. N.P.

Fuente: Proinversión
Elaboración: ST-SDC

24/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1705



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

002263
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

59. Considerando lo expuesto, resulta pertinente profundizar en la evaluación del impacto que tendría el levantamiento de la segunda condición impuesta al Grupo ISA, tomando en cuenta para ello que se habría producido un cambio normativo en el diseño de las licitaciones para la construcción de infraestructura de transmisión eléctrica. Ello, a efectos de determinar si a la fecha resulta pertinente mantener la restricción impuesta al Grupo ISA.

III.3 Las actuaciones procedimentales realizadas en el presente expediente

60. Conforme a lo dispuesto en la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Sala requirió que, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles⁴⁸, las entidades que participaron en la evaluación de la operación de concentración empresarial solicitada por ISA, es decir, la Comisión, el MEM, el MTC, el OSINERGMIN, el OSIPTEL y la Defensoría, presenten su opinión técnica respecto al pedido formulado por dicha empresa referido al levantamiento de las condiciones que le fueran impuestas mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC.
61. Dicha opinión técnica reviste una especial importancia pues permite que cada una de las entidades antes mencionadas, desde la perspectiva de sus competencias, pueda manifestarse respecto a los posibles efectos que tendría un eventual levantamiento y/o modificación de las condiciones impuestas al Grupo ISA.
62. Debe señalarse que a la fecha de emisión de la presente resolución, el OSIPTEL, el MTC, la Comisión, el OSINERGMIN y la Defensoría han cumplido con presentar su opinión técnica.
63. Asimismo, de la revisión de las opiniones técnicas antes mencionadas esta Sala considera pertinente solicitar al OSINERGMIN que precise su apreciación en lo referido a los efectos que tendría en el mercado eléctrico peruano el levantamiento de la primera condición impuesta a ISA.
64. Ello toda vez que si bien inicialmente el mencionado organismo regulador señaló que *"el levantamiento de la Primera Condición no tendría efectos directos en las futuras inversiones, en las condiciones de la oferta y demanda, ni en las tarifas eléctricas dado el marco regulatorio vigente"*,

48

DECRETO SUPREMO 017-98-ITINCI. REGLAMENTO DE LA LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTILIGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO

Artículo 35.-Solicitud de información a terceros. La Comisión, la Sala o la Secretaría podrán solicitar a la Comisión de Tarifas Eléctricas, al Ministerio de Energía y Minas, al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG y/o a cualquier otro organismo público, un informe sobre los aspectos técnicos de los servicios y/o productos vinculados a la Operación de Concentración notificada así como a los mercados respectivos, objeto de evaluación y autorización según el presente Reglamento. En dicho caso, los organismos mencionados deberán presentar el informe requerido en un plazo no mayor de quince (15) días desde la fecha en que fue solicitado, sin que el mismo tenga carácter vinculante para la Comisión o la Sala.

25/27

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 | Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe | Web: www.indecopi.gob.pe

1706



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

posteriormente indica que la eliminación de dicha condición "afectaría la composición de los votos en el COES".

65. En tal sentido, resulta necesario que el OSINERGMIN precise si, a su criterio, esa afectación en la composición de los votos al interior del COES resultaría lesiva o no para el mercado eléctrico peruano, debiendo para ello fundamentar su respuesta en el sentido que estime pertinente.
66. Por otro lado, pese a que se ha excedido el plazo legal concedido al MEM para que presente su opinión técnica⁴⁹, a la fecha dicha entidad no ha cumplido con ello, motivo por el cual esta Sala considera pertinente reiterar al mencionado ministerio el pedido de opinión técnica.
67. Sobre el particular debe resaltarse que el MEM es la entidad que posee entre sus funciones la de aprobar el Plan de Transmisión elaborado por el Subcomité de Transmisores del COES (asociado con la primera condición) y el diseño y convocatoria de licitaciones de líneas de transmisión (segunda condición).
68. Considerando lo expuesto, esta Sala considera necesario profundizar en la evaluación de los posibles efectos del levantamiento de las condiciones impuestas a ISA, debiendo para ello disponer que la Secretaría Técnica de la Sala reitere el requerimiento de opinión técnica formulado al MEM con relación a la solicitud formulada por ISA.
69. En atención ello, esta colegiado considera pertinente ampliar el plazo para emitir su decisión por treinta (30) días de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 del Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico⁵⁰.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

AMPLIAR en treinta (30) días hábiles el plazo de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia para emitir su pronunciamiento respecto a la solicitud de revocación de las condiciones impuestas a Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.

⁴⁹ El requerimiento de la Secretaría Técnica de la Sala fue notificado a dichas entidades el 3 de diciembre de 2013, motivo por el cual el plazo legal de quince (15) días venció el 24 de diciembre de 2013.

⁵⁰ DECRETO SUPREMO 017-98-ITINCI. REGLAMENTO DE LA LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLOGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO

Artículo 24.- Decisión de la Comisión. Antes del vencimiento del plazo de treinta (30) días establecido en el Artículo 18 del presente Reglamento, la Comisión podrá adoptar, alternativamente, cualquiera de las siguientes decisiones:

- a) declarar improcedente la solicitud de autorización presentada por no encontrarse la operación notificada dentro del ámbito de aplicación de la Ley;
- b) autorizar la Operación de Concentración, en los casos en que compruebe que la operación notificada, pese a encontrarse en el ámbito de aplicación de la Ley, no plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado; o
- c) ampliar el plazo para la decisión de la Comisión hasta por treinta (30) días, en los casos en que sea necesario profundizar el análisis a efectos de determinar la compatibilidad de la operación con el mercado.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



002265
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0240-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 y 10 de enero de 2007, respectivamente, para aprobar la operación de concentración derivada de la adquisición de control de la empresa Consorcio Transmantaro S.A.

Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, José Luis Bonifaz Fernández, Sergio Alejandro León Martínez y Julio Carlos Lozano Hernández.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidente



ANEXO 15



INFORME LEGAL N° 002-2014-EM-DGE

Asunto: Procedimiento administrativo iniciado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. para la revocación de las condiciones impuestas mediante las Resoluciones N° 081-2006-INDECOPI/CLC y N° 001-2007-INDECOPI/CLC

Ref. : Oficios N° 047-2013/SDC-INDECOPI y N° 0005-2014/SDC-INDECOPI
Registros N° 2347810 y N° 2367454

Fecha : 24/02/2014

1. Con fecha 28 de febrero de 2013, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante, ISA) solicitó ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de Indecopi (en adelante, la Comisión) el inicio de un procedimiento administrativo dirigido a la revocación de las condiciones impuestas mediante las Resoluciones N° 081-2006-INDECOPI/CLC de fecha 16 de noviembre de 2006 y N° 001-2007-INDECOPI/CLC de fecha 10 de enero de 2007, en el marco de la aprobación de la operación de concentración derivada de la adquisición de control de la empresa Consorcio Transmantaro S.A.
2. Con la mencionada adquisición del Consorcio Transmantaro S.A., el grupo ISA obtuvo tres (03) de un total de cinco (05) empresas transmisoras en el mercado. En ese contexto, a fin de evitar ventajas derivadas de una posición de dominio, la Comisión emitió las Resoluciones señaladas en el párrafo que antecede, imponiendo las siguientes condiciones a ISA:
 - 2.1. Primera Condición: No ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema – COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por ISA podrán utilizar de forma conjunta un único voto, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.
 - 2.2. Segunda Condición: De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas en las ofertas técnicas y/o económicas.

DE LA PRIMERA CONDICIÓN

3. Con fecha posterior a la emisión de las Resoluciones de la Comisión, se amplió el marco normativo relacionado al COES, por medio del desarrollo del Reglamento del COES mediante Decreto Supremo N° 027-2008-EM publicado el 30 de mayo de 2008, además el COES aprobó y modificó su Estatuto a través de los acuerdos de Asambleas de fechas 18 de julio de 2008 y 27 de noviembre de 2009, respectivamente. Asimismo, el Subcomité de Transmisión del COES se constituyó y aprobó su Estatuto con fecha 24 de agosto de 2009.



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS

4. Los órganos de gobierno del COES son la Asamblea, el Directorio y la Dirección Ejecutiva, formada por la Dirección de Operaciones y por la Dirección de Planificación de Transmisión.
5. Las empresas del grupo ISA forman parte del Subcomité de Transmisores del COES. Dicho Subcomité, junto a los Subcomités de Generadores, Distribuidores y Usuarios Libres, conforman la Asamblea del COES, cuyos acuerdos resultan de la suma del puntaje a favor que corresponde a cada Subcomité; y a su vez, el puntaje de cada Subcomité será igual al cociente del número de sus integrantes que votó a favor de una determinada decisión, entre el número total de los integrantes que lo conforman, según lo establecido por el artículo 16 de la Ley N° 28832, Ley Para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 027-2008-EM, Reglamento del COES.
6. Según la pág. web del COES¹, el Subcomité de Transmisores está compuesto actualmente por diez (10) integrantes, entre los cuales figura el grupo ISA con tres (03) empresas. Conforme a la cláusula quinta del Estatuto de Constitución del Subcomité de Transmisores del COES, para la instalación de una sesión se requiere como mínimo 4 miembros, y e²l mínimo para la adopción de acuerdos es de 6 votos, para los siguientes asuntos:
 - La participación del Subcomité en la Asamblea.
 - La designación del representante titular.
 - La elección del Director representante del Comité.
7. No obstante, para el resto de acuerdos diferentes a los señalados en el párrafo que antecede, se requiere del voto favorable de más del 50% de la votación de los miembros concurrentes a la respectiva sesión, para lo cual el peso del voto de cada miembro será proporcional al porcentaje asignado anualmente por el COES a los miembros del Subcomité para determinar las contribuciones que deben efectuar a dicha entidad como integrantes registrados.
8. En tal sentido, el Estatuto de Constitución del Subcomité de Transmisión ha definido que si el peso acumulado del voto de los miembros del Subcomité que forman parte de un mismo grupo económico les permitiera determinar conjuntamente el sentido de la votación en una sesión, el porcentaje acumulado de esos miembros será reducido hasta el 49% de la votación y el 51% restante será distribuido entre los demás miembros del Subcomité en proporción al resultado de dividir su porcentaje asignado por el COES; debiendo considerarse para la aprobación de los acuerdos el peso del voto de los otros miembros presentes en la respectiva sesión que se les haya asignado conforme al criterio anterior.
9. En ese aspecto, de acuerdo a la pág. web de OSINERGMI³, la participación de las empresas transmisoras en el mercado del Sistema Interconectado Nacional al año 2012, está compuesta por trece (13) empresas, entre ellas, Red de Energía del Perú (REP), Consorcio Transmantaro S.A. e Interconexión Eléctrica ISA Perú

¹ Véase: <http://www.coes.org.pe/wcoes/coes/integrantes/listado.aspx>

²

³ Véase: http://www.osinergmin.gob.pe/newweb/pages/GFE/transmisoras_SINAC_2012.htm



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS

002273

S.A. pertenecientes a ISA, cuya participación conjunta de acuerdo a sus facturaciones suman un total de 75.26%.

10. Importa mencionar la Comisión consideró reglar la participación de las empresas del grupo ISA, para la toma de acuerdos en cualquier instancia de decisión al interior del COES, debido que en ese momento existían 5 empresas transmisoras de las cuales 3 pertenecerían al grupo ISA. Sin embargo, actualmente los integrantes del Subcomité de Transmisores está constituido por 10 empresas. Asimismo, también con posterioridad al año 2006 se amplió el marco normativo relacionado al COES, tal como se indica en el numeral 3 del presente Informe, el cual prevé la preponderancia que pueden tener las empresas que pertenecen a un mismo grupo y establece reglas para que la intervención de dichas empresas sea equivalente frente a las demás. Siendo así, de retirarse la primera condición, el grupo ISA no podría influenciar rotundamente las decisiones que se tomen al interior del COES; aunque debe tenerse en cuenta que el grupo ISA sigue representando una amplia mayoría en la participación de las empresas transmisoras en el mercado, de acuerdo al numeral 9 del presente Informe.

DE LA SEGUNDA CONDICIÓN

11. Por otro lado, la segunda condición se otorgó debido al incremento de participación de ISA (con la adquisición de Consorcio Transmantaro S.A.) y la obtención de economía a escala en transmisión, que disminuye la posibilidad de realizar ofertas ganadoras por parte de los potenciales entrantes, lo que reduce la competencia real en el mercado (entendido como la construcción y/o ampliación de líneas de transmisión). En este escenario, ISA tendría los incentivos suficientes para acercarse por debajo (con un menor monto) a la oferta de la empresa más competitiva, que al carecer de la economías de escala de las que goza ISA en transmisión, ofrecería montos superiores de inversión a los que ISA podría ofrecer, con lo que el nuevo entrante perdería la licitación.
12. Cabe señalar que conforme al Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, el sistema de transmisión del SEIN está conformado por el sistema Principal de Transmisión (SPT) y el Sistema Secundario de Transmisión (SST). Pese a ello, para solucionar los problemas de falta de inversiones suscitados en la transmisión como la falta de inversiones y la consecuente congestión de suministro eléctrico en determinadas zonas, con la Ley N° 28832, Ley para asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, se añadieron dos nuevos sistemas de transmisión: el Sistema Garantizado de Transmisión (SGT) y el Sistema Complementario de Transmisión (SCT). Además, se estableció que cualquier instalación que se ponga en operación formará parte de uno de los nuevos sistemas, mientras que los antiguos (SPT y SST) estarán vigentes hasta que sus concesiones lleguen a su término o sean retiradas de operación⁴.
13. Mediante los artículos 20 y 21 de la Ley 28832, el Ministerio de Energía y Minas o Proinversión, bajo la delegación de este último, debe convocar a licitaciones para la concesión de los sistemas de transmisión con el objetivo de cubrir alguna de las actividades relacionadas a: i) otorgar concesión de las instalaciones SGT que

⁴ Véase:

http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/Fundamentos%20Tecnicos%20y%20Economicos%20del%20Sector%20Electrico%20Peruano.pdf (pág. 161)



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS

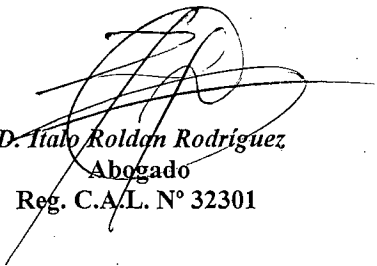
deben continuar en operación, ii) construcción, operación y mantenimiento de nuevas instalaciones destinadas a formar parte del SGT y iii) ejecución de refuerzos sobre instalaciones existentes del sistema de transmisión, cuyos titulares no hayan ejercido el derecho de preferencia.

14. A raíz de ello, ISA señala que al ser las licitaciones para proyectos SGT tan relevantes y atractivas, es evidente tuvieron interés en ganarlas, lo que les llevó a presentar su mejor oferta en la primera convocatoria además de la condición interpuesta por la Comisión. Sin embargo, en varias licitaciones existieron postores que presentaron ofertas bastante menores que las del grupo ISA y se adjudicaron la buena pro. Siendo así, para ISA queda demostrado que se encuentra en las mismas condiciones que otros postores en las licitaciones de transmisión.
15. De tal modo, que si bien en la práctica ISA ha sido superada por otros postores en la primera convocatoria de licitaciones para proyectos SGT, se podría entender que sin la segunda condición interpuesta, el grupo ISA no obtendría una considerable representatividad frente a los demás postores. A pesar de ello, se debe estimar que para el desarrollo de sistemas complementarios y/o secundarios, el grupo ISA sí tiene un posicionamiento relevante por economía de escala, debido a que cuenta aproximadamente con el 65% del tendido de líneas de transmisión.

16. CONCLUSIONES:

16.1 Con relación a la primera condición, debe tenerse presente el vigente marco normativo del COES, siendo que a la fecha el grupo ISA no podría influenciar predominantemente en las decisiones del Subcomité de Transmisión, de La Asamblea ni del Directorio Ejecutivo; no obstante, se debe valorar que el grupo ISA tiene una participación del 75.26% en el mercado de las empresas transmisoras.

16.2 Con relación a la segunda condición, para licitaciones de proyectos SGT el grupo ISA no ejercería una presencia destacada frente al resto de postores; sin embargo, para el desarrollo de sistemas complementarios y/o secundarios, el grupo ISA sí podría tener ventajas por economías de escala, debido a que cuentan aproximadamente con el 65% del tendido de líneas de transmisión, por lo que estimamos que dicha condición debería mantenerse.


D. Italo Roldán Rodríguez
Abogado
Reg. C.A.L. N° 32301

ANEXO 16



Indecopi

SDC

2014 EXP. N° 7: 001840-2013/SDC

Escrito : 06

Sumilla: B. Posición sobre opiniones de las

UNIDAD DE ENTIDADES CONSULTADAS

DOCUMENTARIO

002319

A LA SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL INDECOPI

INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P. (en adelante, ISA), debidamente representada por el señor Vidal Galindo Verástegui, en el procedimiento seguido en virtud de la solicitud de eliminación o revocación de las condiciones impuestas a ISA y a las empresas peruanas concesionarias de actividades de electricidad que se encuentran bajo su control (en adelante, el Grupo ISA), mediante las Resoluciones No. 081-2006-INDECOPI/CLC y No. 001-2007-INDECOPI/CLC, a ustedes atentamente decimos que:

Con fecha 17 de enero del 2014 fuimos notificados con el Proveído No. 1, mediante el cual se puso en nuestro conocimiento las opiniones remitidas a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (en adelante, la Sala) por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, el OSIPTEL), la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, la Comisión) y el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía y Minería (en adelante, el OSINERGMIN). Posteriormente, el 26 de febrero de 2014 fuimos notificados con el Proveído No. 2, mediante el cual se puso en nuestro conocimiento las opiniones remitidas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC) y la Defensoría del Pueblo (en adelante, la Defensoría). Finalmente, 11 de marzo de 2014 fuimos notificados con el Proveído No. 3, mediante el cual se puso en nuestro conocimiento la opinión remitida por el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, el MEM).

Mediante el presente escrito comentamos y nos pronunciamos sobre las opiniones antes señaladas, en particular sobre los argumentos de la Comisión, el OSINERGMIN, la Defensoría y el MEM.

I. PARTICIPACIÓN DEL GRUPO ISA EN LAS LICITACIONES DE TRANSMISIÓN

1. Como se sabe, la condición impuesta por la Comisión de Libre Competencia (en adelante la Comisión) al Grupo ISA en esta materia fue la siguiente:

"De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas."

2. El MTC y OSIPTEL han señalado que la revocatoria de la condición impuesta al Grupo ISA no tiene efectos en el mercado de telecomunicaciones, por lo cual manifestamos nuestro acuerdo con ellas.



3. Según la opinión del MEM la revocatoria de la condición no tendría efectos negativos en las licitaciones de proyectos del Sistema Garantizado de Transmisión, que son competitivas, pero en las licitaciones de proyectos del Sistema Complementario y/o Secundario de Transmisión el Grupo ISA sí debería mantenerse.
 4. La Comisión y la Defensoría han recomendado que la referida condición se mantenga debido a la elevada participación que aún tiene el Grupo ISA en el mercado de transmisión. En particular, la Comisión ha afirmado que el Grupo ISA tiene incentivos para hacerse del íntegro de los beneficios derivados de la concentración y que podría afectar la competencia por el mercado en las licitaciones de transmisión.
 5. Por su parte, OSINERGMIN ha señalado que dada la importante participación del Grupo ISA en el mercado de transmisión, éste podría adoptar acciones estratégicas para incrementar el precio en la segunda convocatoria de las licitaciones y, además, que dada la concentración existente en el resultado las licitaciones adjudicadas, en las que Abengoa y el Grupo ISA han ganado la mayor parte, éste último podría incurrir en prácticas colusorias.
 6. A continuación demostramos que las opiniones que se oponen a la revocatoria de la condición impuesta al Grupo ISA carecen de sustento, para lo cual explicamos primero el contexto y razones que explican que se haya impuesto dicha condición.
- A) La participación del Grupo ISA en el mercado de transmisión o la concentración del mismo no fueron la razón para imponer la condición**
7. La Comisión tenía claro que la transmisión de electricidad es una actividad que se desarrolla bajo monopolio y que en dicho mercado no es posible ni deseable que exista competencia.
 8. En efecto, la transmisión de electricidad es una actividad que presenta notorias características de monopolio natural, por las economías de escala en la producción y por los elevados costos hundidos específicos que se requieren invertir en infraestructura. Estas características hacen que no sea eficiente, económicamente hablando, que exista un segundo operador de una red de transmisión atendiendo la misma zona geográfica¹. Esta situación fue reconocida por la Comisión, que señaló lo siguiente en distintas secciones de la resolución mediante la cual aprobó la concentración del Grupo ISA (en adelante la Resolución)²:

¹ HUNT, Sally. Making Competition Work in Electricity (Estados Unidos, John Wiley & Sons, Inc., 2002), págs. 25 y 37-38. HERNÁNDEZ, Juan Carlos. Regulación y Competencia en el Sector Eléctrico: Evolución, Regulación Actual y Perspectivas de Futuro (Navarra, Thomsom – Aranzadi, 2005), págs. 100-101.

² Resolución No. 081-2006 –INDECOPI /CLC.

18. Cabe precisar que, dadas las características intrínsecas de cada una de las actividades en la industria, no es posible introducir competencia en todas ellas. Así, la transmisión y distribución son entendidas como actividades con características de monopolio natural³, por lo cual será deseable en términos de eficiencia que sólo una empresa preste tales servicios. Caso distinto ocurre con la generación y comercialización, donde la competencia es deseable y posible, aunque respecto de esta última no se ha registrado mayor dinamismo.

002321

69. Una empresa que goza de posición de dominio es aquella que puede fijar sus precios y condiciones de venta sin oposición por parte de sus competidores, clientes, consumidores y/o proveedores.⁴³ En un mercado con características de monopolio natural, al ser económicamente eficiente la existencia de una única empresa para proveer un bien o servicio, y al existir barreras de entrada naturales, la competencia es nula o escasa por lo que se considera que la empresa establecida goza de posición de dominio.

(Los subrayados son nuestros)

El carácter de monopolio de la transmisión también ha sido reconocido por OSINERGMIN, que ha señalado: *"La transmisión de electricidad es una actividad con importantes características de monopolio natural debido a las economías de escala involucradas y la naturaleza hundida de las inversiones requeridas para proveer el servicio"*⁴.

9. Dado que la característica inherente a la transmisión es que sólo una empresa brinde el servicio en condición de monopolio, esta actividad se sujeta a regulación intensiva para evitar que la empresa que tiene el monopolio pueda ejercer su poder en perjuicio de los usuarios y terceros. En la Resolución, la Comisión también reconoció que en estos casos se recurre a la regulación para prevenir los efectos negativos que pudieran darse por la falta de competencia en el mercado:

71. Considerando la ausencia de competencia al interior de mercados donde se prestan servicios con características de monopolio natural (sea por la imposibilidad técnico-económica de su realización o el perjuicio que acarrearía), el marco normativo previene los probables efectos negativos de su ausencia y neutraliza la posibilidad de aprovechamiento de tal característica de mercado por parte de las empresas, estableciendo marcos regulatorios para su accionar a través de la fijación de precios (tarifas), estándares de calidad, entre otros.

10. En el Perú la transmisión se encuentra ampliamente regulada en los distintos aspectos de su prestación⁴. Entre los aspectos relevantes de la transmisión que se encuentran regulados se tienen los siguientes:

- (i) El marco regulatorio del sector establece que las concesionarias de transmisión se encuentran obligadas a dar libre acceso a sus redes, esto es, a permitir en términos transparentes y no discriminatorios que terceros

³ OSINERGMIN (Oficina de Estudios Económicos y Gerencia de Fiscalización Eléctrica). El apagón de Nueva York: algunas implicancias para el caso peruano. Informe Técnico No. 0006-2003 (diciembre 2003), pág. 10.

⁴ Cabe señalar que el marco regulatorio inicial de la transmisión se encuentra en la Ley de Concesiones Eléctricas (LCE), su Reglamento y otras normas adicionales. Posteriormente se introdujeron reformas de segunda generación a partir del año 2006, como se explicará más adelante.

(generadores, distribuidores o grandes usuarios) utilicen sus instalaciones a cambio del pago de una compensación por su uso. Asimismo, también se encuentran obligadas a ampliar la capacidad de sus instalaciones si ello fuera necesario para que dichos terceros puedan hacer uso de las mismas, trasladando los costos de tal ampliación a los interesados⁵.

002322

- (ii) El marco legal que las tarifas y compensaciones por acceso y uso de los sistemas troncales de transmisión están sujetos a regulación de precios por parte del OSINERGMIN⁶. Para tales efectos se calcula el costo total de la transmisión, que incluye el valor de la inversión y de los costos de operación y mantenimiento de las redes, en base a un Sistema Económico Adaptado⁷. Para cuantificar los costos de inversión se utiliza el Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones pagado como una anualidad dentro de un período de vida útil de 30 años⁸. Dicho Valor Nuevo de Reemplazo es calculado y revisado cada cuatro años por el OSINERGMIN, valorizando no la red de transmisión que existe efectivamente sino una red hipotética adaptada a las necesidades actuales de la oferta de generación y la demanda.
- (iii) Las condiciones de calidad y disponibilidad del servicio de transmisión también se encuentran normadas al detalle por regulación específica del sector⁹.

11. En tal sentido, los riesgos que pudieran derivarse de la falta de competencia en el mercado de transmisión peruano han sido controlados a través de la intensa regulación que se aplica en materia de precios, calidad, obligaciones de libre acceso, etc.

12. Al ser una actividad fuertemente regulada, la elevada concentración que naturalmente puede existir en el mercado o el incremento de la misma, como consecuencia, por ejemplo, de una operación de concentración como la que en su momento notificó el Grupo ISA, no fueron un tema que preocupara a la Comisión, pues la regulación permite controlar el comportamiento de las concesionarias de transmisión en el mercado. Esta conclusión es correcta incluso si todas las líneas de transmisión del Perú se encontraran bajo la titularidad y fueran operadas por una sola empresa concesionaria. Así lo expresó meridianamente la Comisión en la Resolución:

⁵ Artículo 33 de la LCE.

⁶ Artículos 43 y 44 de la LCE.

⁷ El Sistema Económico Adaptado implica que los costos de inversión en activos y de operación y mantenimiento de las redes, a ser reconocidos a través la regulación de precios, son aquellos en los que debería incurrir una empresa teórica eficiente de transmisión.

⁸ Artículo 59 de la LCE y artículo 133 del Reglamento de la LCE.

⁹ Decreto Supremo No. 020-97-EM, Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos.

74. En el presente caso, considerando que el servicio de transmisión eléctrica prestado por ISA, a través de las empresas pertenecientes a su grupo económico que operan en el Perú, se encuentra regulado, y que dicha situación no cambiará de concretarse el acto de concentración notificado, pues la prestación del servicio de transmisión eléctrica continuará regulada, no existiría una afectación potencial al interés económico general en la prestación de dicho servicio por parte de un solo grupo económico.

002323

13. Queda claro entonces que la razón por la que la Comisión impuso al Grupo ISA esta condición no fue su elevada participación en el mercado de transmisión ni el nivel de concentración del mismo, así como tampoco una intención de promover la competencia en dicho mercado.

B) La razón para imponer la condición al Grupo ISA fue impulsar la "competencia por el mercado"

14. Más bien, lo que interesaba a la Comisión era que se lograra suficiente "competencia por el mercado" en las licitaciones convocadas para construir y operar nuevas líneas troncales de transmisión, tal como se observa en el siguiente párrafo de la Resolución:

75. Situación distinta ocurre en la construcción y/o ampliación de las líneas de transmisión, donde es posible y deseable la competencia por el mercado, y donde, de concretarse la operación bajo análisis, ISA ampliaría su situación de privilegio para adjudicarse dichas obras, obteniendo una ventaja comparativa respecto de sus potenciales competidores.

15. La "competencia por el mercado" es una herramienta reguladora ideada para crear un espacio de competencia previo al otorgamiento de la concesión de un monopolio natural, a través de un proceso de subasta en el cual los interesados en obtener la titularidad sobre ese monopolio pugnan o compiten para lograr la adjudicación de tal concesión. En otras palabras, dado que el carácter de monopolio natural de una determinada actividad económica impide que haya varios agentes compitiendo en el mercado, se busca que los interesados compitan por hacerse del derecho de explotar en exclusividad esa actividad económica, bajo la calificación de "competencia por el mercado". Esta competencia se plasma en las condiciones que ofrecen los postores en la subasta, por ejemplo el menor precio, de modo que las condiciones ofrecidas por el ganador se convierten en la regulación específica para dicha actividad a través del contrato de concesión, sustituyéndose de este modo la regulación tradicional de tarifas. Así, la competencia por el mercado se convierte en un instrumento regulatorio¹⁰.

¹⁰ Al respecto, Anthony Ogus ha señalado lo siguiente: "Procesos públicos de concesión competitivos. Un método alternativo para regular a los monopolios privados es regular el derecho o proveer mediante un contrato público de concesión, que resulte de un proceso de subasta competitivo para la adquisición de tal derecho. Los términos de la oferta ganadora, particularmente aquellos referidos al precio y a la calidad, se convierten en condiciones de la concesión que, como en cualquier otro contrato, gobiernan el comportamiento permanente del proveedor. Así, la contratación reemplaza a la regulación tradicional como el instrumento legal de control y, a diferencia de la regulación que típicamente implica recurrir a, o amenazar con, un proceso sancionador, depende de la terminación o no-renovación de la concesión como principal mecanismo para sancionar resultados inadecuados. En teoría, la competencia ex ante para adquirir el derecho monopolístico debería forzar a las empresas a proveer sus productos o servicios en términos consistentes con la eficiencia económica y al mismo tiempo evitar las dificultades enfrentadas

De lo anterior se desprende que la competencia por el mercado no tiene relación ni depende de la existencia de competencia en el mercado, pues se recurre a la primera en ausencia de esta última. El que ya existan algunos actores operando monopolios naturales en el mercado, no impide que se produzca una fuerte competencia por el mercado para la adjudicación de otros derechos de explotación de nuevos monopolios naturales. Ello se debe a que la existencia y magnitud de la competencia por el mercado responde, principalmente, a que hayan interesados en participar en las subastas y a que esos interesados se encuentren en capacidad de pugnar en igualdad de condiciones, incluso con los actores que ya pudieran encontrarse operando monopolios naturales en el mercado.

002324

16. Sin perjuicio de lo anterior, puede entenderse que en el contexto del año 2006, en que se impuso la condición en referencia, la Comisión haya tenido cierta duda sobre la magnitud de la competencia por el mercado que podría darse. En efecto, la regulación inicial del sector eléctrico nacida con la Ley de Concesiones Eléctricas (LCE) en el año 1993 establecía distintas medidas para controlar la situación de monopolio natural característica de la transmisión. Una de ellas es el sistema de regulación de precios de la transmisión, que se fijaban considerando un "Sistema Económicamente Adaptado" basado en el "Valor Nuevo de Reemplazo" de las instalaciones, el mismo que es revisado y puede ser recalculado cada cuatro años por OSINERGMIN. Hoy se reconoce por consenso que estas reglas de remuneración de la inversión en transmisión generan excesiva incertidumbre para los inversionistas, inhibiéndolos de participar en este mercado. Como consecuencia de ello, durante varios años la inversión privada en proyectos de transmisión fue muy reducida, obligando al Estado hacerse cargo de ellos. Desde que se promulgó la LCE en el año 1993 hasta el año 1997 las mayores inversiones en transmisión fueron realizadas a través de las empresas estatales ETECEN y ETESUR.
17. Como consecuencia, el Estado promovió la inversión privada a través de la convocatoria a licitaciones para otorgar la concesión de proyectos de transmisión vía contratos BOOT o OOT que contemplaban regímenes garantizados de remuneración para los concesionarios, distintos al régimen de remuneración de la transmisión basado en el Sistema Económico Adaptado y el Valor Nuevo de Reemplazo previstos en la LCE. Producto de estas convocatorias se logró la inversión privada en nuevos sistemas troncales de transmisión y la participación privada en la operación, mantenimiento y ampliación de las redes de transmisión que venía administrando el Estado (mediante ETECEN y ETESUR). El siguiente cuadro muestra los proyectos objeto de estas licitaciones y las empresas que resultaron adjudicatarias de los mismos:

por las agencias regulatorias al fijar precios o apropiados". En: Estructuras e Instituciones Regulatorias. Themis No. 54 (agosto 2007) pág. 280.

002325

Instalaciones	Empresa	Fecha	Valor MMS
Mantaro-Socabaya	Consorcio Transmantaro	Febrero 1998	179,2
Reforzamiento Sur	Redesur	Enero 1999	74,5
Oroya-D.Antamina y Aguaytia- Pucallpa	ISA Perú	Febrero 2001	65,4
Etecen y Etesur	Red de Energía del Perú	Agosto 2002	272,5

18. OSINERGMIN ha señalado que el sistema de regulación de precios de la transmisión contemplado en la LCE era un importante obstáculo, pues creaba "incertidumbre de ingresos" para la inversión en transmisión, lo que había ocasionado que se recurriese a mecanismos de remuneración distintos al previsto en la LCE:

"En el Perú, el marco regulatorio ha enfrentado problemas para atraer inversiones en base a las señales económicas generadas por los mecanismos de fijación de tarifas, de tal forma que las inversiones han sido afrontadas por las entonces empresas estatales Etecen y Etesur, hasta su privatización (...).

(...)

Sin embargo, este problema puede ser agudizado por el uso de ciertos criterios regulatorios como la aplicación del concepto de "sistema económicamente adaptado" y la clasificación periódica de las líneas de transmisión secundaria y primaria, las cuales crean incertidumbre de ingresos en un segmento de la industria caracterizado por significativos costos hundidos. Como resultado el esquema de regulación inhibe las inversiones, las cuales han debido generarse a través de mecanismos fuera del marco regulatorio (contratos BOOT, remuneración anual garantizada)"¹¹.

(Los subrayados son nuestros)

19. En pocas palabras, la regulación inicial de precios de la transmisión no ofrecía la seguridad suficiente para el retorno de la inversión. Esto cambió cuando se optó por ofrecer concesiones de proyectos de transmisión con un régimen de ingresos garantizados, distinto al previsto en la LCE. Sin embargo, luego del año 2002 no se volvió a convocar a nuevas licitaciones de proyectos de transmisión con estas características y nuevamente desapareció la inversión privada en nuevas instalaciones troncales de transmisión.
20. El resultado en los años siguientes fue que la capacidad de las redes de transmisión fue quedando corta para transportar toda la electricidad que se producía en el sistema y que requerían los polos de demanda. Además, se empezaron a producir situaciones de congestión de las redes de transmisión que

¹¹ OSINERGMIN (Oficina de Estudios Económicos). Determinantes de la Inversión en el Sector Eléctrico Peruano. Documento de Trabajo No 3 (Junio 2005), págs. 51-53.

impidieron que la energía producida a costos más eficientes llegue a todas las zonas de demanda del país¹².

002326

21. Lo anterior, unido a otros eventos que llevaron al sector eléctrico peruano a una situación crítica, dieron lugar a que mediante Ley No. 28447 se creara una comisión integrada por representantes del MEM y OSINERGMIN para proponer una reforma de la regulación del sector eléctrico peruano que fomentara la generación eficiente de electricidad. En el año 2006 esta comisión confirmó el diagnóstico de que el problema de la inversión en transmisión era la incertidumbre ocasionada por el régimen regulatorio de remuneración de la inversión, y planteó como solución establecer un sistema planificado de proyectos de inversión en transmisión (Plan de Transmisión) para luego convocar a licitación tales proyectos, estableciendo un sistema de remuneración de la inversión distinto (Base Tarifaria) y que sustituyera al régimen general para dichos proyectos:

“Los estudios realizados por OSINERG sobre el problema de la transmisión han concluido en la necesidad de modificar las reglas para hacer más predecible y estable la remuneración de estos sistemas y de los cargos por su utilización. Desde el punto de vista de la inversión, las reglas existentes de la LCE no garantizan la recuperación de la inversión dado que el sistema económicamente adaptado debe ser revisado cada cierto tiempo. En un sistema en el que, periódicamente, es puesto en tela de juicio si una determinada inversión debió haberse efectuado o no, es muy difícil que se puedan atraer inversiones, el riesgo es demasiado alto”¹³.

“Se requieren efectuar la instalación de nuevas facilidades, pero la incertidumbre de las reglas en cuanto al retorno de las inversiones han creado obstáculos que deben ser resueltos de manera perentoria. La solución de la expansión de la transmisión pasa por disponer de un plan de transmisión que identifique las obras a realizar y permita que

¹² Sólo a manera explicativa, puede citarse la siguiente nota periodística de la época: “Si bien este año se realizaron grandes anuncios, varios empresarios se preguntaron si se podía dotar de electricidad a dichos proyectos. Por ejemplo se habla de una demanda adicional de 600 MW en el sur, 20% de la demanda actual de todo el país. Cuatro años atrás, en la misma ciudad las generadoras advirtieron la falta de oferta para cubrir las necesidades futuras de energía. Felizmente, la llegada del gas de Camisea y una mejor remuneración a las empresas alentó el desarrollo de nuevos proyectos (...). ¿Pero cómo se transportará la electricidad? Los proyectos de generación están ubicados muy cerca de Lima (a donde llega el gas), pero las zonas de mayor crecimiento económico, producto de la minería y la agroexportación, están en la costa norte y en la costa sur del país. El sistema de transmisión cuenta con dos grandes líneas que se unen en Lima. El problema es que están llegando a su límite y no están en capacidad de soportar un incremento de carga (electricidad). Y eso ya se ha hecho patente en Trujillo e Ica, razón por la que se requiere la construcción de una segunda línea de transmisión entre Lima y Chimbote (existe una extra entre Chimbote y Trujillo), así como una segunda línea entre la central del Mantoro y Cotaruse (...).” “Cuello de botella: La demanda y oferta eléctrica crecen pero no hay infraestructura de transmisión” (El Comercio, 15 de octubre de 2005).

¹³ Comisión MEM/OSINERGMIN. Libro Blanco - Proyecto de Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica (agosto 2005); pág. 38.

se comprometan los recursos necesarios para retribuir la inversión de manera razonable”¹⁴.

002327

“Las instalaciones que forman parte del Sistema Planificado de Transmisión se dividirán en dos categorías de acuerdo al nivel de complejidad de la instalación, así se tendrán instalaciones plenas e instalaciones de refuerzo. Para la entrega en concesión de las primeras será obligatorio efectuar un concurso público y la concesión se extenderá por un plazo de 20 años, dicho concurso tendrá un valor máximo de referencia a ser aprobado por OSINERG considerando los precios y tecnología vigentes. (...)”

Tal como se mencionara previamente, para facilitar la competencia en el segmento de generación es necesario contar con suficiente capacidad de transmisión, ello será posible en la medida que los cargos por transmisión reduzcan la incertidumbre para la recuperación de las inversiones económicamente eficientes. Se prevé reducir en lo posible los factores de incertidumbre relacionados con la regulación de la transmisión. En este sentido, se prevé incorporar el concepto de Base Tarifaria que sustituye la aplicación del concepto de Valor Nuevo de Reemplazo. La Base Tarifaria que será cubierta por la tarifa será igual a la suma de:

- i. La anualidad de la inversión de las instalaciones,
- ii. El costo de operación y mantenimiento anual aprobado por OSINERG, y
- iii. Una liquidación igual a la diferencia, debidamente actualizada, entre lo efectivamente recaudado por la tarifa durante el año anterior y la Base Tarifaria aprobada para el año anterior.

Este valor asegurará la remuneración de instalaciones económicamente eficientes y la estabilidad en el ingreso de los inversionistas. A diferencia del Valor Nuevo de Reemplazo, la componente de inversión de la Base Tarifaria no requiere ser revisada periódicamente.

La Base Tarifaria de las nuevas instalaciones que incluya el Plan de Transmisión será establecida sobre la base de un valor de inversión determinado ya sea a partir del resultado de procesos de licitación pública, cuando se trate de instalaciones nuevas completas, o a través de la determinación de los costos eficientes del mercado considerando la tecnología vigente y los requerimientos del

¹⁴ Ibidem, pág. 65.

sistema eléctrico, cuando se trate de instalaciones de refuerzo que hayan sido licitadas¹⁵.
(Los subrayados son nuestros)

002328

22. Sobre este tema, OSINERGMIN efectuó un diagnóstico previo sobre la inversión en transmisión que luego fue recogido por la comisión antes mencionada. En ese diagnóstico OSINERGMIN señaló que la mejor forma de garantizar que los costos de inversión y operación que se acordara pagar a los ganadores de las licitaciones respondieran a criterios de eficiencia, era lograr un nivel adecuado de competencia entre los participantes de las licitaciones:

“Asimismo, no existe un procedimiento claro que involucre a los beneficiarios de las nuevas redes y a los agentes que terminarán pagando las instalaciones. Sólo en determinados casos se ha utilizado criterios de costo-beneficio, como en el caso de la construcción de la línea Mantaro-Socabaya, optándose por concesiones tipo BOOT que garantizan la recuperación de la inversión. Sin embargo, estos mecanismos, si bien reducen el riesgo regulatorio implican la no utilización de los criterios de eficiencia en el reconocimiento de costos de inversión y operación, por lo que es crucial el logro de un nivel de competencia adecuado en las subastas”¹⁶.

(El subrayado es nuestro)

23. Las razones expuestas sustentaron la promulgación de la Ley No. 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, dentro de la cual se incluye un capítulo sobre las licitaciones para otorgar las concesiones de proyectos de transmisión. Esta norma de julio de 2006 define la reforma de segunda generación dentro del sector eléctrico peruano.
24. Cuando la Comisión autorizó la concentración notificada por el Grupo ISA en diciembre de 2006, acababa de promulgarse aquel nuevo marco regulatorio para promover la inversión en transmisión. En este contexto se entiende que la Comisión se haya interesado por impulsar la “competencia por el mercado” en las licitaciones de transmisión, tratando de que el Grupo ISA oferte el menor costo total de transmisión que pudiera en la primera convocatoria, dado que el valor de la oferta del ganador de las licitaciones determinaría los costos de inversión y operación de las nuevas redes de transmisión que debían ser pagados por los usuarios a través de las tarifas, tal como se explica en los siguientes párrafos de la Resolución:

¹⁵ Ibidem, págs. 109-111.

¹⁶ OSINERGMIN (Oficina de Estudios Económicos). Determinantes de la Inversión en el Sector Eléctrico Peruano. Documento de Trabajo No 3 (Junio 2005), pág. 54.

002329

73. En la actualidad, la normativa establece un marco regulatorio para la actividad de transmisión eléctrica, en la cual se fijan determinadas condiciones comerciales que las empresas deben cumplir para la prestación de sus servicios; asimismo, recoge las ventajas de la competencia por el mercado en la actividad de transmisión eléctrica, estableciendo un esquema de licitación para la construcción y/o ampliación de nuevas líneas de transmisión en función del denominado "Plan de Transmisión"⁴⁵. En efecto, según lo dispuesto en el Capítulo Quinto de la Ley 28832, es a través de procesos de licitación que se llevará a cabo la implementación de lo establecido en el Plan de Transmisión, incorporando la competencia por el mercado como un mecanismo para resguardar el interés económico general.

76. En efecto, considerando que de concretarse la operación de concentración bajo análisis, ISA controlaría casi 80% de mercado de transmisión eléctrica en el Perú⁴⁶ y más del 65% del tendido de líneas de transmisión; y, que la actividad de transmisión eléctrica presenta condiciones de monopolio natural, caracterizada por la presencia de economías de escala⁴⁷; ISA gozaría de una situación de privilegio para hacerse de la construcción de nuevas líneas de transmisión y/o ampliaciones.

77. Dicha situación no sólo podría perjudicar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación, pues los potenciales entrantes, conocedores de la situación de ISA, verían reducidas sus posibilidades de realizar ofertas ganadoras; sino que, además, ello podría impactar indirectamente en el interés de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica, pues al disminuir la competencia por el mercado, se reduciría la posibilidad de obtener ofertas con menores valores de reposición, y con ello la posibilidad de una reducción en las tarifas.

78. De aprobarse la operación de concentración, ISA contaría con incentivos para hacerse del íntegro de los beneficios derivados de la obtención de economías a escala en la actividad de transmisión, lo que podría afectar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de redes eléctricas, y reduciría los potenciales beneficios que los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica podrían obtener de las ampliaciones y/o construcción de los sistemas de transmisión.

79. En efecto, según el esquema de adjudicación contemplado en la normativa actual, y conforme se ha venido realizando la construcción y/o ampliación de líneas de transmisión eléctrica en el Perú en los últimos años⁴⁸, las empresas concursan por acceder al mercado a través de ofertar montos de inversión necesarios para la instalación de la infraestructura requerida (competencia por el mercado), los cuales deben ser reembolsados al adjudicatario a lo largo de la concesión⁴⁹.

80. Por lo tanto, teniendo en cuenta que aquella empresa que oferta el menor valor de reposición por la infraestructura requerida⁵⁰ se adjudica la construcción y/o operación de la línea de transmisión, y considerando que el monto de reposición pagado a la empresa adjudicataria a lo largo de la concesión proviene finalmente del pago de tarifas por parte de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica; una menor oferta significa un menor monto de reposición por la infraestructura y un mayor beneficio para consumidores y/o usuarios.

25. En otras palabras, el interés de la Comisión era que el Grupo ISA traslade al usuario las eficiencias que podría lograr con la concentración notificada, a través del monto de su oferta, pues si ganaba la buena pro ese monto sería pagado por los usuarios. Para ello, la Comisión estableció que el Grupo ISA sólo participe en

002330

la primera convocatoria, asumiendo que tenía la capacidad de bloquear la licitación en la primera convocatoria con miras a ofertar un monto mayor en la segunda convocatoria, como se observa en los siguientes párrafos de la Resolución:

86. Así, con la finalidad de incentivar que, en la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, ISA oferte el menor monto posible, se propone establecer que, de ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.
87. Dicha medida intenta prevenir que ISA, utilizando su situación de privilegio, realice acciones destinadas a bloquear en una primera instancia la competencia por el mercado, para que en una segunda oportunidad, con una competencia reducida, oferte montos de inversión más elevados de los que pudo ofrecer en la primera oportunidad (incrementando con ello, los costos de la nueva infraestructura).

26. Dado que al emitir la Resolución operaban 5 empresas transmisoras en el Perú y 3 de ellas iban a ser del Grupo ISA, puede comprenderse que la Comisión haya tenido ciertas dudas sobre dos aspectos concretos y determinantes de la competencia por el mercado en las licitaciones de transmisión:

- (i) Si habrían nuevos actores interesados en participar en dichas licitaciones, para que la competencia por el mercado fuera suficiente.
- (ii) De existir esos nuevos interesados en participar, si estarían en capacidad de competir en las licitaciones en igualdad de condiciones con el Grupo ISA.

Estas dudas, que podían entenderse en el 2006, han quedado completamente descartadas en la actualidad, ya que las licitaciones de transmisión han sido muy competitivas.

C) Existe gran "competencia por el mercado" en las licitaciones de transmisión sin necesidad de la condición impuesta al Grupo ISA

27. La pugna en las licitaciones de transmisión ha resultado muy fuerte entre los postores, produciendo una gran competencia por el mercado, como consecuencia de la nueva forma de remuneración de las inversiones en transmisión así como de la modificación y desarrollo de la normativa aplicable al proceso mismo de las licitaciones, es decir, se ha producido la competencia por el mercado por causas distintas e independientes a la condición impuesta al Grupo ISA.

28. En efecto, como se ha explicado previamente, a través de la Ley No. 28832 se estableció un nuevo sistema de remuneración de las inversiones en proyectos de transmisión, sustentado en la denominada Base Tarifaria para cubrir los costos de inversión, operación y mantenimiento de las redes. De conformidad con este nuevo sistema, la Base Tarifaria se determina en función de la oferta del postor ganador de la respectiva licitación. Con ello se buscó eliminar el riesgo regulatorio derivado de las reglas de pago previstas en la LCE y que generaba excesivas incertidumbres y contingencias para los inversionistas privados.

29. El nuevo sistema de pago para los concesionarios de transmisión ha tenido éxito en atraer una diversidad de interesados en participar en las licitaciones de transmisión. Esto es corroborado en los procesos de licitación que se han llevado a cabo, en particular los que ha administrado PROINVERSIÓN, según se muestra en el siguiente cuadro, extraído de la Resolución 0240-2014/SDC-INDECOP:

002332

Año	Proyecto	Longitud (km)	Competidores	Costo de Servicio Total (US\$)
2008	L.T. Carhuamayo - Paragsa - Conococha - Huallanca - Cajamarca y Cerro Corona - Carhuaquero 220 kV	695.6	Abengoa (Abengoa Transmisión Norte) Isonor Transmisora S.A.C. Terna Participacoes S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Consorcio Transmisión del Norte	17,971,691 20,739,278 21,660,135 23,075,306 33,883,670
2008	L.T. Mantaro - Caravelí - Montalvo 500 kV y Machu Picchu - Cotaruse 220 kV	965.8	Isonor Transmisora S.A.C. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Terna Participacoes S.A.	29,487,993 29,894,418 35,999,449 43,163,000
2008	Chilca - La Planicie - Zapallal 500kV y 220kV	190	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Isonor Transmisora S.A.C.	9,994,834 11,995,000 13,777,000
2009	L.T. Zapallal - Trujillo 500 kV	543	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Transcobel Isolux Kepco	25,819,063 32,449,168 32,748,413 N.P. N.P.
2010	L.T. Chilca - Marcona - Montalvo 500 kV	900.5	ASA (Abengoa Transmisión Sur) Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Transcobel Kepco Alupar	48,195,000 53,179,562 N.P. N.P. N.P.
2010	L.T. Talara - Piura 220 kV	103.2	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. ASA Iberoamérica Electrobras SNC - Lavalin Ingenieros S.A.	2,276,579 N.P. N.P. N.P. N.P.
2010	L.T. Tintaya - Socabaya 220 kV	207.5	Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA ASA Iberoamérica Electrobras SNC - Lavalin Ingenieros S.A.	6,694,011 8,365,298 11,495,000 N.P. N.P.
2010	L.T. Machu Picchu - Abancay - Cotaruse 220 kV	204	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Alupar Abengoa Isonor Transmisora S.A.C. Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A.	9,754,533 12,694,988 14,084,999 N.P. N.P.
2011	L.T. Trujillo - Chiclayo 500 KV	304.3	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Alupar Inversión	15,757,119 18,231,209 N.P.
2011	L.T. Cajamarca Norte - Cádlic - Moyobamba en 220 Kv	303.5	Alupar Inversión Abengoa Perú Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Cobra Instalaciones y Servicios S.A.	N.P. N.P. N.P. N.P. N.P.
2012	L.T. Carhuaquero - Cajamarca Norte - Cádlic - Moyobamba en 220 Kv	401.5	Cobra Instalaciones y Servicios S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Perú Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	16,161,464 18,842,514 22,870,000 N.P.
2013	L.T. Machupicchu - Quencoro - Onocora - Tintaya y Subestaciones Asociadas 220 kV	153	Abengoa Perú Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. Cobra Instalaciones y Servicios S.A. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	16,684,999 16,968,068 19,307,625 N.P. N.P.
2013	L.T. Mantaro - Marcona - Socabaya - Montalvo 500 kV	900	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA ASA Iberoamérica S.A. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U. Consorcio REN - Mota Engil - E.I.P. S.A. Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. Isolux Energía e Participacoes S.A.	41,516,466 45,990,000 N.P. 58,600,600 N.P. N.P.

Fuente: Proinversión
Elaboración: ST-SDC

002333

30. Dentro de los procesos de licitación hay dos etapas importantes en cuanto a la competencia por el mercado. En la primera etapa los interesados en participar presentan la documentación e información técnica y financiera prevista en las Bases de la licitación para ser calificados como aptos para presentar una oferta. Como producto de esta etapa, PROINVERSIÓN publica una lista de postores calificados. En la segunda etapa, los postores calificados presentan su oferta y se define el adjudicatario de la buena pro.
31. La información sobre los procesos de licitación adjudicados por PROINVERSIÓN demuestra que siempre ha habido como mínimo 3 postores calificados en cada licitación, y lo más común es que hayan sido 5 postores calificados por licitación. El siguiente cuadro presenta estos resultados en forma resumida:

Licitación	Número de Calificados
1. L.T. Carhuamayo – Paragsha – Conococho – Huallanca – Cajamarca – C.Corona-Carhuaquero 220 kV	5
2. L.T. Mantaro – Caravelí – Montalvo 500 kV y L.T. Machupicchu – Cotaruse 220 kV	4
3. L.T. Chilca – La Planicie – Zapallal (500 kV y 220 kV)	3
4. L.T. Trujillo – Zapallal 500 kV	5
5. L.T. Chilca – Marcona – Montalvo 500 kV	5
6. L.T. Talara – Piura 220 kV	5
7. L.T. Tintaya – Socabaya 220 kV	5
8. L.T. Machupicchu – Abancay – Cotaruse 220 kV	5
9. L.T. Trujillo – Chiclayo (La Niña) 500 kV	3
10. L.T. Carhuaquero-Cajamarca Norte-Cáclic-Moyobamba en 220 kV	4
11. L.T. Machupicchu – Quencoro – Onocora – Tintaya y Sub. Asociadas 220 kV	5
12. L.T. Mantaro-Marcona-Socabaya-Montalvo 500 kV	6

Así, el número de postores en competencia con el Grupo ISA siempre ha sido de 2 o más en cada licitación. En particular, en 1 licitación ha habido 5 postores, en 7 licitaciones 4 postores, en 2 licitaciones 3 postores, y en 2 licitaciones 2 postores, habilitados para competir con el Grupo ISA.

32. Adicionalmente, en los procesos de licitación antes señalados siempre hay diversos grupos empresariales interesados en participar y que logran precalificar quedando habilitados para presentar una oferta. Existen grupos empresariales que participan continuamente en las licitaciones (incluso algunos han participado en 4, 5 y hasta en 12 licitaciones), pero también hay varios que participan más esporádicamente (en 1, 2 o 3 licitaciones), con lo cual los participantes en cada licitación siempre son diversos. En el siguiente cuadro se presenta el número de veces que ha participado cada grupo en las 12 licitaciones que ha adjudicado PROINVERSIÓN:

002334

POSTOR CALIFICADO	LICITACIONES EN QUE PARTICIPÓ
Abengoa	12 (todas)
Consorcio REI/AC Capitales	5 (6, 7 8, 12 y 13)
Isonor	4 (1, 2, 3 y 8)
Alupar Invertemiento	3 (5, 8 y 9)
Celeo Concesiones e Inversiones	3 (11, 12 y 13)
Terna Participacoes	2 (1 y 2)
Transcobel	2 (4 y 5)
Isolux	2 (4 y 13)
Kepco	2 (4 y 5)
Electrobras	2 (6 y 7)
SNC Lavalin	2 (6 y 7)
Cobra Instalaciones y Servicios	2 (11 y 12)
Consorcio Transmisión del Norte	1 (1)
Consorcio REN/Mota Engil	1 (13)

33. Estos datos demuestran que el diseño del sistema de remuneración de las inversiones en transmisión a través de la Base Tarifaria definida por el monto de la oferta ganadora de cada licitación, es razón más que suficiente para atraer a diversos interesados en participar en las licitaciones, pues ofrece los incentivos y la seguridad necesarios a los inversionistas.
34. Con esta información queda demostrado que existe un importante número de interesados en participar en las licitaciones de transmisión y rivalizar con el Grupo ISA, descartándose así cualquier duda que pudiera haber tenido la Comisión en el año 2006.
35. De otro lado, posteriormente a que la Comisión impusiera la condición al Grupo ISA se ha modificado y desarrollado de forma importante el marco legal que define las reglas aplicables a las licitaciones de transmisión.
36. La modificación normativa antes señalada se debe a la Ley No. 28958, que sustituyó el literal b) del numeral 22.2 del artículo 22 de la Ley No. 28832. Esta Ley data del 20 de enero de 2007, es decir, luego que se impusiera la condición al Grupo ISA. Con esta modificación se permitió que las licitaciones de transmisión fueran llevadas a cabo no sólo por el MEM, sino también por PROINVERSIÓN, utilizando en este último caso las normas propias de esta entidad¹⁷. Lo dispuesto en la citada modificación fue recogido luego por el artículo 20 del Reglamento de Transmisión, aprobado mediante Decreto Supremo No. 027-2007-EM, norma que

¹⁷ "Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión

(...)

22.2 Para las instalaciones comprendidas en el Sistema Garantizado de Transmisión se tendrá en cuenta lo siguiente:
(...)

b) El Ministerio podrá conducir directamente o encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. Si son encargados, estos procesos de licitación se realizarán al amparo de las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para estos efectos. En el caso de instalaciones de Refuerza, el titular de la concesión de transmisión tendrá la preferencia para ejecutarlas directamente. De no ejercer dicha preferencia, el proyecto de la instalación de Refuerzo se incluirá en los procesos de licitación." (El subrayado es nuestro)

002335

desarrolla lo dispuesto en la Ley No. 28832 en cuanto a la realización de las licitaciones de transmisión¹⁸.

37. Las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para llevar a cabo las licitaciones de transmisión se encuentran contenidas en el Decreto Supremo No. 059-96-PCM, 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, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo No. 060-96-PCM. Estas normas establecen un diseño de adjudicación a la mejor oferta presentada en sobre cerrado y sin forma de que un postor conozca las ofertas de los demás antes de la apertura de sobres¹⁹.
38. Todas las Bases de las licitaciones de transmisión llevadas a cabo por PROINVERSIÓN han recogido el diseño antes señalado. En todas se prevé que la presentación de las ofertas por los postores calificados será en sobre cerrado, siendo evaluadas todas las ofertas en un solo acto público en el cual se dan a conocer también los resultados así como el adjudicatario de la buena pro²⁰.

¹⁸ "Artículo 20.- Proceso de Licitación para Implementar el Plan de Transmisión

(...)

20.2 El Ministerio tendrá a su cargo la convocatoria, difusión y conducción del proceso de Licitación, adjudicación y firma del Contrato de Concesión de SGT. El Ministerio, mediante Resolución Ministerial, podrá encargar a ProInversión la conducción del proceso de licitación hasta la adjudicación de la buena pro, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso b) del numeral 22.2 del Artículo 22 de la Ley." (El subrayado es nuestro)

¹⁹ Reglamento del Decreto Supremo No. 059-96-PCM:

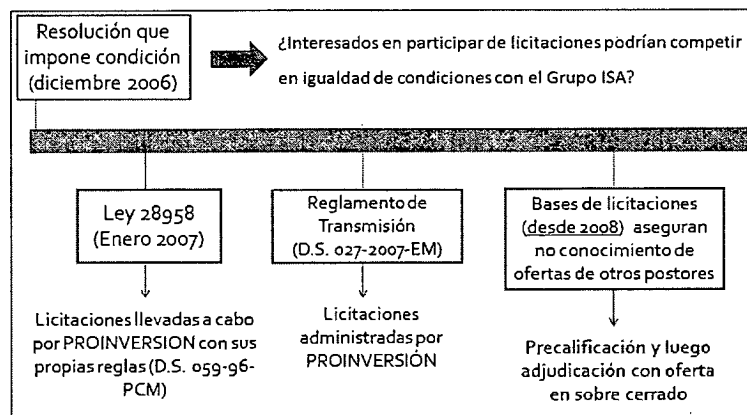
"Artículo 18.- "Las propuestas se presentarán a la mano y en sobre cerrado.

A la hora indicada en la convocatoria se iniciará el Acto. Sin embargo, en las bases podrá señalarse un plazo de tolerancia, el que en ningún caso podrá exceder de media hora. A partir de ese momento no se recibirá propuesta alguna".

"Artículo 22.- La concesión se otorgará al titular de la propuesta más conveniente, por acuerdo del Comité Especial que será comunicado a los postores en la fecha establecida en las bases. Acto que contará con la presencia de un Notario Público.

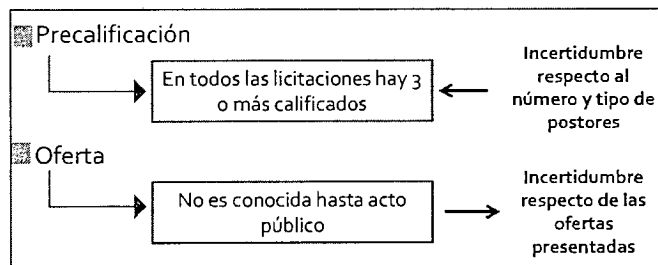
El Comité Especial podrá desestimar todas las propuestas presentadas cuando no resultaran convenientes, sin obligación de pago de indemnización alguna en favor de los postores". (Los subrayados son nuestros)

²⁰ El detalle sobre las cláusulas respectivas en las Bases de cada licitación se encuentra en el cuadro que se presentó como anexo del escrito No. 5 que hemos presentado en este procedimiento. Cabe mencionar que el mismo diseño se ha trasladado también a las Bases de las licitaciones que ha convocado y adjudicado el Ministerio de Energía y Minas.



002336

39. La modificación y desarrollo del marco normativo aplicable al proceso de licitación ha asegurado la competencia por el mercado, pues los interesados deben rivalizar en dos etapas del proceso. En la primera etapa los interesados que presentan sus expedientes técnicos y financieros desconocen con quienes deberán competir, hasta que se conoce la relación de postores calificados. Luego, en la segunda etapa, los postores calificados desconocen cuál será la oferta de los demás (siempre ha habido como mínimo 3 postores calificados) y siendo que el diseño de las licitaciones requiere la presentación de la oferta en sobre cerrado, tienen incentivos naturales a presentar su mejor oferta, pues desconocen cómo se comportarán los otros postores.



De este modo, el Grupo ISA siempre debe competir con los otros postores calificados y no tiene forma de predecir la agresividad, el comportamiento y la oferta de cualquier postor, menos aún la del postor más competitivo de cada licitación, en tanto que el valor que cada postor asigna a la respectiva concesión es distinto. En otras palabras, todos los interesados en participar en las licitaciones de transmisión compiten en igualdad de condiciones en los concursos.

40. Lo anterior se verifica en la forma en que se han dado los resultados de los distintos procesos de licitación, pues las ofertas han sido bastante disímiles y varias veces con diferencias significativas entre la oferta ganadora y la del segundo lugar. Como ejemplos se tiene los siguientes:

N°	Año	Proyecto	Longitud de líneas de transmisión (km)	Competidores	Oferta Costo Total de Transmisión (CTR) - USD
1	2008	L.T. Carhuamayo – Paragsha – Conococha – Huallanca – Cajamarca – C.Corona – Carhuaquero 220 kV	695.6	Abengoa (Abengoa Transmisión Norte) Isonor Transmisora S.A.C. Terna Participacoes S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Consorcio Transmisión del Norte	17,971,691 20,739,278 21,660,135 23,075,306 33,883,670
5	2010	L.T. Chilca – Marcona – Montalvo 500 kV	900.5	ASA (Abengoa Transmisión Sur) Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Transcobel Kepco Alupar	48,195,000 53,179,562 No presentó No presentó No presentó
11	2012	Línea de Transmisión Carhuaquero-Cajamarca Norte-Cáclic-Moyobamba en 220 kV	401.5	Cobra Instalaciones y Servicios S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Perú S.A. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	16,161,464 18,842,514 22,870,000 No presentó
13	2013	L.T. Mantaro-Marcona-Socabaya-Montalvo 500 kV	900	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA ASA Iberoamérica S.A. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U. Consorcio REN – Mota Engil – E.I.P. S.A. Consorcio REI S.A. - AC Capitales SAFI S.A. Isolux Energia e Participacoes S.A.	41,516,466 45,990,000 No presentó 58,600,600 No presentó No presentó

002337

41. Como consecuencia de la igualdad de condiciones en las que compiten por el mercado todos los postores de las licitaciones, 6 de las 12 licitaciones adjudicadas por PROINVERSIÓN han sido ganadas por postores distintos al Grupo ISA:

LICITACION	AÑO	GANADOR
1	2008	ABENGOA
2	2008	ISONOR TRANSMISORA S.A.C.
5	2010	ABENGOA
7	2010	REI S.A.U. - AC Capitales SAFI S.A.
10	2012	Cobra Instalaciones y Servicios S.A.
11	2013	ABENGOA

En suma, estas 6 licitaciones significan bastante más de la mitad (3831.4 km) del total de kilómetros de líneas de transmisión que han sido adjudicados (5871.9 km). Más aún, la mayoría de los grandes proyectos de transmisión han sido adjudicados a postores diferentes al Grupo ISA.²¹ De otro lado, el Grupo ISA ha ganado menos del 35% del total de km de líneas de transmisión adjudicadas (2040 km). Todo esto pone en evidencia que sus rivales pueden competir en condiciones de igualdad en las licitaciones de transmisión.

42. La condición impuesta no ha tenido nada que ver con todo esto, ya que el Grupo ISA siempre ha debido competir por el mercado porque hay otros interesados que participan en las licitaciones y se encuentran en igualdad de condiciones para presentar ofertas muy competitivas, estando en plena capacidad de ganarle la buena pro como ya se ha visto. De este modo, la competencia por el mercado en

²¹ Línea de Transmisión Mantaro-Cotaruse (965.8 Km.), Línea de Transmisión Chilca-Montalvo (900.5 Km.) y Línea de Transmisión Carhuamayo-Carhuaquero (695.6 Km.).

las licitaciones de transmisión se encuentra asegurada sin necesidad de la condición impuesta al Grupo ISA.

D) Las opiniones que cuestionan o se oponen a la revocación de la condición impuesta carecen de fundamento y no cumplen el test de razonabilidad

002338

43. El MEM, como autoridad máxima del sector, ha opinado que la revocación de la condición no afecta la competencia por el mercado en las licitaciones de proyectos del Sistema Garantizado de Transmisión, debiendo mantenerse sólo para las licitaciones de proyectos del Sistema Complementario o Secundario de Transmisión, como se observa en los siguientes párrafos:

15. De tal modo, que si bien en la práctica ISA ha sido superada por otros postores en la primera convocatoria de licitaciones para proyectos SGT, se podría entender que sin la segunda condición interpuesta, el grupo ISA no obtendría una considerable representatividad frente a los demás postores. A pesar de ello, se debe estimar que para el desarrollo de sistemas complementarios y/o secundarios, el grupo ISA sí tiene un posicionamiento relevante por economía de escala, debido a que cuenta aproximadamente con el 65% del tendido de líneas de transmisión.

16.2 Con relación a la segunda condición, para licitaciones de proyectos SGT el grupo ISA no ejercería una presencia destacada frente al resto de postores; sin embargo, para el desarrollo de sistemas complementarios y/o secundarios, el grupo ISA sí podría tener ventajas por economías de escala, debido a que cuentan aproximadamente con el 65% del tendido de líneas de transmisión, por lo que estimamos que dicha condición debería mantenerse.

44. La posición del MEM respecto de lo que ocurre en las licitaciones de Sistemas Garantizados de Transmisión es consistente con todo lo que hemos explicado en las secciones previas, es decir, con el hecho de que existe una clara competencia por el mercado en dichas licitaciones, sin necesidad de la condición impuesta al Grupo ISA. En ese sentido, nos encontramos plenamente de acuerdo con la opinión del MEM en el referido extremo y consideramos que debe tenerse muy en cuenta al evaluar las opiniones de otras entidades que se oponen o cuestionan la revocatoria de la mencionada condición y que a continuación pasamos a contradecir²².

45. Lo que buscaba la Comisión al imponer la condición en el 2006 fue impulsar la competencia por el mercado en las licitaciones de transmisión, y no un afán de controlar que el Grupo ISA tuviera una elevada participación en el mercado o que hubiera una elevada concentración en el mismo, dado que estas situaciones son normales en mercados con características de monopolio natural, como el de la transmisión, en los que no es deseable que haya competencia y se utiliza la regulación sectorial para controlar los efectos perjudiciales que podría ocasionar el monopolio natural. Por ello, llama poderosamente la atención que la Comisión y la Defensoría recomienden mantener la condición únicamente por la participación que el Grupo ISA aún mantiene en el mercado de transmisión.

²² Más adelante nos referimos al extremo de la opinión del MEM en el sentido de mantener la condición para las licitaciones de proyectos del Sistema Complementario y Secundario de Transmisión.

46. La Comisión ha basado su recomendación de mantener la condición únicamente en el nivel de concentración del mercado de transmisión y en la participación del Grupo ISA en dicho mercado, olvidando por completo que éstos no son los factores que definen si existe competencia por el mercado en las licitaciones de transmisión. Los siguientes párrafos de la opinión de la Comisión muestran lo antes indicado y su error de concepto:

83. Con relación a su participación en las licitaciones o equivalentes, ISA mencionó que no tiene ventajas frente a otros postores en las licitaciones pues en los procesos celebrados a partir del año 2008, el Grupo ISA no ha contado con una ventaja manifiesta como postor. Además, indica que en algunos procesos otras empresas transmisoras han competido con ofertas considerablemente menores a las de ISA. Asimismo, ISA señaló que no le es posible identificar al postor con la oferta más competitiva al momento de participar; pues el formato de las licitaciones de transmisión llevadas a cabo tanto por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión como por el Ministerio de Energía y Minas es de concurso a sobre cerrado.
84. Al respecto, cabe señalar que en el 2006, luego de aprobarse la solicitud de concentración formulada por ISA, existían en el mercado de transmisión eléctrica 7 empresas transmisoras aglomeradas en 5 grupos económicos, el Índice HHI del mercado ascendía a 6,257, lo cual indicaba que se encontraba altamente concentrado, y la participación del grupo ISA en el referido mercado era de 78.1%⁵⁰.
85. Por su parte, actualmente, existen 13 empresas transmisoras⁵¹ agrupadas en 11 grupos económicos; además, el HHI en este mercado es de 5,816, lo cual indica que se encuentra altamente concentrado, y la participación del grupo ISA es de 75.27%, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

86. De la información analizada se evidencia que el mercado de transmisión eléctrica no ha variado sustancialmente toda vez que continúa siendo altamente concentrado y el grupo ISA aún mantiene una participación de mercado superior al 75%.

Recomendación sobre la segunda condición

87. Como resultado del análisis desarrollado con la información disponible, y de acuerdo con los alcances del presente informe y la naturaleza del proceso de revocación, esta Secretaría Técnica considera que no se ha producido un cambio significativo en las condiciones de mercado que justifique el levantamiento de la segunda condición establecida por la Resolución 081-2006/INDECOPI-CLC.
88. En efecto, ISA aún mantiene una participación de mercado importante y tendría incentivos para hacerse del íntegro de los beneficios derivados de la obtención de economías de escala en la actividad de transmisión, lo que podría afectar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de redes eléctricas, y reduciría los potenciales beneficios que los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica podrían obtener de las ampliaciones y/o construcción de los sistemas de transmisión.

47. Como se observa, el único análisis efectuado por la Comisión fue identificar que el índice de concentración del mercado de transmisión sigue siendo elevado (pasó de 6257 en el 2006 a 5816 en la actualidad) y que la participación del Grupo ISA

en el mercado sigue siendo alta (paso de 78.1% en el 2006 a 75.21% en la actualidad).

Sin embargo, la participación del Grupo ISA en el mercado y el nivel de concentración del mismo no fueron la preocupación de la Comisión al imponer la condición. Es claro que esta condición no buscaba prohibir que el Grupo ISA participe en las licitaciones de transmisión, ni tampoco impedirle seguir crecimiento en el mercado. Más bien, todo indica que el objetivo de la condición fue forzar al Grupo ISA a trasladar a los consumidores (vía tarifas) los beneficios y eficiencias generadas a raíz de la operación de concentración autorizada. En tal sentido, no existe razón para que el nivel de concentración del mercado de transmisión y la participación del Grupo ISA en el mismo sea una preocupación en la actualidad, y menos aún que constituyan una razón que justifique mantener la condición.

Es más, si se cumpliera el pronóstico que hizo la Comisión al imponer la condición el año 2006, el Grupo ISA podría seguir ganando la mayoría o todas las licitaciones. En efecto, la condición tenía por objeto impulsar al Grupo ISA a plantear su mejor oferta en la primera convocatoria de cada licitación. En el supuesto negado de que por su participación de mercado el Grupo ISA tuviera ventajas especiales frente a los demás postores en las licitaciones, al presentar su mejor oferta tendría altas probabilidades de ganar cada proceso y, por ende, de mantener o incluso incrementar su participación en el mercado de transmisión. Si la preocupación de la Comisión hubiera sido la elevada participación del Grupo ISA, mantener la condición incrementaría la probabilidad de que el Grupo ISA mantenga una elevada cuota de mercado, con lo cual sería contraproducente para amenguar aquella preocupación.

Adicionalmente, la Comisión no se ha pronunciado sobre los argumentos del Grupo ISA que demuestran fehacientemente la gran competencia por el mercado que se ha producido en las licitaciones de transmisión, debido a la participación de diversos postores que pueden competir en igualdad de condiciones, incluso cuando el Grupo ISA presenta su mejor oferta. La Comisión no ha negado en forma alguna estos hechos, con lo cual debe concluirse que reconoce que existe competencia por el mercado en igualdad de condiciones dentro de las licitaciones.

De otro lado, la Comisión ha afirmado que no se ha producido un cambio significativo en las condiciones de mercado. Sin embargo, como ya explicamos se han producido importantes desarrollos normativos sobre la forma de remuneración de las inversiones en transmisión y en las reglas aplicables a los procesos de licitación. Tratándose de una actividad altamente regulada, los cambios en la regulación impactan necesariamente en el desempeño de la actividad de transmisión. Más aún, siendo que las licitaciones de transmisión se originan en una decisión reguladora, los desarrollos normativos aplicables al proceso de licitación resultan sin duda alguna modificaciones relevantes a tener en cuenta.

Más aún, en el año 2006 la Comisión evaluó si la condición superaba el test de razonabilidad (criterios de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto) antes de imponerla, tal como se ve en los siguientes párrafos de la Resolución:

63. No obstante, considerando que las medidas o condiciones a ser dictadas por la Comisión al grupo empresarial que integra la empresa notificante, pueden implicar una restricción a los derechos de tales empresas, las condiciones deberán necesariamente cumplir con el principio de razonabilidad³⁸ que debe guiar la actuación de la autoridad administrativa. Para ello, la medida dictada debe superar el test de razonabilidad³⁹.

002341

No obstante, al recomendar que la condición se mantenga la Comisión no ha hecho evaluación alguna al respecto.

En consecuencia, consideramos que la opinión de la Comisión no debe ser tenida en cuenta por la Sala.

48. En lo que respecta a la opinión de la Defensoría, la misma tampoco tiene sustento, pues se ha limitado a identificar que el Grupo ISA tiene participación mayoritaria en el sector transmisión desde el 2007 al 2012 y en función de ello ha sostenido que para evitar concentraciones que tengan por efectos restringir la competencia debe mantenerse la condición. Esta argumentación no resiste el menor análisis, más aun teniendo en cuenta lo ya comentado sobre la opinión de la Comisión.

Adicionalmente, la Defensoría ha señalado lo siguiente *"es necesario contar con el pronunciamiento del Ministerio de Energía y Minas; toda vez que es la entidad encargada de aprobar el Plan de transmisión eléctrica"*. Como se ha adelantado, el MEM se ha pronunciado señalando que las licitaciones de proyectos del Sistema Garantizado de Transmisión son competitivas y que en ellas el Grupo ISA no tendría una presencia destacada frente al resto de postores.

En tal sentido, la opinión de la Defensoría carece de sustento y se remite a una opinión que es favorable a revocar la condición para las licitaciones de proyectos de Sistema Garantizado de Transmisión. Siendo ello así, no hay argumentos en la opinión de la Defensoría que respalden mantener la condición.

49. En cuanto a la opinión de OSINERGMIN, la misma tiene dos partes. En la primera el regulador señala que en ausencia de la condición el Grupo ISA podría dejar de presentarse en la primera convocatoria para mejorar su posición en la segunda convocatoria. Para afirmar lo anterior OSINERGMIN asume dos escenarios como posibles, esto es que en la primera convocatoria no exista competencia potencial o que el Grupo ISA espere que los demás interesados no compitan activamente. Sin embargo, acto seguido el propio OSINERGMIN señala de qué depende que se presenten esos escenarios, tal como se ve en los siguientes párrafos de su opinión:

Sin embargo, el levantamiento de la Segunda Condición podría tener efectos en las licitaciones y en las decisiones de inversión en el sector. ISA podría evitar presentar su propuesta económica en la primera convocatoria si no existe competencia potencial o si espera que el resto de empresas no compitan activamente con el objetivo de mejorar sus condiciones económicas en la segunda convocatoria.

Por otro lado, el levantamiento de la Segunda Condición permitiría al grupo ISA participar activamente en los procesos de licitaciones públicas, teniendo efecto en las nuevas instalaciones y en la ampliación del sistema de transmisión. ISA podría no presentarse en la primera convocatoria de las licitaciones, buscando que se declare desierta y que se mejoren las condiciones económicas en la segunda convocatoria, afectando la eficiencia de la licitación. Sin embargo, este escenario depende de las condiciones de la licitación y de los postores potenciales en la primera convocatoria.

002342

50. La forma en que se han desarrollado los procesos de licitación y los resultados de los mismos demuestran que ninguno de los escenarios que asume OSINERGMIN ocurren en los hechos. Las condiciones de las licitaciones siempre han atraído a diversos interesados en participar (por lo menos hay 3 postores calificados y usualmente son 5 los calificados en cada licitación), y además los postores sí compiten activamente por precios con sus ofertas. De este modo, los hechos contradicen la primera parte de la opinión de OSINERGMIN, por lo que no debe tenerse en cuenta, pues se trata sólo de una evaluación teórica.
51. La segunda parte de la opinión de OSINERGMIN es que existe probabilidad de que al levantarse la condición el Grupo ISA tenga incentivos para incurrir en prácticas colusorias con otros postores, en particular en un acuerdo de no participación en la primera convocatoria y luego en un reparto de las licitaciones con Abengoa en la segunda convocatoria, dada la alta concentración de ambos grupos empresariales en los resultados de las licitaciones ya adjudicadas, tal como lo manifiesta en los siguientes párrafos:

Al respecto, se debe considerar que en los procesos de licitación realizados por PROINVERSIÓN y el MINEM, Abengoa e ISA representaron el 76.9% de longitud de líneas de transmisión adjudicadas y el 74.2% del monto adjudicado acumulado en el periodo de 2009 a junio de 2013 (Cuadro 4).

El levantamiento de la Segunda Condición podría incentivar la realización de prácticas colusorias horizontales por parte de los dos grupos económicos más importantes, ISA y Abengoa, con el objetivo de que los procesos de licitación se declaren desiertos en la primera convocatoria e incrementar el precio referencial en la segunda convocatoria. La estrategia colusoria sería beneficiosa para los grupos en el caso que interactúen repetitivamente de forma tal que se repartan las licitaciones. Dicho escenario es probable debido a la alta concentración de las licitaciones por parte de ISA y Abengoa.

52. En este caso, OSINERGMIN asume que hay probabilidad de un acuerdo complejo entre el Grupo ISA y Abengoa, que involucraría no sólo que ambos dejen de participar en la primera convocatoria para que se declare desierta y se llame a segunda convocatoria elevando el precio referencial del proyecto, sino además un reparto posterior de las licitaciones en segunda convocatoria.

53. Lo primero que debe señalarse es que los procesos de licitación ya son competitivos por sí mismos, sin necesidad de la condición impuesta al Grupo ISA, pues lo que se ofrece a los interesados es atractivo (condiciones de recupero de la inversión adecuadas y seguras) y las reglas del proceso incentivan a los postores a competir. Eliminar la condición no modifica lo anterior, pues seguirán habiendo otros grupos empresariales distintos a Abengoa y al Grupo ISA interesados en participar, tal como lo demuestran los resultados de las 12 licitaciones que hasta la fecha ha adjudicado PROINVERSIÓN.

En todas las licitaciones ha habido por lo menos 3 postores calificados, siendo que lo común es que hayan sido 4, 5 o más los postores calificados (en 2 licitaciones hubo 4 calificados, en 7 licitaciones hubo 5 calificados y en 1 licitación hubo 6 calificados). Es decir, siempre ha habido más postores calificados y con capacidad de presentar una oferta en la primera convocatoria, que impedirían con su oferta que funcione cualquier supuesto acuerdo al que llegaran Abengoa y el Grupo ISA. Es más, debe tenerse en cuenta que en 3 licitaciones que ha adjudicado PROINVERSIÓN han ganado 3 distintos grupos empresariales, nos referimos a Cobra Instalaciones y Servicios, el consorcio REI y AC Capitales, e Isonor, todos independientes de Abengoa y el Grupo ISA.

54. Lo segundo que debe señalarse es que sólo una licitación (L.T. Cajamarca Norte – Cállic – Moyobamba) se ha declarado desierta en primera convocatoria y el motivo fue que habiendo 5 postores calificados ninguno de ellos presentó oferta. Este hecho es consistente con la percepción de todos los postores sobre un problema en el diseño del proyecto licitado, tanto así que el Grupo ISA decidió no presentar una oferta en la primera convocatoria aun sabiendo que no podría participar en la segunda. Además, este caso pone en evidencia que existen otras alternativas distintas al llamado a la segunda convocatoria de una licitación. En efecto, PROINVERSIÓN no llamó a segunda convocatoria de la licitación, sino que el sistema de transmisión fue incorporado en un nuevo proyecto de mayor envergadura que fue licitado en un proceso distinto.

55. En tal sentido, los elementos de juicio que existen luego de varios años de convocatoria y adjudicación de licitaciones de transmisión demuestran que la probabilidad de que ocurra el supuesto de colusión sobre el que llama la atención OSINERGMIN es nula.

56. Si pese a todo lo anterior se pretendiera mantener la condición asumiendo que existe algún riesgo de que se presente el supuesto de colusión que plantea OSINERGMIN, consideramos que sería necesario demostrar que hacerlo cumple con el test de razonabilidad, tal como lo estableció en el 2006 la Comisión al imponer la condición, basándose en lo dispuesto por el numeral 1.4 del artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que dispone lo siguiente:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

57. Adicionalmente a lo anterior, la decisión de mantener la condición impuesta al Grupo ISA también debe pasar el test de razonabilidad porque implica continuar aplicando un trato diferenciado en perjuicio del Grupo ISA, al ser el único postor que estaría impedido de participar en la segunda convocatoria de las licitaciones de transmisión. Como se sabe, el Tribunal Constitucional ha establecido que para determinar si un trato diferenciado vulnera el derecho a la igualdad se debe verificar si la diferenciación responde a justificaciones objetivas y razonables, para lo cual se aplica el test de razonabilidad, que está compuesto por tres niveles de análisis²³:

- Idoneidad. La medida debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo legítimo. Implica evaluar primero la legitimidad del objetivo.
- Necesidad. No debe existir otro medio alternativo que sea más benigno para el derecho afectado y que sea igualmente o más idóneo para alcanzar el objetivo propuesto. Implica comparar que tan idónea es la medida frente a las alternativas, y si las alternativas implican una menor intervención o restricción del derecho afectado.
- Proporcionalidad. El grado de restricción del derecho afectado debe ser equivalente o proporcional al grado de realización del objetivo que se busca con la medida.

58. El objetivo de mantener la condición sería proteger la competencia por el mercado en las licitaciones de transmisión del riesgo que se produzca la supuesta colusión mencionada por OSINERGMIN. Si bien la protección de la competencia por el mercado es un objetivo legítimo, debe evaluarse si la prohibición de participar en la segunda convocatoria de las licitaciones incide realmente sobre los factores que determinan que exista dicha competencia. De todo lo que se ha expuesto en las secciones previas, la competencia por el mercado en las licitaciones de transmisión depende de:

- (i) que hayan interesados en participar,
- (ii) que hayan dos o más postores calificados en capacidad de presentar una oferta, y
- (iii) que las reglas del proceso (presentación y selección de oferta ganadora) sean transparentes y promuevan la rivalidad.

La prohibición de participar en la segunda convocatoria no incide en ninguno de estos factores. En consecuencia, mantener la condición no resulta una medida

²³ Sentencia del 01 de abril de 2005, expediente 0048_2004_PI_TC.

idónea para conseguir el objetivo de proteger la competencia por el mercado de un riesgo de supuesta colusión.

59. De otro lado, se debe definir si una medida tan restrictiva como una prohibición absoluta de participar en la segunda convocatoria de todas las licitaciones de transmisión, es necesaria para controlar un riesgo de colusión que según los elementos de juicio que existen no es manifiesto ni inminente, y es de ocurrencia poco probable. Dicha prohibición absoluta incumple con delimitar adecuadamente el ámbito de afectación del derecho del Grupo ISA en función del referido objetivo, especialmente cuando otras medidas disponibles en el marco legal sirven para controlar dicho riesgo. Sobre este particular, debe tenerse en cuenta lo que señala el Tribunal Constitucional:

"Verificada que la finalidad es constitucionalmente legítima (garantizar el resultado del proceso) y que el medio utilizado para garantizar dicha finalidad legítima resulta idóneo (una medida cautelar); el siguiente paso, conforme ya hemos anunciado, supone analizar la necesidad de la medida.

El control de la necesidad de la medida adoptada supone de este modo, como lo anota Gonzales Beilfuss, resumiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, la demostración por parte de quien asume una decisión en el ámbito de los derechos fundamentales, de que no existe "alternativas más moderadas (o menos gravosas) para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida". La pregunta pertinente en este punto es entonces, ¿pudo el juez dictar una medida cautelar menos lesiva de los derechos sin afectar la finalidad a la que pretende servir la medida cautelar?

64. En consecuencia, por los términos en que ha sido adoptada la medida cautelar bajo análisis, al no haber delimitado adecuadamente el ámbito de la afectación en función de la finalidad a la que se orienta, ha terminado por afectar de modo innecesario el derecho de propiedad de la empresa recurrente violándose al mismo tiempo su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el artículo 139.3 de la Constitución, así como los principios de proporcionalidad y razonabilidad previstos en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución."²⁴

(Los subrayados son nuestros)

²⁴ Sentencia emitida en el expediente No. 1209-2006-PA/TC.

Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.html>

60. Una práctica colusoria como la que supuestamente podría darse según OSINERGMIN, ya se encuentra tipificada como una prohibición absoluta en el literal d) del artículo 11.2 del Decreto Legislativo No. 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, norma que establece lo siguiente:

“11.2 Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

(...)

d) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates”

002346

En tal sentido, existe una vía alternativa para controlar el riesgo de supuesta colusión, que es menos gravosa para el Grupo ISA pues no le impide ex – ante participar en la segunda convocatoria de todas las licitaciones, sino que operaría ex – post en la negada eventualidad de que Abengoa y el Grupo ISA incurrieran en la referida conducta prohibida²⁵.

OSIPTEL, que también es autoridad de defensa de la libre competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, ha señalado en su opinión que de ocurrir alguna conducta anticompetitiva como consecuencia de la revocación de la condición impuesta al Grupo ISA, tal conducta podría ser sancionada a través de las normas que prohíben conductas anticompetitivas:

- Finalmente, considerando el marco legal vigente, no se observa que el levantamiento de las condiciones impuestas a ISA tenga impacto en los esfuerzos regulatorios del OSIPTEL para promover la competencia en el sector de telecomunicaciones. Sin perjuicio de ello, si las empresas involucradas en la concentración evaluada o sus vinculadas realizaran prácticas que puedan restringir o afectar la competencia en el mercado portador de LDN o en otro mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, el OSIPTEL podrá evaluarlas y corregirlas bajo el marco del D.L. 1034, conforme a sus facultades de agencia de competencia en el mercado de telecomunicaciones.

INDECOPI también puede actuar de manera similar, es decir, a través de una medida alternativa al mantenimiento de la condición impuesta al Grupo ISA. En consecuencia, el mantenimiento de la condición no resulta necesario.

61. Respecto de la proporcionalidad, la condición impone un elevado grado de restricción sobre el derecho del Grupo ISA, al prohibirle por completo participar en la segunda convocatoria de cualquier licitación de transmisión. Esta prohibición se

²⁵ Es pertinente mencionar en este punto que INDECOPI cuenta con las facultades y experiencia necesarias para identificar, investigar y sancionar este tipo de prácticas anticompetitivas, siendo solo una muestra de ello los procedimientos y sanciones aplicados, de un lado, a Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. por concertación de precios en los procesos de adquisición de cilindros de acero de 55 galones para envasar aceites lubricantes (Resolución No. 255-97-TDC/INDECOPI-CLC del 22 de octubre de 1997), y de otro, a Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A. por un acuerdo para repartirse el mercado en los procesos de compra de oxígeno medicinal convocados por el Seguro Social de Salud (EsSalud), entre enero de 1999 y junio de 2004 (Resolución No. 1167-2013-TDC/INDECOPI-CLC del 15 de julio de 2013).

ha impuesto sin importar: (i) las características del proyecto (calificación del sistema de transmisión, envergadura, monto referencial, ubicación y características de las instalaciones, etc.); (ii) las condiciones de la licitación (estructura del concurso, factores de competencia, mecanismos de selección de postores, etc.); o (iii) los participantes en el proceso (interesados y postores calificados). Sin embargo, el objetivo que se pretendería lograr manteniendo la condición impuesta no tiene la misma intensidad, pues se trata de proteger la competencia por el mercado de un supuesto riesgo no manifiesto ni inminente y de ocurrencia poco probable. Con ello, la medida no supera el criterio de proporcionalidad.

62. Considerando todo lo anterior, el mantenimiento de la condición impuesta al Grupo ISA motivado por las razones planteadas por OSINERGMIN no cumple con el test de razonabilidad, que es requisito legal indispensable para establecer un trato diferenciado válido.
63. Finalmente, el MEM ha planteado que se debe mantener la condición para las licitaciones de proyectos de Sistema Complementario o Secundario de Transmisión, pues según el MEM en ellas el Grupo ISA tendría ventajas especiales que no poseen otros postores.
64. Lo primero que debemos señalar al respecto es que en el supuesto negado de admitirse la posición del MEM, mantener la condición tal cual está, es decir, en términos generales para toda licitación, no pasaría el test de razonabilidad definido por el marco legal.
65. En efecto, la condición impuesta es una prohibición aplicable a la segunda convocatoria de cualquier licitación convocada por el MEM o PROINVERSIÓN, independientemente de las características del proyecto de transmisión, de las condiciones de la licitación, y de los participantes en el proceso. Con ello, la medida excedería el ámbito en que, según el MEM, se requiere proteger la competencia por el mercado, pues no se limitaría a las licitaciones de proyectos de Sistema Complementario o Secundario de Transmisión. Con ello, la medida resultaría completamente desproporcionada para lograr el objetivo buscado.
66. Adicionalmente, de entenderse que la condición debería mantenerse pero limitada únicamente a las licitaciones de proyectos de Sistema Complementario o Secundario de Transmisión, la medida tampoco cumpliría con el test de razonabilidad.
67. Como se ha comentado antes, la competencia por el mercado en las licitaciones, incluso las de Sistema Complementario o Secundario de Transmisión, depende de los interesados en participar, del número de postores aptos para presentar una oferta y de las reglas de presentación y calificación de ofertas para la selección del ganador. Si llegan a declararse más de dos postores calificados con capacidad de presentar una oferta, la competencia por el mercado está asegurada bajo las reglas de presentación y evaluación de ofertas que se aplican. En tal sentido, la prohibición de participación en la segunda convocatoria de las referidas licitaciones no incide sobre los factores que definen si existe competencia por el mercado, por lo cual no sería idónea para protegerla.

68. La medida también sería excesiva e innecesaria, puesto que se extendería más allá de las licitaciones en las que puede haber ausencia de competencia por el mercado. Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, la prohibición es una medida a la que debe recurrirse de manera residual, pues de lo contrario se restringe innecesariamente los derechos de los administrados²⁶:

"El Tribunal Constitucional considera que la respuesta es negativa. Y es que resulta evidente que la norma no supera el test de proporcionalidad, puesto que si bien persigue un fin constitucionalmente válido (proteger el Centro Histórico como patrimonio cultural) y utiliza un medio idóneo para ello (prohibir las reuniones en el área que lo configura), sin embargo, al proscribir en abstracto toda reunión en el Centro Histórico de Lima (con la salvedad hecha de los eventos tradicionales), incurre en una medida absolutamente innecesaria, puesto que el mismo objetivo podría alcanzarse evaluando, caso por caso, las razones objetivas, suficientes y fundadas que puedan justificar la adopción de medidas restrictivas del ejercicio del derecho de reunión, siendo la prohibición la última ratio a la que debe acudir la autoridad administrativa."

(El subrayado es nuestro)

69. Manteniendo la condición impuesta al Grupo ISA se le prohibiría participar en la segunda convocatoria de las licitaciones de proyectos de Sistema Complementario o Secundario de Transmisión, aun cuando dos o más interesados hubieran sido declarados como postores calificados, es decir, aun cuando existiera competencia por el mercado en la primera convocatoria. De este modo, la medida excedería lo necesario para el objetivo que se busca. Inclusive, la medida podría ocasionar una reducción de la competencia por el mercado en segunda convocatoria, pues si el único postor calificado en primera convocatoria no presenta una oferta pese a estar prohibido de participar en la segunda convocatoria, una vez que ésta se lleve a cabo habrá un competidor menos.
70. Como conclusión de todo lo expuesto, ninguna de las opiniones que se oponen o cuestionan la revocatoria de la condición impuesta al Grupo ISA tiene sustento, por lo cual deben ser descartadas por la Sala.
71. En tal virtud, corresponde que la condición impuesta al Grupo ISA sea revocada, pues de mantenerse no sólo se estará restringiendo de manera inválida su derecho a competir libremente por el mercado, al igual que los demás postores, en las licitaciones de transmisión, sino que se producirá un efecto opuesto y contrario al que se busca, al reducirse la competencia por el mercado en la segunda convocatoria de las licitaciones de transmisión, lo que es más grave aún. Debe tenerse en cuenta que la no revocatoria de la condición tendrá efectos inmediatos, pues actualmente PROINVERSIÓN tiene en cartera varias licitaciones de transmisión²⁷.

²⁶ Sentencia emitida en el expediente No. 4677-2004-PA/TC.

Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04677-2004-AA.html>

²⁷ Según la página web de PROINVERSIÓN estos proyectos son los siguientes:

002349

II. PARTICIPACIÓN DEL GRUPO ISA EN EL COES

72. La condición impuesta por la Comisión al Grupo ISA en esta materia fue la siguiente:

- (i) No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

73. Posteriormente, la Comisión precisó los alcances de esta condición señalando lo siguiente²⁸:

14. En ese sentido, corresponde resaltar que el objeto o finalidad que motivó la decisión de la Comisión, es que las decisiones al interior del COES sean adoptadas de forma independiente, sin verse afectadas por los intereses particulares de los miembros o grupos económicos que lo conforman.

Por lo tanto, en la instancia correspondiente del COES, se vigilará que ISA utilice los votos que le hayan sido asignados en tanto su utilización no le permita imponer en exclusividad su posición, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o, respecto de éstos, votar absteniéndose.

74. El MEM y OSINERGMIN han planteado que la revocatoria de la condición impuesta al Grupo ISA no tendría efectos en las instancias de decisión del COES de conformidad con el marco legal. Asimismo, el MTC y OSIPTEL han señalado que la revocatoria de esta condición no tiene efectos negativos en el mercado de

Proyecto	Ubicación	Estado	Valor (millones \$)
Línea de Transmisión 220 kV Moyobamba - Iquitos y subestaciones asociadas	San Martín y Loreto	Convocado con plazo para calificar cerrado	434
Línea de Transmisión 220 KV La Planicie - Industriales	Distritos La Molina y Ate, Lima	Convocado con plazo para calificar abierto	56.6
Línea de Transmisión 220 KV Friaspata - Mollepata y Subestación Orcotuna 220/60 kV	Huancavelica Ayacucho y Junín	Convocado con plazo para calificar abierto	43.5
Línea de Transmisión 220 kV Azángaro - Juliaca - Puno	Puno	No convocado aún	81.3
Primera Etapa de la Subestación Carapongo y enlaces de Conexión a Líneas Asociadas	Lima	No convocado aún	31.3

²⁸ Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC.

1793

telecomunicaciones. En consecuencia, manifestamos nuestro acuerdo con estas opiniones.

75. No obstante, en sus opiniones, la Comisión y la Defensoría han recomendado que la referida condición se mantenga. La Comisión ha afirmado que la condición impuesta debe mantenerse para que se aplique en cualquier instancia o momento en que el Grupo ISA pudiera tener injerencia preponderante. La Defensoría no ha dado razones específicas que sustenten su opinión.
76. A continuación demostramos que las opiniones que se oponen a la revocatoria de la condición impuesta al Grupo ISA carecen de sustento, para lo cual explicamos primero el contexto en que se impuso dicha condición y los hechos posteriores.

A) Contexto en el que se impuso la condición y hechos posteriores

77. La condición impuesta al Grupo ISA es una restricción de sus derechos de voto en las instancias de decisión del COES, con el objeto de que no pueda definir por sí solo el sentido de las decisiones.
78. Esta condición fue impuesta a fines del año 2006. Unos meses antes se había promulgado la Ley No. 28832, norma que modificó la estructura organizativa y las funciones del COES. De conformidad con esta ley las instancias de decisión del COES, en las que sus integrantes pueden tener injerencia, son la Asamblea, el Directorio y los 4 Subcomités conformados por los agentes que realizan cada actividad del sector eléctrico así como los grandes consumidores de electricidad, siendo uno de ellos el Subcomité de Transmisión. Las reglas específicas sobre quórumos requeridos para tomar decisiones, la forma de tomar decisiones y las mayorías requeridas para ello, fueron desarrolladas posteriormente como se explica más adelante.
79. La Comisión impuso la condición basándose en la información disponible en diciembre de 2006, la cual indicaba que en ese momento existían 5 concesionarios de transmisión registrados como integrantes del COES y 3 de ellos serían controlados por el Grupo ISA si se autorizaba la concentración notificada, lo que le podría dar preponderancia en alguna instancia de decisión, según lo que pudiera disponerse en las normas reglamentarias de la Ley No. 28832, tal como se expresa en los siguientes párrafos de la Resolución:

58. Sin embargo, con relación a la nueva estructura que adoptará el COES, y considerando lo establecido en el numeral 2 del artículo 16 de la Ley 28832 y lo señalado por el MEM³⁵ mediante su escrito del 6 de octubre de 2006; actualmente existen cinco empresas que conformarían el Subcomité de Transmisores del COES (REP, CTM, Eteselva S.R.L., ISA Perú y Red Eléctrica del Sur S.A.), de las

cuales, de concretarse la operación, ISA ejercería control sobre tres de ellas (REP, CTM e ISA Perú).

59. Este escenario le podría permitir a ISA tener una injerencia preponderante en las decisiones que se adopten en el referido subcomité, y a través de éste, en las decisiones de los órganos de gobierno del COES³⁶, y eventualmente en otros escenarios, en donde el futuro reglamento de la Ley 28832 lo permita.

80. Como se observa, producto de la concentración el Grupo ISA tendría el control de más de la mitad de los concesionarios de transmisión integrantes del COES. Adicionalmente, la Comisión no tenía certeza de cómo se definirían las reglas de gobierno del COES, en tanto que mientras no se reglamentara la Ley No. 28832 no se podía definir cómo se adoptarían los acuerdos en las tres instancias de decisión que contemplaba dicha ley. En consecuencia, puede comprenderse que la Comisión haya tratado de asegurarse de que el Grupo ISA no llegara a tener preponderancia en la toma de decisiones del COES como producto de la autorización de la concentración notificada.
81. Sin embargo, esta situación de incertidumbre ha quedado completamente descartada tanto por hechos sobrevenientes como por el desarrollo posterior del marco normativo, que determinan que el Grupo ISA no tenga injerencia preponderante alguna sobre las decisiones del COES.
82. De un lado, tal como la propia Sala ha podido verificar con la información que obra en el expediente, el número de integrantes del COES que pertenecen al Subcomité de Transmisores se ha duplicado, siendo actualmente 10 miembros y el Grupo ISA sigue teniendo el control de 3 de ellos, como se observa en el siguiente cuadro tomado de la Resolución No. 0240-2014/SCD-INDECOPI:

Cuadro N°3 Empresas integrantes del Subcomité de Transmisores del COES			
N.	EMPRESA	F. DE INGRESO	GRUPO ECONÓMICO
1	ABENGOA TRANSMISION NORTE S.A.	12-10-2010	ABENGOA
2	ABENGOA TRANSMISION SUR S.A.	29-11-2013	ABENGOA
3	COMPAÑIA TRANSMISORA NORPERUANA S.R.L	19-06-2008	COMPAÑIA TRANSMISORA NORPERUANA S.R.L
4	CONSORCIO ENERGETICO DE HUANCAMELICA S.A.	19-06-2008	CONSORCIO ENERGETICO DE HUANCAMELICA S.A.
5	CONSORCIO TRANSMANTARO S.A.	10-06-2008	GRUPO ISA
6	RED DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A.	10-06-2008	GRUPO ISA
7	INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA ISA PERÚ S.A.	10-06-2008	GRUPO ISA
8	POMACOCOA POWER S.A.C.	31-10-2013	POMACOCOA POWER S.A.C.
9	ETESELVA S.R.L.	10-06-2008	ETESELVA S.R.L.
10	RED ELÉCTRICA DEL SUR S.A.	19-06-2008	RED ELÉCTRICA DEL SUR S.A.

Fuente: COES²²
Elaboración: ST-SDC

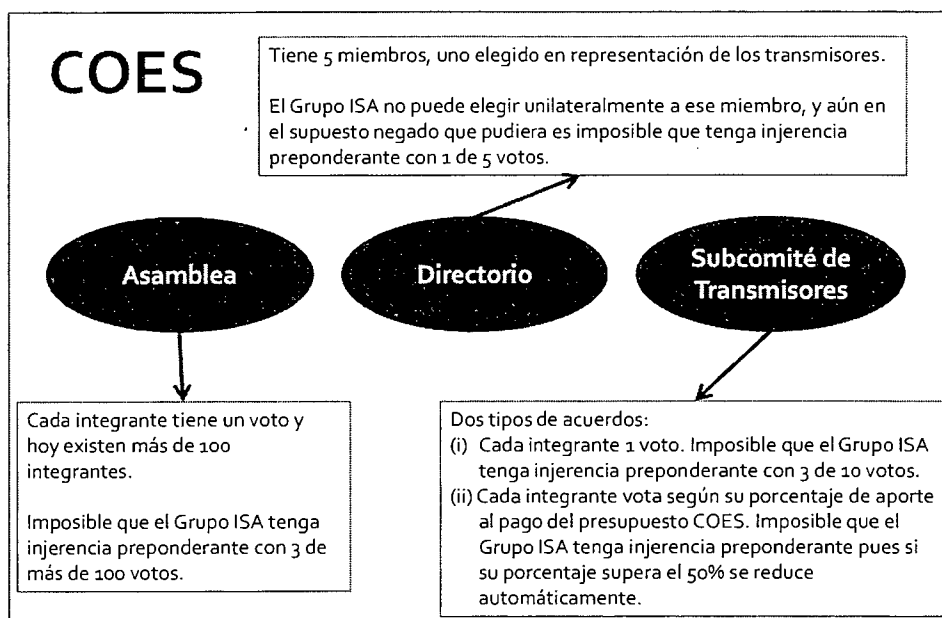
83. Cualquier duda respecto de la potencial injerencia preponderante que pudieran haber tenido las 3 empresas transmisoras del Grupo ISA sobre un universo de 5 miembros, desaparece por completo cuando el conjunto de miembros se eleva a 10. Adicionalmente, es un hecho que el número de integrantes del Subcomité de Transmisores del COES continuará incrementándose en el corto plazo, como consecuencia de la incorporación de las nuevas sociedades concesionarias de los proyectos de transmisión que viene adjudicando PROINVERSIÓN.
84. De otro lado, entre el 2008 y el 2009 se definieron las reglas de gobierno del COES para que sus instancias de decisión adopten acuerdos. En efecto, mediante Decreto Supremo 027-2008-EM se aprobó el Reglamento del COES;

posteriormente, el 18 de julio de 2008, la Asamblea del COES aprobó su nuevo Estatuto, el mismo que fue modificado el 27 de Noviembre de 2009; finalmente, el Subcomité de Transmisión del COES aprobó su Estatuto mediante Escritura Pública del 24 de Agosto de 2009. En el reglamento y estatutos se desarrollaron las reglas correspondientes al quorum y mayorías requeridas para la adopción de acuerdos en la Asamblea, el Directorio y el Subcomité de Transmisores del COES.

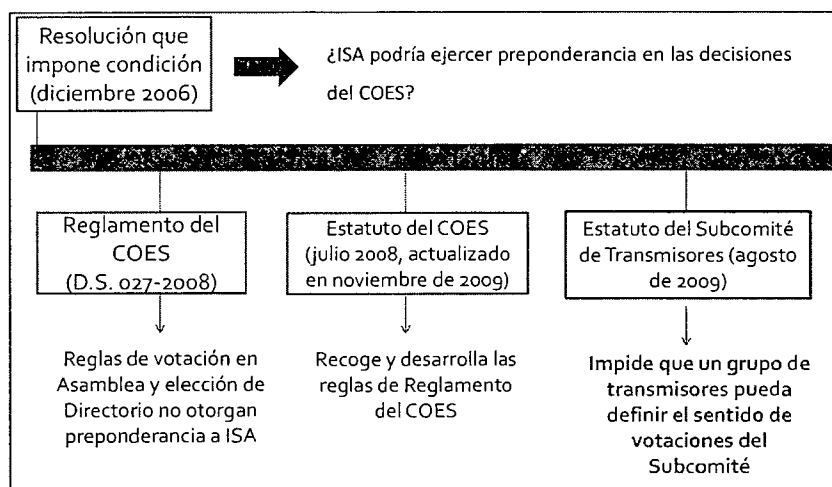
Según las reglas antes indicadas, cada integrante del COES tiene un voto para la adopción de acuerdos en la Asamblea. El quorum para primera convocatoria es de 75% de los integrantes, y de 60% en segunda convocatoria. La adopción de acuerdos en Asamblea requiere una votación favorable superior al 66,7% del puntaje máximo total de votos. Dado que actualmente hay más de 100 integrantes registrados en el COES, es imposible que el Grupo ISA ejerza injerencia preponderante en la Asamblea con sólo 3 votos.

El Directorio del COES está conformado por 5 miembros, uno de ellos elegido en representación del Subcomité de Transmisores. El quorum en el Directorio es de 3 miembros y los acuerdos requieren el voto conforme del 50% de los asistentes, es decir, de cuando menos 2 miembros. De este modo, aún en el supuesto negado que el Grupo ISA pudiera elegir unilateralmente al director en representación de los transmisores, sería imposible que con un solo voto tuviera injerencia preponderante en el Directorio.

El quorum del Subcomité de Transmisores es del 50% del número total de miembros en primera convocatoria y del 40% en segunda. En cuanto a la mayoría de votos requerida para la adopción de acuerdos, hay dos reglas aplicables. Para un grupo de acuerdos cada integrante tiene un voto y la mayoría requerida es de la mitad más uno de sus integrantes. Siendo 10 los integrantes actuales, este tipo de acuerdos requiere de 6 votos favorables, por lo que es imposible que el Grupo ISA tenga injerencia preponderante con sólo 3 votos. Para el otro grupo de acuerdos, el peso del voto de cada integrante depende de su porcentaje de aporte para cubrir el presupuesto del COES, y el acuerdo requiere de más del 50% de votos. Adicionalmente, para este segundo grupo de acuerdos se ha dispuesto que si el porcentaje acumulado de las empresas de un mismo grupo económico supera el 50%, su porcentaje se reduce automáticamente al 49%, distribuyéndose entre los demás integrantes el 51% restante. De este modo, aún si el Grupo ISA, o cualquier otro grupo económico, tuviera un porcentaje superior al 50%, nunca tendría injerencia preponderante para tomar la decisión porque su porcentaje se reduciría automáticamente.



85. Como consecuencia de este desarrollo sustancial del marco normativo aplicable, cualquier duda que pudiera haber existido en el 2006 sobre la forma en que se computarían los quórums y mayorías requeridas para la toma de acuerdos al interior del COES, quedó descartada.



B) Las opiniones que cuestionan o se oponen a la revocación de la condición impuesta carecen de fundamento y no cumplen el test de razonabilidad

86. Tal como se ha comentado, la mayoría de las entidades consultadas por la Sala opinan que la revocatoria de la condición impuesta al Grupo ISA, no le permitirá

tener injerencia preponderante sobre las decisiones del COES. En consecuencia, manifestamos nuestro acuerdo con las mismas.

87. De especial relevancia son las opiniones tanto del MEM como de OSINERGMIN como autoridades especializadas del sector. La opinión del MEM es que dado el número de empresas transmisoras que integran actualmente el COES y los cambios y desarrollos del marco normativo, de revocarse la condición el Grupo ISA no podría tener injerencia preponderante en las decisiones del COES, tal como se observa en los siguientes párrafos:

10. Importa mencionar la Comisión consideró reglar la participación de las empresas del grupo ISA, para la toma de acuerdos en cualquier instancia de decisión al interior del COES, debido que en ese momento existían 5 empresas transmisoras de las cuales 3 pertenecerían al grupo ISA. Sin embargo, actualmente los integrantes del Subcomité de Transmisores está constituido por 10 empresas. Asimismo, también con posterioridad al año 2006 se amplió el marco normativo relacionado al COES, tal como se indica en el numeral 3 del presente Informe, el cual prevé la preponderancia que pueden tener las empresas que pertenecen a un mismo grupo y establece reglas para que la intervención de dichas empresas sea equivalente frente a las demás. Siendo así, de retirarse la primera condición, el grupo ISA no podría influenciar rotundamente las decisiones que se tomen al interior del COES; aunque debe tenerse en cuenta que el grupo ISA sigue representando una amplia mayoría en la participación de las empresas transmisoras en el mercado, de acuerdo al numeral 9 del presente Informe.

16.1 Con relación a la primera condición, debe tenerse presente el vigente marco normativo del COES, siendo que a la fecha el grupo ISA no podría influenciar predominantemente en las decisiones del Subcomité de Transmisión, de La Asamblea ni del Directorio Ejecutivo; no obstante, se debe valorar que el grupo ISA tiene una participación del 75.26% en el mercado de las empresas transmisoras.

88. De forma similar, OSINERGMIN opina que la revocatoria de la condición no tendría efectos negativos sobre distintos aspectos relevantes del sector eléctrico, como se observa a continuación:

El análisis efectuado muestra que el levantamiento la Primera Condición no tendría efectos directos en las futuras inversiones, en las condiciones de oferta y demanda, ni en las tarifas eléctricas dado el marco regulatorio vigente. Además, cabe señalar que el levantamiento de la Primera Condición afectaría la composición de los votos en el COES.¹⁷

89. La Comisión también reconoce que con la conformación actual del COES y el diseño de quórums y mayorías establecidos en el marco normativo para la toma de acuerdos, el Grupo ISA no tiene injerencia preponderante en la Asamblea, el Directorio ni el Subcomité de Transmisores, tal como se observa en los siguientes párrafos:

52. Por lo tanto, a nivel de la Asamblea, el diseño establecido por la LGE y el Reglamento del COES para la instalación y votación en la Asamblea no permiten a ninguno de los agentes o Subcomités ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones en dicha instancia.

60. Por lo tanto, se observa que con la información disponible y el estado actual de la estructura del COES, los mecanismos de votación del Subcomité no le permitirían a ISA ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones en dicha instancia.

66. Por lo tanto, de la información evaluada se observa que ISA no tiene injerencia preponderante en la toma de decisiones en el Directorio, toda vez que únicamente el Subcomité de Transmisión puede designar a un Director y este no se encuentra subordinado a dicho Subcomité; asimismo, el Presidente del Directorio es elegido en la Asamblea, órgano en el cual ISA no tendría injerencia preponderante.

Pese a ello, acto seguido, afirma que no se ha evidenciado un cambio significativo en el mercado eléctrico, en referencia a que el Grupo ISA continúa teniendo una elevada participación en el mercado de la transmisión, por lo que en su opinión no se justifica revocar la condición:

71. Sobre el particular, se determina que de la información disponible, no se desprende que se haya producido un cambio significativo en el mercado eléctrico que justifique la revocación de la primera condición establecida por la Resolución 081-2013/CLC-INDECOPI. Así, el mercado de transmisión continúa siendo altamente concentrado e ISA posee un alto porcentaje de participación en él.

En particular, la Comisión sostiene que aun cuando el Grupo ISA no tiene injerencia preponderante en ninguna de las instancias actuales de decisión del COES, la condición tiene carácter preventivo para cuando el Grupo ISA pueda tener injerencia preponderante en las decisiones del COES, cualquiera sea la instancia de decisión presente o futura, dada la elevada participación de mercado que aún mantiene:

73. Con relación a la conformación y reglas de votación del COES, se observa que efectivamente habría variado el número de integrantes y los mecanismos de votación del Subcomité de Transmisión, los cuales impiden que el Grupo ISA ejerza una influencia preponderante en la toma de decisiones en su interior; no obstante, dicho cambio no enerva la vigencia de la primera condición ya que, como se ha mencionado, ésta fue impuesta con independencia de si, en efecto, la Ley 28832, su Reglamento y/o la organización del COES le otorgaban a ISA,

en ese momento, preponderancia en la toma de decisiones. En otras palabras, la condición fue dictada con carácter preventivo, a fin de evitar el riesgo derivado de la alta participación que ISA tiene en el mercado, situación que se mantiene a la fecha.

75. En consecuencia, esta Secretaría Técnica es de la opinión que la primera condición debe mantenerse y ser de aplicación en aquellos supuestos en los cuales, ya sea de acuerdo con lo establecido normativamente o por la estructura del COES, ISA pueda ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones. Asimismo, se debe precisar que si bien el mecanismo analizado fue el de votación, no se reemplaza ni elimina el objeto final de la restricción, que es evitar la preponderancia de los intereses particulares de ISA en las decisiones al interior del COES; por lo cual, se deberá entender que la limitación es válida en aquellos supuestos en los cuáles un mecanismo determinado de toma de decisiones dentro del COES permita el ejercicio de una injerencia preponderante por parte de ISA.

002356

90. Consideramos que existe un error al interpretar los alcances y el contenido de la condición impuesta en función de la participación del Grupo ISA en el mercado de transmisión.

Cuando se impuso la condición en el 2006 se tuvo en cuenta que el Grupo ISA tendría bajo su control 3 de las 5 concesionarias de transmisión que integraban el COES, por lo que la Comisión buscó que no tuviera injerencia preponderante en las decisiones de la referida entidad. Por ello, lo relevante es el proceso de toma de decisiones del COES y las reglas aplicables al mismo, más no la participación del Grupo ISA en el mercado de transmisión. Esta última sólo resultaría importante si tuviera un impacto determinante en dicho proceso. Sin embargo, todo el marco regulatorio contenido en la Ley No. 28832, el Reglamento y el Estatuto del COES, así como el Estatuto del Subcomité de Transmisores, contempla que la participación de las empresas transmisoras en el mercado no es determinante para el proceso de toma de decisiones del COES.

En efecto, el diseño regulatorio establece que cada empresa transmisora integrante del COES tiene un voto, independientemente de su participación en el mercado. Así, el voto de una transmisora con reducida participación de mercado tiene el mismo peso que el de una transmisora con elevada participación. Adicionalmente, en el único caso en que las decisiones se adoptan considerando la participación de mercado de las empresas transmisoras, el marco regulatorio establece que la participación de mercado no es determinante para definir el sentido de la decisión. Esto sucede con un grupo limitado de decisiones dentro del Subcomité de Transmisores, en las que el peso del voto se decide según el porcentaje de aporte de las empresas para pagar el presupuesto del COES y tal porcentaje se establece según los ingresos de las empresas. El Estatuto del Subcomité de Transmisores establece de modo expreso que si el porcentaje de una transmisora (o de las empresas transmisoras que pertenecen al mismo grupo) superase el 50% de los votos se reduce automáticamente a 49%, con lo cual ninguna empresa transmisora o grupo económico puede determinar unilateralmente el sentido de las decisiones, por más elevada que sea su participación de mercado.

91. Consideramos que también existe un error al interpretar que la condición fue impuesta independientemente de que la Ley No. 28832 y el marco regulatorio aplicable le otorgara o no preponderancia al Grupo ISA sobre las decisiones del COES.

La referida condición sólo tiene sustento en la medida que pueda cubrir algún aspecto claramente identificado que no esté cubierto por la regulación sectorial. Como ya se ha explicado, las únicas instancias de decisión que contempla la Ley No. 28832, en las que los integrantes del COES pueden tener injerencia, son la Asamblea, el Directorio y los Subcomités. El Reglamento del COES y los Estatutos del COES y del Subcomité de Transmisores no pueden definir otras instancias de decisión en que tengan injerencia sus integrantes, pues ello excedería lo que permite el marco legal, es decir, sería ilegal. El único sustento para que la condición pudiera tener efectos en otros ámbitos, tal como afirma la Comisión, es si se hubiera identificado con precisión otras instancias de decisión relevantes distintas a las contempladas en la Ley, en que el Grupo ISA tuviera o pudiera tener con cierto grado de certeza injerencia preponderante. Sin embargo, la Comisión no ha identificado tales instancias.

002357

Además, pretender que la condición siga teniendo vigor incluso si se modifica o sustituye la Ley No. 28832 y se crean nuevas instancias de decisión dentro del COES, significaría que la condición impuesta está por encima de la ley y que tiene efectos permanentes, lo cual entendemos no es correcto.

92. En tal sentido, consideramos que los argumentos expresados por la Comisión carecen de sustento para justificar el mantenimiento de la condición impuesta al Grupo ISA.
93. Si pese a lo anterior, se considerase válido mantener la condición por las razones esgrimidas por la Comisión, esta medida tendría que superar necesariamente el test de razonabilidad, pues constituye un trato diferenciado en perjuicio del Grupo ISA.
94. En cuanto a la idoneidad de la medida, si bien tratar de que las decisiones del COES no respondan únicamente al interés de un grupo económico puede considerarse, en principio, un objetivo legítimo, lo que importa es definir si dicho objetivo se encuentra en riesgo y por ello se justifica mantener la condición impuesta al Grupo ISA. Tal como se ha explicado, el Grupo ISA no puede tener injerencia preponderante en ninguna de las instancias de decisión del COES reconocidas por la ley. Además, la Comisión no ha identificado con precisión ninguna otra instancia de decisión del COES en la que el Grupo ISA pudiera tener injerencia preponderante. Siendo ello así, la medida no es idónea para proteger de un riesgo manifiesto ni tampoco de un riesgo potencial identificado con razonable certeza.
95. En función de lo anterior, también se concluye que mantener la condición no cumple el criterio de necesidad. Ya existen otras medidas dispuestas por el marco regulatorio aplicable que impiden que el Grupo ISA tenga injerencia preponderante en las instancias de decisión del COES reconocidas por la ley. Es inválido sostener que la medida sea necesaria para evitar un supuesto riesgo potencial que no se ha identificado ni del cual se tiene siquiera una leve sospecha.
96. Finalmente, mantener la condición tampoco resulta proporcional, pues restringiría los derechos del Grupo ISA sin el correlato de un efecto adverso de materialidad comprobada. Más aún, la medida sería tan desproporcionada que sólo aplicaría al

Grupo ISA aun cuando existieran otros grupos económicos con igual o muy cercana capacidad de voto dentro del COES. Un ejemplo específico de esto último es el caso del grupo económico de Abengoa, que ha obtenido hasta la fecha la buena pro de 3 licitaciones de transmisión convocadas por PROINVERSIÓN. Abengoa ya tiene dos integrantes registrados en el COES en la actualidad (Abengoa Transmisión Norte S.A. y Abengoa Transmisión Sur S.A.), y lo más probable es que en un futuro muy cercano tenga 3 integrantes en el COES, debido al ingreso de la concesionaria de la Línea de Transmisión 220 kV Machu Picchu-Quencoro-Onocora-Tintaya y Subestaciones Asociadas, que acaba de adjudicarse el año 2013. De ocurrir esto último, el grupo Abengoa tendrá el mismo número de votos que el Grupo ISA, pero no estará sujeto a condición alguna.

002358

97. En consecuencia, la recomendación de la Comisión de mantener la condición impuesta al Grupo ISA tampoco cumple el test de razonabilidad, por lo cual no debe ser tenida en cuenta por la Sala.
98. Por último, la Defensoría ha recomendado que se mantenga la condición pero sin expresar razones que lo sustenten e incluso habiendo reconocido que se ha producido un cambio sustantivo en la conformación de empresas transmisoras que integran el COES, tal como se observa en el siguiente párrafo:

Al respecto, en el año 2006 el sector de transmisión eléctrica contaba con la participación de cinco empresas de las cuales tres correspondían al Grupo ISA; sin embargo, en la actualidad el Subcomité de Transmisión Eléctrica del COES, está compuesto por diez empresas de las cuales tres pertenecen al grupo ISA².

En razón de lo anterior, consideramos que la opinión de la Defensoría carece de sustento y tampoco debe ser tenida en cuenta por la Sala.

99. Un punto final que debemos señalar a la Sala es que las dos condiciones impuestas al Grupo ISA carecen de un límite temporal, siendo este sólo hecho una razón evidente para que se justifique la revisión de sus alcances y vigencia, inclusive en cuanto a si mantenerlas supera el test de razonabilidad.

POR TANTO:

Solicitamos a la Sala tener por recibido el presente escrito y darle el mérito que corresponde para, en su oportunidad, revocar las condiciones impuestas al Grupo ISA.



VIDAL GALINDO VERÁSTEGUI

Lima, 26 de marzo de 2014

ANEXO 17



INFORME N° 014-2014/SDC-INDECOPI

A : Vocales de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia

DE : José Carlos Gonzáles Cucho
Secretario Técnico Ad Hoc
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

002366

Rosa Isabel Castillo Mezarina
Ejecutivo 2
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

ASUNTO : Solicitud de revocación de las condiciones impuestas a Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 y 10 de enero de 2007, respectivamente, para aprobar la operación de concentración derivada de la adquisición de control de la empresa Consorcio Transmantaro S.A.

FECHA : 15 de julio de 2014

I. OBJETO DEL INFORME

El presente informe tiene por objeto presentar la opinión de la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) respecto de la solicitud presentada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante, ISA) para el levantamiento de las condiciones que le fueran impuestas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia¹ (en adelante, la Comisión) para aprobar la operación de concentración derivada de la adquisición de control de la empresa Consorcio Transmantaro S.A. (en adelante, CTM) mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 y 10 de enero de 2007, respectivamente.

II. ANTECEDENTES

1. El 19 de julio de 2006, ISA –empresa que a esa fecha poseía el control de las empresas peruanas concesionarias de transmisión eléctrica Red de Energía del Perú S.A. (en adelante, REP) e Interconexión Eléctrica Perú S.A. (en adelante, ISA Perú)– solicitó a la Comisión autorización previa para efectuar una operación de concentración derivada de la adquisición de control de la empresa peruana concesionaria de transmisión eléctrica CTM. Dicha solicitud fue evaluada al amparo de lo previsto en las disposiciones de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 017-98-ITINCI.

¹ Antes, Comisión de Libre Competencia.

2. El 16 de noviembre de 2006, luego de verificar que a través de la adquisición del control de CTM por parte de ISA se produciría una integración horizontal en el mercado peruano de transmisión de energía eléctrica, la Comisión decidió autorizar la operación mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, estableciendo para ello dos condiciones a ISA y a las tres empresas transmisoras peruanas que quedarían bajo su control; es decir, CTM, REP e ISA Perú (en adelante, Grupo ISA). Las referidas condiciones fueron las siguientes:

002367

- (i) Sobre la actuación en las instancias de decisión del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES - SINAC)

La primera condición impuesta al Grupo ISA fue la siguiente:

"No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

Esta condición resulta idónea, necesaria y proporcional en tanto busca asegurar que la operación del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico, lo que finalmente, redundará en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica".

- (ii) Sobre las inversiones en el sector eléctrico (licitaciones para la concesión de la construcción y operación de nuevas instalaciones de transmisión)

La segunda condición impuesta al Grupo ISA estipulaba lo siguiente:

"De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.

Esta condición tiene como objeto evitar que el grupo económico conformado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. adopte conductas estratégicas a su favor durante los procesos de licitación (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica; y, asimismo, está dirigida a crear incentivos para que cuando el referido grupo participe en tales procesos, realice su mejor oferta, de modo que se reduzcan los costos de construcción y/o ampliación, y con ello los costos del servicio de electricidad".

3. Luego de dicha decisión y como consecuencia de una solicitud de aclaración por parte de ISA, el 10 de enero de 2007, mediante Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, la Comisión desarrolló el alcance de la condición descrita en el punto (i) precedente señalando que esta debía aplicarse en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (en adelante, COES).

4. El 28 de febrero de 2013, ISA presentó un escrito ante la Comisión, mediante el cual solicitó iniciar un procedimiento administrativo dirigido a la eliminación y/o revocación de las condiciones que le habían sido impuestas a las empresas del Grupo ISA, establecidas mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC y la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC.

002368

5. ISA sustentó su pedido argumentando lo siguiente:

(i) La vía procedimental aplicable en este caso sería la de una solicitud en interés particular, la cual se encuentra regulada en el artículo 107 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General².

(ii) Las dos condiciones impuestas no se sustentan en causas objetivas y razonables, y estarían restringiendo indebidamente los derechos del Grupo ISA en el marco de sus actividades en el mercado de transmisión eléctrica. En particular, respecto de la primera condición, las normas dictadas dentro del COES luego de la imposición de condiciones sobre ISA impiden que esta pueda tener injerencia en cualquiera de sus instancias de decisión. Del mismo modo, en relación con la segunda condición, las premisas y presunciones adoptadas por la Comisión para justificar su dictado no se habrían presentado en el mercado, ni podrían presentarse debido al marco normativo del sector eléctrico, dictado con posterioridad a la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC. En tal sentido, no se cumpliría con el test de razonabilidad.

(iii) Las condiciones impuestas por la Comisión sobre la autorización de la operación constituyen un "modo" del acto administrativo dentro de las posibles modalidades previstas en el artículo 2 de la Ley 27444³. Ello implica que tales condiciones representan un elemento accesorio al acto administrativo de autorización de concentración.

(iv) El artículo 203 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴, permite que, bajo determinados

² LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 107.- Solicitud en interés particular del administrado

Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

³ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 2.- Modalidades del acto administrativo

2.1 Cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto.

2.2 Una modalidad accesorio no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo.

⁴ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 203.- Revocación

supuestos, puedan revocarse actos administrativos que establecen gravámenes o cargas sobre los administrados.

002389

- (v) A la fecha de su pedido, no se presentaban ni se presentarían las razones por las cuales se consideró que la concentración podía tener la capacidad de causar efectos perjudiciales a la competencia en el mercado eléctrico peruano, por lo que las condiciones ya no obedecerían al fin para el que fueron impuestas. Por tanto, debía eliminarse y/o revocarse parcialmente la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, con la finalidad de dejar sin efecto únicamente el contenido modal o carga del acto administrativo de la autorización.
6. ISA adjuntó a su pedido una copia de las actas de las sesiones de Asamblea del COES y una copia del listado de las agendas, acuerdos, y asistentes a las sesiones del Subcomité de Transmisores del COES, solicitando se declare la confidencialidad de dicha información.
 7. Mediante Memorándum 086-2013/ST-CLC-INDECOPI del 15 de abril de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión remitió a la Sala el pedido formulado por ISA⁵.
 8. El 30 de abril de 2013, ISA solicitó una reunión con la Secretaría Técnica de la Sala a efectos de exponer los alcances de su solicitud, así como la forma en que la misma debería ser encausada.
 9. El 31 de mayo de 2013 se llevó a cabo la reunión de la Secretaría Técnica de la Sala con los representantes de ISA, en la cual la mencionada empresa reiteró los principales argumentos de su solicitud.
 10. Mediante Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI del 14 de noviembre de 2013, la Sala admitió a trámite la solicitud formulada por ISA a efectos de iniciar un procedimiento destinado a la evaluación de la solicitud de revocación de las condiciones impuestas en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC⁶. Para ello, se basó en los siguientes elementos:

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevenientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

203.3 La revocación prevista en este numeral sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.

⁵ Ello toda vez que en sesión del 11 de abril de 2013, la Comisión determinó que en aplicación del artículo 203.3 de la Ley 27444, correspondía a la Sala pronunciarse respecto a la solicitud formulada por ISA.

⁶ Adicionalmente, en dicho pronunciamiento la Sala dispuso que "la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia solicite la opinión técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de Energía y Minas, Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones y a la

- (i) De conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 27444, la Sala, en su condición de máxima instancia administrativa en la materia, resulta competente para conocer la solicitud de revocación presentada por ISA.
 - (ii) Los cambios en las circunstancias alegados por ISA resultan pasibles de ser analizados en el marco de un procedimiento de revocación, de conformidad con el artículo 203.2.3 de la Ley 27444. En particular, la Sala identificó que:
 - a. Las condiciones dictadas por la primera instancia constituían medidas de gravamen impuestas al Grupo ISA.
 - b. La introducción de normas asociadas al voto dentro de los órganos del COES y a las licitaciones para nuevas líneas de transmisión dictadas con posterioridad al pronunciamiento de la Comisión constituyen cambios de circunstancias que ameritarían una revisión de las condiciones impuestas por la primera instancia.
11. Del mismo modo, la Sala dispuso en su pronunciamiento que se requiera la opinión técnica de todas las entidades que participaron de la solicitud de concentración; es decir, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MEM), del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN)⁷, del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL), y de la Defensoría del Pueblo (en adelante, Defensoría). Adicionalmente, dispuso que se requiera la opinión técnica de la Comisión.
12. Por Carta 122-2013/SDC-INDECOPI del 29 de noviembre de 2013, la Secretaría Técnica de la Sala requirió a ISA que cumpla con lo siguiente:
- (i) Presentar copia de las actas de las sesiones del Subcomité de Transmisores del COES desde el año 2007 a la fecha.
 - (ii) Presentar un cuadro con los resultados de las licitaciones públicas para la concesión, operación y mantenimiento de líneas de transmisión que se hubieran realizado desde el año 2007 a la fecha, precisando los siguientes detalles: postores, ofertas y ganadores.
 - (iii) Detallar y explicar los factores o variables sobre la base de los cuales determina las ofertas económicas que presentan en las licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica.

Defensoría del Pueblo respecto a la solicitud presentada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., a efectos que se eliminen las condiciones impuestas en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC."

⁷ Antes denominado Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG).

- (iv) Señalar si, como consecuencia de la restricción impuesta mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC, se ha visto impedida de participar en la segunda convocatoria de alguna licitación para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica que en primera convocatoria hubiera sido declarada desierta.

002371

13. En la misma fecha y en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Sala requirió que, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, la Comisión, el MTC⁸, el MEM⁹, el OSINERGMIN¹⁰, el OSIPTEL¹¹ y la Defensoría¹² presenten su opinión técnica respecto a la solicitud formulada por ISA.
14. El 16 de diciembre de 2013, ISA atendió el requerimiento de información efectuado mediante Carta 122-2013/SDC-INDECOPI y señaló lo siguiente:
- (i) Para establecer el monto de la oferta económica o para tomar la decisión de presentar una oferta, toma en cuenta los riesgos identificados para cada proyecto en particular, considerando factores como: el plazo de construcción, el alcance técnico del proyecto, la existencia de contingencias importantes (relacionadas a aspectos ambientales o de violencia en la zona), el monto de referencia para el proyecto, entre otros. Del mismo modo, la empresa señaló que todo ello debe ser evaluado bajo un posible esquema de financiamiento de las inversiones proyectadas.
 - (ii) Desde la imposición de las condiciones por parte de la Comisión a la fecha, solo en una ocasión una licitación fue declarada desierta¹³, lo cual se debió a que ningún postor presentó una oferta. Sin embargo, en dicho caso no se realizó una segunda convocatoria, sino que, por decisión estatal, se integró el proyecto con uno de mayor envergadura, el cual fue adjudicado a una empresa distinta a las pertenecientes al Grupo ISA.
15. El 27 de diciembre de 2013, OSIPTEL brindó su opinión técnica respecto a la solicitud formulada por ISA, señalando lo siguiente:
- (i) De conformidad con el marco legal vigente, no considera que el levantamiento de las condiciones impuestas a ISA genere un

⁸ Oficio N° 049-2013/SDC-INDECOPI.

⁹ Oficio N° 047-2013/SDC-INDECOPI.

¹⁰ Oficio N° 046-2013/SDC-INDECOPI.

¹¹ Oficio N° 048-2013/SDC-INDECOPI.

¹² Oficio N° 050-2013/SDC-INDECOPI.

¹³ Correspondiente al proyecto "Línea de Transmisión Carhuaquero – Cajamarca Norte – Cállic – Moyobamba en 220 kV".

incremento en las tarifas de circuitos de LDN y, por el contrario, podría esperarse que mantenga su tendencia decreciente. Del mismo modo, el levantamiento de tales condiciones tampoco impactaría en sus esfuerzos regulatorios para promover la competencia en el sector de telecomunicaciones.

002372

- (ii) No obstante lo anterior, si las empresas involucradas en el presente caso realizan alguna práctica que pueda restringir o afectar la competencia en el mercado portador de larga distancia nacional o cualquier otro mercado de servicio público de telecomunicaciones, el OSIPTEL podrá evaluarlas y corregirlas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁴.

16. El 6 de enero de 2014, la Comisión presentó su opinión técnica señalando lo siguiente:

- (i) En relación a la primera condición impuesta por la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, no ha identificado cambios significativos, en tanto la concentración de mercado se mantiene y se proyecta que su estructura no se modifique significativamente dado que el mercado de transmisión presenta características de monopolio natural.
- (ii) En tal sentido, dicha condición debería mantenerse y ser de aplicación en aquellos supuestos en los cuales, ya sea normativamente o por la estructura del COES, ISA pueda ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones. No obstante, si se verifica que ISA no tiene dicha injerencia, la restricción a su derecho al voto al interior del COES no debería resultar aplicable.
- (iii) En cuanto a la segunda condición impuesta mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, esta tampoco debería suprimirse toda vez que se mantiene la situación en que se basó la Comisión para imponerla. En particular, ISA aún posee una participación de mercado importante y tendría incentivos para hacerse del íntegro de los beneficios derivados de la obtención de economías de escala en la actividad de transmisión, lo que podría afectar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de redes eléctricas, y reduciría los potenciales beneficios que los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica podrían obtener de las ampliaciones y/o construcción de los sistemas de transmisión¹⁵.

¹⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**
Artículo 17.- Del OSIPTEL.

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

¹⁵ La Comisión señaló que los beneficios se trasladarían a los consumidores en la medida en que la compensación a las transmisoras se reduzca, lo cual a su vez depende de la oferta económica planteada por estas empresas en las licitaciones.

17. El 7 de enero de 2014, ISA complementó su respuesta al requerimiento de información efectuado mediante Carta 122-2013/SDC-INDECOPI¹⁶ y señaló que una circunstancia sobreviniente que justificaría la revocación o modificación de las condiciones que le fueron impuestas por la Comisión serían los cambios normativos aplicables a las licitaciones de infraestructura de transmisión eléctrica. Al respecto, ISA señaló lo siguiente:

002373

- (i) El 20 de enero de 2007 se emitió la Ley 28958 que modificó el artículo 22 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica¹⁷, permitiéndose así que las licitaciones de transmisión fueran realizadas no solo por el MEM, sino también por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, PROINVERSION), sujetándose para ello en las normas propias de dicha entidad. Esta modificación fue recogida posteriormente en el artículo 20 del Reglamento de Transmisión, Decreto Supremo 027-2007-EM¹⁸, norma que desarrolla lo dispuesto en la Ley 28832, en relación con las licitaciones de transmisión.
- (ii) Las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSION para realizar las licitaciones de transmisión se encuentran contenidas en el Decreto Supremo 059-96-PCM, 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, así como su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 060-96-PCM.
- (iii) Dichas normas establecen un diseño de adjudicación a la mejor oferta presentada en sobre cerrado, evitando así la posibilidad de

¹⁶ ISA presentó copia de las actas de sesiones del Subcomité de Transmisores del COES que fueran requeridas mediante Carta 122-2013/SDC-INDECOPI.

¹⁷ LEY 28958. LEY QUE SUSTITUYE EL LITERAL B) DEL PÁRRAFO 22.2 DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 28832, LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA.

Artículo Único.- Objeto de la Ley

Sustitúyase el literal b) del párrafo 22.2 del artículo 22 de la Ley N° 28832, por el siguiente texto:

"Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión

(...)

22.2 Para las instalaciones comprendidas en el Sistema Garantizado de Transmisión se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

b) El Ministerio podrá conducir directamente o encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. Si son encargados, estos procesos de licitación se realizarán al amparo de las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para estos efectos. En el caso de instalaciones de Refuerzo, el titular de la concesión de transmisión tendrá la preferencia para ejecutarlas directamente. De no ejercer dicha preferencia, el proyecto de la instalación de Refuerzo se incluirá en los procesos de licitación."

¹⁸ **DECRETO SUPREMO 027-2007-EM. REGLAMENTO DE TRANSMISIÓN.**

Artículo 20.- Proceso de Licitación para Implementar el Plan de Transmisión

(...)

20.2 El Ministerio tendrá a su cargo la convocatoria, difusión y conducción del proceso de Licitación, adjudicación y firma del Contrato de Concesión de SGT. El Ministerio, mediante Resolución Ministerial, podrá encargar a ProInversión la conducción del proceso de licitación hasta la adjudicación de la buena pro, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso b) del numeral 22.2. del Artículo 22 de la Ley.

que un postor conozca las ofertas de los demás competidores, con lo cual no se permitiría el comportamiento oportunista que consideró posible la Comisión al imponer las condiciones cuestionadas¹⁹.

002374

- (iv) Asimismo, todas las licitaciones de infraestructura de transmisión eléctrica (celebradas por PROINVERSION o el MEM) que se han realizado con posterioridad a la imposición de las condiciones de la Comisión han utilizado el diseño antes mencionado.
- (v) Como consecuencia de dicho cambio normativo, ni los postores en general ni el Grupo ISA en particular, pueden conocer o determinar cuál sería el postor más competitivo ni los valores que ofertarán como costo total de transmisión o como plazo de puesta en operación comercial.
- (vi) Por ello, en cada licitación de infraestructura de transmisión eléctrica, los postores deben hacer sus evaluaciones independientemente y así presentar su mejor oferta, sin que exista razón alguna para asumir que el Grupo ISA pueda estar en mejor condición para predecir la agresividad, el comportamiento y la oferta de cualquier postor, y menos aún la del postor más competitivo, en tanto que la valoración de cada postor respecto de la concesión es distinta.

18. El 9 de enero de 2014, el OSINERGMIN presentó su opinión técnica señalando lo siguiente:

- (i) El levantamiento de la primera condición impuesta a ISA mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC no tendría efectos directos en las futuras inversiones, en las condiciones de oferta y demanda ni en las tarifas eléctricas dado el marco regulatorio vigente. Sin perjuicio de ello, de levantarse la primera condición se afectaría la composición de los votos en el COES, afectando potencialmente las decisiones adoptadas en cada uno de sus órganos de decisión. No obstante, las funciones del COES son reglamentadas por el MEM y reguladas y supervisadas por el OSINERGMIN.
- (ii) El levantamiento de la segunda condición podría tener efectos en las licitaciones de construcción y ampliación del sistema de transmisión,

19

DECRETO SUPREMO 060-96-PCM. REGLAMENTO 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.

Artículo 18.- Las propuestas se presentarán a la mano y en sobre cerrado.

A la hora indicada en la convocatoria se iniciará el Acto. Sin embargo, en las bases podrá señalarse un plazo de tolerancia, el que en ningún caso podrá exceder de media hora. A partir de ese momento no se recibirá propuesta alguna.

Artículo 22.- La concesión se otorgará al titular de la propuesta más conveniente, por acuerdo del Comité Especial que será comunicado a los postores en la fecha establecida en las bases. Acto que contará con la presencia de un Notario Público.

El Comité Especial podrá desestimar todas las propuestas presentadas cuando no resultaran convenientes, sin obligación de pago de indemnización alguna en favor de los postores.

en especial considerando la elevada concentración en el resultado de las licitaciones realizadas por PROINVERSION y el MEM desde el 2009 a julio de 2013, en las cuáles ISA y el Grupo Abengoa se adjudicaron más del 70% del total.

- (iii) Tomando en cuenta ello, el levantamiento de la segunda condición podría incentivar prácticas colusorias horizontales entre ISA y Abengoa, dejando de participar en la primera convocatoria para que esta sea declarada desierta y se incremente el precio de referencia en la segunda, repartiéndose las líneas de transmisión licitadas.
 - (iv) Esto afectaría la competencia por el mercado, eventualmente elevando los precios de provisión del servicio de transmisión, lo cual impactaría directamente sobre la tarifa eléctrica.
19. El 24 de enero de 2014 se realizó una segunda reunión entre la Secretaría Técnica de la Sala y los representantes de ISA, en la cual la mencionada empresa expuso nuevamente los principales fundamentos de su solicitud y, del mismo modo, realizó comentarios respecto de las respuestas presentadas por la Comisión y por el OSINERGMIN.
20. El 4 de febrero de 2014, la Secretaría Técnica de la Sala emitió el Informe 004-2014/SDC-INDECOPI, mediante el cual recomendó a la Sala ampliar el plazo para emitir su decisión por treinta (30) días de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 del Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Para sustentar su recomendación, esta Secretaría Técnica se basó en lo siguiente:
- (i) A la fecha de la emisión del Informe 004-2014/SDC-INDECOPI, las siguientes entidades no habían presentado su opinión técnica: MEM, MTC, y la Defensoría. Resulta relevante contar con la opinión de cada una de estas entidades y, en especial, del MEM, quien se encarga de otorgar las concesiones para la construcción de infraestructura de transmisión eléctrica en su calidad de titular del sector energético y por lo cual la decisión de la Sala podría incidir directamente en el cumplimiento de sus funciones.
 - (ii) Si bien el OSINERGMIN indicó que no existirían efectos en futuras inversiones, ni en condiciones de oferta y demanda, o en las tarifas eléctricas como consecuencia del levantamiento de la primera condición, posteriormente indicó que ello afectaría la composición de votos dentro del COES. En tal sentido, resulta necesario solicitar a dicha entidad indicar si, a su criterio, dicha modificación en la composición de votos afectaría de alguna forma el mercado eléctrico peruano.
21. El 10 de febrero de 2014, el MTC remitió su opinión técnica, indicando lo siguiente:

(i) El levantamiento de la primera condición no generaría ningún efecto sobre los servicios de telecomunicaciones.

~~002376~~

(ii) En relación con la segunda condición, dado que ISA es una empresa dominante y participa en el mercado de telecomunicaciones a través de su vinculada Internexa, quien ofrece servicios portadores sobre su red de fibra óptica, podría denegar el acceso de otros operadores de telecomunicaciones a sus líneas de transmisión por favorecer a su vinculada.

(iii) No obstante, la probabilidad de que ello suceda se reduciría debido a la existencia de mecanismos legales y regulatorios para facilitar a las empresas de telecomunicaciones y al operador de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica el acceso y uso de la infraestructura eléctrica.

(iv) En particular, independientemente de quién gane las futuras licitaciones, se encontrará en la obligación de incluir cables de fibra óptica en los tramos utilizados por la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. Asimismo, el Operador de la Red Dorsal debe ofrecer servicios portadores de transporte de datos o alquiler de circuitos a la empresa de telecomunicaciones que se lo solicite de una forma no discriminatoria y aplicando precios regulados.

(v) En tal sentido, dada la normativa actual en telecomunicaciones, la segunda condición tampoco afectaría a dicho mercado, a pesar de que ISA sea dominante.

22. El 17 de febrero de 2014, la Defensoría del Pueblo remitió su opinión técnica y señaló lo siguiente:

(i) ISA aún mantiene una participación importante en el mercado de transmisión, por lo que considera necesario que se mantengan las condiciones impuestas por la Comisión.

(ii) Es necesario contar con la opinión del MEM, quien es la entidad encargada de aprobar el Plan de Transmisión Eléctrica.

23. Con fecha 18 de febrero de 2014, la Sala emitió la Resolución 0240-2014/SDC-INDECOPI, mediante la cual dispuso ampliar por treinta (30) días hábiles el plazo para emitir su pronunciamiento respecto de la solicitud de revocación presentada por ISA.

24. Con fecha 19 de febrero de 2014, la Secretaría Técnica de la Sala solicitó al OSINERGMIN una precisión sobre su opinión respecto de una eventual afectación sobre la competencia en el mercado eléctrico peruano como consecuencia del levantamiento de la condición impuesta por la Comisión, en tanto señalaron que ello afectaría la composición de votos del COES.

25. El 26 de febrero de 2014, el MEM remitió su opinión técnica indicando lo siguiente:

- 002377
- (i) Respecto de la primera condición, si bien el Grupo ISA no puede en la actualidad ejercer una posición preponderante, aún mantiene una participación significativa en el mercado de transmisión.
 - (ii) En relación con la segunda condición, esta debería mantenerse, puesto que ISA posee el 65% del tendido de líneas de transmisión, lo cual le otorga ventajas sobre las demás empresas dentro del sistema secundario y/o complementario de transmisión.

26. El 19 de marzo de 2014, el OSINERGMIN precisó los alcances de su opinión técnica remitida el 9 de enero de 2014 y señaló que existen otros grupos empresariales que participan en el segmento de transmisión eléctrica con mayor influencia que la del Grupo ISA pero sin llegar a poder adoptar acuerdos unilateralmente. Así, el organismo regulador consideró que el levantamiento de la primera condición no tendría efectos considerables debido a que el ordenamiento legal limita la capacidad de toma de decisiones de los agentes al interior del COES.

27. El 25 de marzo de 2014, el MEM presentó la siguiente información requerida mediante Oficio 014-2014/SDC-INDECOPI del 10 de marzo de 2014:

- (i) Copias simples de las Actas de Presentación y Apertura de Sobres y Buena Pro de las Licitaciones referidas a la LT Chilca-La Planicie-Zapallal, LT Carhuaquero-Cajamarca Norte-Cáclic-Moyobamba y el Reforzamiento de la LT Centro Norte-Medio Zapallal-Trujillo.
- (ii) Detalle de las licitaciones convocadas por el MEM.

28. Del mismo modo, el MEM indicó en la referida comunicación los principales componentes considerados al determinar el valor de referencia. Asimismo, señaló que no se proponen medidas nuevas para fomentar la competencia en los procesos de licitación para nuevas líneas de transmisión, puesto que estos procesos han sido a la fecha exitosos.

29. El 27 de marzo de 2014, ISA presentó un escrito en el cual detalló su postura respecto de las opiniones presentadas por la Comisión, el OSINERGMIN, la Defensoría, y el MEM. Entre otros aspectos indicó lo siguiente:

- (i) La razón por la que se impuso la segunda condición no fue la elevada participación en el mercado de transmisión ni su nivel de concentración, pues se trata de un mercado regulado. La preocupación radicaba, más bien, en que se garantizara suficiente competencia por el mercado.

- (ii) La competencia por el mercado no depende de la competencia en el mercado, pues se recurre a la primera en ausencia de la última. Así, la existencia y magnitud de la competencia depende de que haya interesados en participar en las subastas y que estos se encuentren en similares condiciones para competir incluso con quienes ya operan monopolios naturales en el mercado. ~~002378~~
- (iii) Cuando la Comisión autorizó la operación de concentración, existían dudas respecto de los dos aspectos detallados previamente. Sin embargo, existieron factores tales como la promulgación de la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica –que, entre otros aspectos, garantizaba la estabilidad en el ingreso de los inversionistas– que incentivaron la competencia por el mercado.
- (iv) Así, en las licitaciones llevadas a cabo hasta 2013 ha habido como mínimo 3 postores calificados en cada licitación. Con ello, se descarta cualquier duda que la Comisión tuvo en el año 2006 respecto de la competencia por el mercado de licitaciones.
- (v) Del mismo modo, existieron cambios normativos con posterioridad a la decisión de la Comisión. En particular, la Ley 28958, que sustituyó el literal b) del numeral 22.2 del artículo 22 de la Ley 28832, permitía que PROINVERSIÓN llevara a cabo las licitaciones bajo sus propias reglas, las cuales establecen un diseño de adjudicación a la mejor oferta presentada en sobre cerrado. Así, los postores rivalizan tanto en la etapa de precalificación como en la de presentación de sus ofertas y se encuentran en igualdad de condiciones, pues la información de los postores precalificados y, posteriormente, sus ofertas, son conocidas al mismo tiempo por todos. Por esta igualdad de condiciones, 6 de las 12 licitaciones adjudicadas por PROINVERSIÓN han sido ganadas por ISA.
- (vi) ISA concuerda con el MEM en que el levantamiento de la segunda condición no afectará las licitaciones que compongan el Sistema Garantizado de Transmisión (en adelante, SGT), pues ISA no ostenta ventajas frente a los demás postores. Por ello, no concuerda con el hecho de que tanto la Comisión como la Defensoría hayan evaluado únicamente el nivel de participación de ISA en el mercado de transmisión. En el supuesto negado de que ISA ostentara ventajas sobre los demás postores dadas por su alta participación en el mercado de transmisión, habría ganado la totalidad de licitaciones presentando su mejor oferta.
- (vii) La opinión del OSINERGMIN señala que, en ausencia de la condición, ISA podría abstenerse de participar en la primera convocatoria para mejorar su posición en la segunda. Para llegar a tal conclusión, la entidad asumió dos posibles escenarios: (i) que no exista competencia potencial en la primera convocatoria; o, (ii)

que ISA espere que los demás interesados no compitan activamente. Sin embargo, ninguno de los escenarios asumidos por la entidad ocurren en los hechos.

- (viii) Del mismo modo, el OSINERGMIN planteó su preocupación por un posible escenario de colusión con el Grupo Abengoa; no obstante, el levantamiento de la segunda condición no modificará los incentivos a competir por parte de los postores por lo que la probabilidad de colusión es nula. Asimismo, el mantener la condición para conseguir el objetivo de proteger la competencia por el mercado ante un riesgo de supuesta colusión no supera el test de razonabilidad, en tanto no es idónea, necesaria ni proporcional.
- (ix) Respecto de la preocupación del MEM sobre la competencia en licitaciones que forman parte del Sistema Complementario o Secundario de Transmisión, el mantenimiento de la condición no cumpliría con el test de razonabilidad, pues la competencia en estas licitaciones depende del número de postores, reglas de presentación y calificación de ofertas para la selección del ganador.
- (x) Si bien la Comisión y la Defensoría señalaron que la primera condición debía mantenerse, las condiciones que motivaron la decisión de la primera instancia han cambiado. En particular, en diciembre de 2006 existían únicamente 5 concesionarios de transmisión registrados en el COES de los cuales 3 pertenecían al Grupo ISA, por lo que habría existido una preocupación de que ISA pudiera ejercer preponderancia en la toma de decisiones. Sin embargo, dado el marco normativo dictado con posterioridad a la decisión de la Comisión y la actual composición de concesionarios de transmisión en el COES, la preocupación de la primera instancia habría desaparecido.

30. El 1 de abril de 2014, se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la presencia de los representantes de ISA, así como de las siguientes entidades: MTC, OSINERGMIN, y OSIPTEL.

III. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD FORMULADA POR ISA

III.1 EL PROCEDIMIENTO DE REVOCACIÓN Y LA REVISIÓN DE LAS CONDICIONES DERIVADAS DE LA AUTORIZACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

31. Conforme se aprecia de la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, la solicitud presentada por ISA para la eliminación de las condiciones que le fueran impuestas mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC y complementada por la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, fue calificada como una solicitud de revocación, motivo por el cual en este apartado se efectuarán algunas precisiones de índole normativo y jurisprudencial a efectos de evaluar el pedido formulado por la empresa.

III.1.1 El procedimiento de revocación en la Ley 27444

002380

32. Luego de emitido el acto administrativo, existen tres (3) vías a través de las cuales la Administración Pública puede revisar sus propios actos:
- (i) La rectificación de errores, a través de la cual se enmiendan errores materiales o aritméticos que no alteren el contenido de lo decidido²⁰.
 - (ii) La declaración de nulidad de oficio²¹, a través de la cual se revisan actos administrativos que contienen vicios desde el momento de su emisión y que afectan el interés público.
 - (iii) La revocación, a través de la cual la autoridad efectúa una evaluación posterior de su pronunciamiento a efectos de verificar si, en mérito de circunstancias sobrevinientes, los actos administrativos que en su oportunidad confirieron derechos o impusieron medidas de gravamen a los administrados deben ser revocados, modificados o sustituidos, siempre que se siga con el procedimiento establecido para tal efecto en la ley.
33. Con relación a este último supuesto, Morón Urbina señala que la revocación consiste en la potestad excepcional que la ley otorga a la Administración para que, de manera directa, de oficio y mediante un nuevo acto administrativo, modifique, reforme, sustituya (total o parcialmente), o extinga los efectos de un acto administrativo emitido en su oportunidad conforme a derecho pero que debido a circunstancias extrínsecas y posteriores debe ser variado²².
34. Así, la revocación constituye un mecanismo de revisión de oficio de actos administrativos, a través del cual la autoridad reevalúa los presupuestos que sustentaron su pronunciamiento para verificar si estos factores han permanecido en el tiempo o si, por el contrario, surgen nuevas variables que llevarían a que posteriormente se modifiquen los alcances de la decisión administrativa. En tal sentido, Maurer señala lo siguiente²³:

²⁰ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 201.- Rectificación de errores

201.1 Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

201.2 La rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original.

²¹ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 202.- Nulidad de oficio

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada también por resolución del mismo funcionario. (...)

²² MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Gaceta Jurídica. Novena Edición. Lima. 2011. Pg. 589.

²³ MAURER, Harmut. "Derecho Administrativo. Parte General". Editorial Marcial Pons. Madrid. 2011. Pg. 330.

"La revocación tiene por objeto, en principio, actos conformes a Derecho. Al igual que ocurre con los actos favorables, la revocación se plantea en aquellos casos en que se produce un cambio material o jurídico que afecta a la base sobre la que se sustenta un acto administrativo con efectos prolongados".

35. A modo de ejemplo, si a raíz de un cambio de zonificación se vuelven incompatibles los giros de algunos negocios, la administración puede seguir el procedimiento de revocatoria de las licencias de funcionamiento otorgadas previamente, en tanto tales negocios ya no cumplen con los requisitos exigidos para funcionar.
36. Ahora bien, conforme señalan autores como Maurer²⁴, Fortes²⁵, o Morón Urbina²⁶, la figura de la revocación puede ser lesiva al principio de seguridad jurídica²⁷ si es que no cuenta con una adecuada regulación que

²⁴ Ibídem. Pg. 324 y 325.

²⁵ Así Fortes Martín señala lo siguiente:

"(...) las relevantes consecuencias que se derivan de la revocación de un acto administrativo, máxime por las repercusiones que plantea de cara a la seguridad jurídica del destinatario del acto, obligan a que la acción revocatoria deba producirse mediante la ineludible observancia de una serie de requisitos o exigencias. Por ello no cabe el ejercicio de esa potestad por parte de la Administración sin que previamente una norma habilite y determine en forma taxativa los supuestos en que la revocación puede producirse."

FORTES MARTÍN, Antonio. "Estudio sobre la revocación de los actos administrativos" Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000100007&script=sci_arttext. Fecha de última visita: 03/03/14.

²⁶ En tal sentido, Morón Urbina indica:

"No cabe duda que tanto la revocación como la seguridad jurídica son necesarias dentro del Estado de Derecho. La autoridad debe poder siempre atender el interés público a su cargo actualizando sus actuaciones. Por otro lado, las decisiones estatales deben ser cada vez más predecibles y permitir a los administrados adoptar decisiones en función de ellas, tener la expectativa razonablemente fundada acerca de cuál será el sentido de la futura actuación del poder y de que sus márgenes de actuación, respaldados por el Derecho, no serán brusca o arbitrariamente desconocidos o modificados por la autoridad y que cuando el cambio deba suceder se le resguarde razonablemente sus derechos. Por ello es que es necesario compatibilizar esa adaptación al variable interés público sobreviniente con el principio igualmente valioso de dar seguridad jurídica a los ciudadanos y, en específico, con la confianza legítima que debe también dispensarse a quienes de buena fe han obtenido del acto original alguna situación jurídica individual favorable."

MORÓN URBINA, Juan Carlos. "La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica". Revista Derecho PUCP N° 67. Editada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2011. Pg. 424 y 425.

²⁷ Si bien la seguridad jurídica no está mencionada de forma expresa en la Constitución Política del Perú, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como un principio consustancial al estado de derecho implícito en la Constitución. Así en la sentencia recaída en el Expediente 0016-2002-AI/TC, el mencionado Colegiado señaló lo siguiente:

"La seguridad jurídica como principio constitucional

En primer término, y dado que a diferencia de otras constituciones comparadas, nuestra Norma Fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional, es menester que este Tribunal determine si el principio aludido es uno de rango constitucional, y, por ende, si es susceptible de alegarse como afectado a efectos de determinarse la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o parte de ésta.

El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.

establezca los supuestos bajo los cuales procede y determine un sistema de garantías mínimas para las partes intervinientes o potencialmente afectadas.

37. En atención a ello, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ha establecido algunas pautas obligatorias que se deben cumplir en el marco del procedimiento de revocación:

- a) En el caso de los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no es posible iniciar el procedimiento de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. En otras palabras, no puede recurrirse a la revocación por un simple cambio de criterio de la administración, sin que medien nuevas circunstancias que la justifiquen²⁸.
- b) La revocación debe ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, garantizando el derecho de defensa de los afectados²⁹.
- c) Debe indemnizarse a los afectados por los perjuicios económicos causados³⁰.
- d) Surte efectos a futuro y solo es posible iniciarlo en tres supuestos³¹:

Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, párrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, párrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley") y 139º, inciso 3, ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación").

²⁸ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 203.- Revocación

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.
(...)

²⁹ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 203.- Revocación

(...)

203.3 La revocación prevista en este numeral sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.

³⁰ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 205.- Indemnización por revocación

205.1 Cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa.
(...)

³¹ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 203.- Revocación

(...)

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

- i. Cuando la facultad revocatoria haya sido establecida por una norma de rango legal.
- ii. Cuando desaparezcan las condiciones indispensables según la ley para dicha declaración o constitución de derechos o intereses.
- iii. Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca a los destinatarios del acto y no se dañe a terceros.

002383

38. Con relación al numeral (iii) precedente, Morón Urbina señala lo siguiente³²:

"Un último supuesto comprendido en esta categoría es la revocación de actos de gravamen impuestos a los ciudadanos (...). Para ello, el legislador ha asignado el artículo 203.2.3 para facultar la revocación de estos actos siempre que se satisfaga la exigencia que se funde en la apreciación de «elementos de juicio sobrevinientes», y siempre que con ello «se favorezca legalmente a los destinatarios del acto» así como que, a su turno «no se genere perjuicios a terceros», como podría ser si la revocación en el caso concreto fuese una decisión discriminatoria para algún administrado en la misma situación."

39. Por ello, la Sala concluyó en la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI que, de conformidad con la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, resultará posible la revocación de los actos administrativos en el extremo que imponen una medida de gravamen (como aquellos que imponen cargas o condiciones a los administrados) si se verifica que: (i) se trata de una actuación que concede beneficios o impone gravámenes o cargas a los administrados; (ii) existen circunstancias sobrevinientes que resulten objetivas y contrastables; y, (iii) no se producen daños a terceros³³.
40. En el caso bajo análisis, es importante resaltar las particularidades propias del presente procedimiento, en el cual se evalúa la pertinencia de mantener las medidas de gravamen impuestas a ISA como consecuencia de la aprobación de la operación de concentración empresarial por parte de la Comisión mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC y Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC.
41. En ese orden de ideas, a continuación se desarrollarán brevemente los alcances del referido procedimiento para posteriormente identificar los objetivos que buscan las medidas de gravamen (condiciones) que se imponen a los administrados en el marco de dichas operaciones. A partir de tal identificación se podrá dotar de contenido a los requisitos

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

(...)

³² MORÓN URBINA, Juan Carlos. "La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica". Op. Cit. Pg. 432 y 433.

³³ En tal sentido, ver el numeral 26 de la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI.

mencionados en el párrafo 37 del presente informe para la evaluación de la solicitud de revocación formulada por el Grupo ISA.

III.1.2 El procedimiento de control de concentraciones

002384

42. El control de concentraciones, también denominado control de estructuras³⁴, forma parte de las políticas de competencia contenidas en la legislación nacional y extranjera³⁵ con la finalidad de condicionar a la evaluación de las autoridades aquellas operaciones de concentración empresarial que puedan conllevar a la generación de obstáculos significativos sobre la competencia efectiva en un mercado determinado.
43. En el Perú, el control de estructuras se contempla únicamente para el sector eléctrico. En tal sentido, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico³⁶, el objeto

³⁴ Cabe resaltar que existe una diferencia en el derecho de la competencia entre los procedimientos de control de conductas y los de control de estructuras. Para tal efecto, Sergio Salinas señala, por un lado, lo siguiente con relación al control de conductas:

"La regulación de conductas sanciona las prácticas empresariales anticompetitivas, como por ejemplo: la coordinación del comportamiento entre empresas para evitar riesgos de la competencia; la realización de dumping o precios predatorios; establecimiento de barreras de acceso a nuevos competidores para tener libertad de fijar precios u otras condiciones de intercambio, provocando perjuicios en el mercado (...)"

Por otro lado, con relación al control de estructuras, dicho autor señala lo siguiente:

"De otro lado, y en contraposición al régimen de control de conductas, la regulación de estructuras cuida que la conformación del mercado permita el desarrollo de la actividad empresarial en libre competencia. Bajo este enfoque, la justificación del control de estructuras de mercado se basa justamente en la protección de la libre competencia. Se asume, de antemano, que los monopolios u oligopolios son perjudiciales pues generan incentivos económicos ineficientes, y que el control de concentraciones facilitaría la prevención o disuasión de dichas situaciones".

SALINAS RIVAS, Sergio. *"La ley antimonopolio y antioligopolio en el sector eléctrico. ¿sobre regulando el mercado?"*. Revista Ius et Veritas. N° 33. Pg. 154.

³⁵ Así, por ejemplo, en la Comunidad Europea, el numeral 2 del Reglamento (CE) 139/2004 –Reglamento comunitario de concentraciones–, establece que el objetivo de un régimen de control de fusiones es principalmente garantizar que la competencia no sea distorsionada. Al respecto, en el numeral 5 se señala que las disposiciones en esta materia buscan regular aquellas concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Considerando que los obstáculos significativos a la competencia se derivan de la creación o refuerzo de una posición dominante, se entiende precisamente que una concentración que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en parte sustancial del mismo, en particular cuando ello resulte de la creación o refuerzo de una posición dominante, se debe declarar incompatible con el mercado común (Punto 26 del Reglamento (CE) 139/2004).

En el caso de los Estados Unidos, la Sección 7 de la *Clayton Act*, norma que desarrolla el control de fusiones empresariales, establece como prohibición las adquisiciones directas o indirectas de empresas que participan del comercio, cuando el efecto de dichas operaciones puede ser substancialmente lesivo para la competencia o tienda a crear un monopolio.

En igual sentido, los *Horizontal Merger Guidelines* utilizados por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión Federal de Comercio, aplicables a las fusiones sujetas a la Sección 7 de la *Clayton Act*, establecen que las fusiones no deberían permitir crear o realzar el poder de mercado por parte de una empresa ni facilitar su ejercicio, siendo el intento de la política de fusiones impedir problemas de competencia desde su inicio.

³⁶ LEY 26876. LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLIGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

Artículo 1.- Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

del análisis de la autorización previa de una operación de concentración es el de evitar aquellas operaciones que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en el mercado eléctrico.

44. Para determinar si la operación de concentración empresarial puede tener como efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en las actividades del sector eléctrico, el artículo 19 del Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, establece que la Comisión debe considerar en su análisis, por lo menos, los siguientes factores:

- (i) La posición de las empresas participantes en el mercado;
- (ii) la delimitación del mercado relevante;
- (iii) la estructura del mercado relevante;
- (iv) las posibilidades de elección de proveedores, distribuidores y usuarios;
- (v) la existencia de barreras de entrada al mercado (sean estructurales, estratégicas o legales);
- (vi) la evolución de la oferta y la demanda;
- (vii) la evolución del progreso técnico o económico;
- (viii) la perspectiva de integración con otros mercados; y,
- (ix) el efecto de la operación en los distintos mercados relevantes en el corto y largo plazo.

45. Asimismo, el mencionado artículo establece que la evaluación de la operación de concentración empresarial por parte de la Comisión o la Sala deberá comprender, entre otros, los siguientes aspectos:

- (i) Si la operación puede contribuir a la mejora de los sistemas de producción y comercialización, al progreso técnico y económico y a los intereses de los usuarios³⁷.
- (ii) Si la operación puede crear eficiencias dentro del mercado y si dicho aporte es suficiente para compensar los efectos restrictivos de la competencia³⁸.
- (iii) Si la operación produce un aumento significativo de la concentración en el mercado a niveles que limiten significativamente la competencia.
- (iv) Si la operación facilita sustancialmente la realización de prácticas colusorias que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia, así como la imposición de barreras a la entrada de competidores potenciales.

³⁷ La carga de la prueba sobre este aspecto le corresponde a las empresas que solicitan la autorización previa, conforme al artículo 20 del Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

³⁸ Ibídem.

- (v) Si la operación tiene o puede tener por objeto desplazar indebidamente del mercado a otras empresas, o impedirles el acceso al mismo, especialmente en operaciones entre empresas que realicen actividades en diferentes segmentos de la cadena productiva.

002385

46. Conforme se verifica de lo anterior, la evaluación que se realiza en un procedimiento de autorización previa de una operación de concentración empresarial implica analizar no solo el comportamiento de una serie de variables apreciables a la fecha de presentación de la solicitud, sino que también demanda la necesidad de realizar un análisis prospectivo respecto a cómo se comportaría el mercado involucrado ante la eventual decisión que adopte la autoridad competente³⁹.
47. A diferencia de lo que ocurre en un procedimiento de control de conductas (tales como abuso de posición de dominio o realización de prácticas colusorias) –en el que se evalúan eventos pasados o que, en su defecto, siguen surtiendo efectos a la fecha de inicio del procedimiento–, en el caso del control de concentraciones empresariales no sólo resulta de capital importancia analizar las condiciones del mercado al momento de presentada la solicitud, sino que puede ser aún más relevante el análisis que se efectúe de forma prospectiva sobre las condiciones de competencia en el mercado.
48. Así, algunos autores coinciden en señalar que esta clase de procedimientos brinda un espacio para el análisis prospectivo de efectos económicos⁴⁰ mediante el cual se busca prevenir los posibles efectos negativos que podría producir una operación de concentración empresarial sobre las condiciones de competencia en el mercado.
49. En ese orden de ideas, conforme lo señala la Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo (en adelante, OECD, por sus siglas en inglés⁴¹), esta clase de análisis prospectivo involucra una complejidad particular, puesto que deberá efectuarse una proyección respecto a los efectos económicos de una operación empresarial anticipándose a la respuesta del mercado frente a factores tan dinámicos como son los

³⁹ Ello ha sido señalado por la Comisión Nacional de la Competencia de España (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) en su pronunciamiento emitido el 7 de julio de 2010, en el marco del Expediente VIG-003-08 GAS NATURAL UNIÓN FENOSA:

"El análisis del control de concentraciones es de carácter prospectivo, de tal manera que tanto las partes como la autoridad tienen en cuenta la evolución previsible de los mercados".

⁴⁰ Así, autores tales como Jiménez- Laiglesia, y Masía señalan lo siguiente:

"En cualquiera de los sentidos propuestos el derecho de defensa de la competencia, versión control de concentraciones, es un marco legal para el análisis especulativo de efectos económicos. Efectos económicos que las partes que proponen una operación (independientemente de la motivación de ésta) anticipan y que gozan, por tanto, de carácter prejurídico."

JIMÉNEZ – LAIGLESIA, José María; JIMÉNEZ – LAIGLESIA, Juan y MASÍA, Jorge, "Examen de concentraciones en el sector energético español". Publicado en: "Derecho de la Competencia y Energía Eléctrica". Editorial Thomson Reuters. Navarra. 2009. Pg. 292.

⁴¹ Organisation for Economic Co-Operation and Development.

cambios tecnológicos, los acuerdos contractuales, o los regímenes sofisticados de regulación⁴².

002387

50. De este modo, si como consecuencia del análisis antes descrito, la Comisión o la Sala considerasen que la operación de concentración empresarial no afecta real o potencialmente el mercado eléctrico, corresponderá disponer su aprobación.
51. No obstante, si, por el contrario, se verifica que la concentración empresarial puede tener como efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica o en los mercados relacionados, la Comisión o la Sala, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 26876⁴³, podrán denegar la autorización solicitada o, en su defecto, podrán adoptar las siguientes medidas:
- (i) Sujetar la realización de la operación de concentración empresarial al cumplimiento de determinadas condiciones.
 - (ii) Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda.
 - (iii) Si los interesados incumplieran la orden de desconcentración, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico⁴⁴, el Indecopi podría iniciar las acciones que resulten necesarias, incluyendo las de naturaleza

⁴² Así la OECD, en su documento titulado "Managing Complex Merger Cases" publicado en el año 2007 y disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/41651401.pdf> (fecha de última visita: 24/06/14), señala lo siguiente:

"La evaluación de las concentraciones empresariales se ha vuelto cada vez más compleja, ya que las agencias de competencia enfrentan complicados asuntos analíticos, acuerdos contractuales complejos, tecnología sofisticada o regímenes regulatorios complejos que afectan el análisis de los efectos sobre la competencia o la evaluación de remedios necesarios".

Traducción libre del siguiente texto: "The assessment of mergers has become increasingly complex, as agencies confront challenging analytical issues, complex contractual arrangements, sophisticated technology or complex regulatory regimes which affect the analysis of competitive effects or the assessment of needed remedies".

⁴³ LEY 26876. LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTILIGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

Artículo 5.- Si de la investigación o del procedimiento respectivo resultará que los actos de concentración pudiesen tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, la Comisión de Libre Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su caso, podrán adoptar las siguientes medidas:

- a). Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que determine;
- b). Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda. El ejercicio directo o indirecto del control a través del ejercicio del derecho de voto de las acciones o de cualquier otro acto jurídico que confiera el control sobre la empresa objeto de concentración, quedará en suspenso hasta el cumplimiento definitivo del mandato de desconcentración.

⁴⁴ LEY 26876. LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTILIGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

Artículo 7.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente, el incumplimiento de la resolución que dispone la desconcentración, facultará a INDECOPÍ a disponer e iniciar las acciones que resulten necesarias, incluyendo las de naturaleza judicial, con el objeto de dejar sin efecto el acto de concentración realizado, tales como: la venta de los activos productivos o las acciones, la declaración de nulidad del acto de concentración por vulnerar normas de orden público, entre otras, de acuerdo a lo que se disponga en el reglamento de la presente Ley.

judicial, con la finalidad de dejar sin efecto el acto de concentración empresarial realizado sin autorización. Estas acciones podrán ser, entre otras, la venta de los activos productivos o las participaciones sociales, así como la declaración de nulidad del acto de concentración empresarial por vulnerar normas de orden público.

002388

52. Así, un escenario posible en esta clase de procedimientos es que la autoridad sujete la aprobación de la operación de concentración empresarial a la observancia de determinadas condiciones, las cuales devienen necesariamente en restricciones o cargas para las empresas involucradas.

III.1.3 Experiencia comparada en condiciones impuestas en una operación de concentración empresarial y su revisión

53. Tal como sucede en países como Estados Unidos de América⁴⁵, Canadá⁴⁶, Inglaterra⁴⁷, Chile⁴⁸ o también en la Unión Europea⁴⁹, en el caso peruano se ha reconocido la potestad de la autoridad de competencia para imponer condiciones a los agentes privados a efectos de evitar posibles daños al mercado o salvaguardar el grado de competencia deseable⁵⁰.
54. Ahora bien, conforme se verá a continuación, la experiencia comparada reconoce que las condiciones que puede imponer una autoridad de competencia en el marco de la evaluación de una operación de concentración empresarial pueden ser de tipo estructural o conductual.
55. Por un lado, las denominadas condiciones estructurales suelen implicar la reasignación de los derechos de propiedad. Así, en aplicación de estas condiciones se puede exigir la venta de activos intangibles como, por ejemplo, la venta de una marca o tangibles como la venta de determinada infraestructura.

⁴⁵ Sobre el particular resulta relevante el documento titulado "Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies" publicado por el Departamento de Justicia de Estados Unidos. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/205108.htm>. Fecha de última visita: 23/06/14.

⁴⁶ En tal sentido ver el documento titulado "Information Bulletin on Merger Remedies in Canada" del Competition Bureau de Canadá. Disponible en: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02170.html>. Fecha de última visita: 23/06/14.

⁴⁷ Al respecto, consultar el documento titulado "Merger Remedies: Competition Commission Guidelines" elaborado por la Competition Commission de Inglaterra. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284415/cc8.pdf. Fecha de última visita: 19/06/14.

⁴⁸ Conforme se aprecia en la "Guía para el análisis de operaciones de concentración", elaborado por la Fiscalía Nacional Económica de Chile. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>. Fecha de última visita: 18/06/14.

⁴⁹ Sobre el particular, la Comisión Europea emitió la "Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) N°139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) N°802/2004 de la Comisión". Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files/remedies/remedies_notice_es.pdf. Fecha de última visita: 18/06/14.

⁵⁰ En la misma línea, ver: BALTO, David y PARKER, Richard. "The Evolving Approach to Merger Remedies". Disponible en: <http://www.ftc.gov/public-statements/2000/05/evolving-approach-merger-remedies>. Fecha de última visita: 23/06/14.

56. Por otro lado, las denominadas condiciones de comportamiento se encuentran vinculadas con la restricción de derechos de propiedad o libertad económica⁵¹ tales como la obligación de realizar contabilidad separada entre las empresas del grupo o el deber de trato no discriminatorio a sus clientes, entre otras.
57. A diferencia de las condiciones estructurales, cuyos efectos son irreversibles y no requieren de ningún tipo de seguimiento por parte de la autoridad de competencia una vez implementadas, las condiciones de comportamiento usualmente se encuentran asociadas a una limitación temporal⁵² y pueden ser posteriormente modificadas a partir de un cambio de circunstancias⁵³. En particular, dado que estas condiciones se basan en supuestos respecto de la evolución del mercado, surge la necesidad de que tal evolución sea evaluada periódicamente, con el objetivo de determinar si corresponde mantener las condiciones o si, por el contrario, la preocupación que generó la imposición de la condición se ha diluido en el tiempo.
58. Así, la revisión periódica de las condiciones de comportamiento resulta importante toda vez que estas son impuestas sobre la base de un análisis prospectivo, siendo que mientras el horizonte temporal de la proyección sea más amplio, su precisión podría irse reduciendo a lo largo del tiempo.
59. Una lógica similar se verifica por ejemplo en materia de otros servicios públicos. En particular, se aplica regulación tarifaria en aquellos mercados donde no existe competencia efectiva o no es posible garantizarla. Sin embargo, las tarifas son evaluadas periódicamente con el objetivo de determinar si las condiciones de mercado justifican que este tipo de regulación se mantenga o si, por el contrario, el mercado ha evolucionado de una manera tal que existen suficientes condiciones de competencia como para que los precios sean determinados por el mercado. Ello toda vez que la regulación es costosa y sería ineficiente mantenerla en un mercado donde existen condiciones de competencia.
60. En particular, en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones, la normatividad ha previsto que el OSIPTEL, pueda, ya sea de oficio o a pedido de parte, iniciar un procedimiento orientado a la desregularización de servicios públicos, conforme a lo dispuesto en el Reglamento General

⁵¹ MONTT OYARZÚN, Santiago. "Condiciones impuestas por el tribunal de defensa de la libre competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno". Pg. 457. 2012. Disponible en: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/23_Montt.pdf. Fecha de última visita: 28/05/14.

⁵² Así, por ejemplo, en las Resoluciones 1/2004 y 23/2008, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) de Chile impuso condiciones de comportamiento asociadas a la existencia de precios máximos, por un plazo de tres y dos años, respectivamente.

⁵³ AGUERO, Francisco. "Rol de las Medidas de Mitigación o Condiciones Impuestas para Aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado al Sector Retail". Op. Cit. Pg. 18.

de Tarifas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD-OSIPTEL y modificatorias⁵⁴.

61. Asimismo, es usual que se incluya una cláusula de revisión periódica de las condiciones de competencia en los servicios regulados, tal como sucede, por ejemplo, en el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani, en el cual se estipula que al momento de revisar las tarifas máximas, se analizarán previamente las condiciones de competencia de los servicios regulados⁵⁵.
62. La posibilidad de una revisión de condiciones impuestas es también contemplada por la Comisión Europea en su Comunicación relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) 802/2004. En particular, esta señala que las condiciones o compromisos que asumen las empresas en el marco de una operación de concentración serán pasibles de un nuevo examen en aplicación de la "cláusula de revisión":

"Con independencia del tipo de solución, los compromisos incluirán por lo general una cláusula de Revisión. Ello puede permitir a la Comisión, previa petición de las partes debidamente motivada, conceder una prórroga de los plazos o, en circunstancias excepcionales, suprimir, modificar o sustituir los compromisos.

(...) las circunstancias excepcionales que justifican una exención, modificación o sustitución pueden aceptarse (...) si las partes demuestran que las circunstancias del mercado han cambiado considerablemente y de forma permanente. Para esta demostración se requiere que medie un lapso de tiempo suficientemente largo, en principio de por lo menos varios años, entre la decisión de la Comisión y la petición de las partes. En segundo lugar, las circunstancias excepcionales pueden también estar presentes si las partes pueden demostrar que la experiencia adquirida en la aplicación de la solución indica que el objetivo perseguido por la solución se logrará mejor si se cambian las modalidades del compromiso. (...)"

63. En efecto, dicha potestad de revisión resulta en extremo importante toda vez que permite a la autoridad competente evaluar la idoneidad de las medidas adoptadas en el pasado, contrastándola con el estado actual de las condiciones del mercado, así como con las proyecciones realizadas inicialmente.

⁵⁴ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N°060-2000-CD-OSIPTEL Y MODIFICATORIAS. REGLAMENTO GENERAL DE TARIFAS.

Artículo 34.- Proceso de desregulación tarifaria

OSIPTEL podrá, de oficio o a pedido de las empresas concesionarias involucradas, abstenerse de establecer una regulación tarifaria o suprimir la regulación tarifaria vigente; siempre que se verifique la existencia de condiciones de competencia efectiva y la regulación ya no resulte necesaria debido a que la competencia entre las empresas concesionarias respectivas puede asegurar tarifas sostenibles y razonables en beneficio de los usuarios. (...)

⁵⁵ Adenda 2 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani, la cual agrega lo siguiente al Anexo 6.1 del Contrato: "(...) La regulación tarifaria sobre cualquier servicio será dejada sin efecto por OSITRAN de comprobarse que existe competencia en dicho servicio. En cada oportunidad en que corresponda que OSITRAN revise las Tarifas Máximas, deberá analizar las condiciones de competencia de los servicios regulados. Sin perjuicio de ello, el CONCESIONARIO podrá solicitar la desregulación de las Tarifas Máximas en el momento que considere que existe competencia efectiva respecto de alguno de los servicios comprendidos por las Tarifas Máximas. (...)" (Subrayado añadido)

64. La justificación de esta medida –conforme lo señala la Comisión Europea– radica en que resulta posible que, luego de aprobada la operación de concentración e impuestas las condiciones, es factible que se produzcan determinados cambios en el mercado (como por ejemplo, modificaciones regulatorias, cambios tecnológicos, reducción en las barreras de entrada, variaciones en las participaciones de los agentes, entre otros factores) que ameriten una revisión de las condiciones dictadas.
65. Considerando lo expuesto y a efectos de contar con mayores elementos para analizar la solicitud formulada por ISA, a continuación corresponde revisar la experiencia comparada en la revisión de condiciones impuestas en operaciones de concentración empresarial.
66. Conforme fue descrito en la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, en la experiencia nacional no se ha verificado la existencia de un procedimiento previo en aplicación de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico, en el cual se hubiese evaluado una solicitud de revocación, por lo que para determinar qué circunstancias justificarían una ulterior revisión de las condiciones fijadas por la Comisión en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC, se recurrirá a la experiencia comparada (jurisprudencial y doctrinaria).
67. Así por ejemplo, en el Expediente VIG-003-08 GAS NATURAL UNIÓN FENOSA, la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, la CNC)⁵⁶ de España emitió el 7 de julio de 2010 un pronunciamiento en el cual se denegó una solicitud de dispensa de un compromiso asumido en el marco de una operación de concentración empresarial, en el cual señaló lo siguiente:

"En definitiva, la CNC no puede dispensar libremente a una empresa de las obligaciones a que viene sujeta. En el procedimiento de autorización queda acreditado que tales compromisos o condiciones son necesarios y proporcionados para contrarrestar los efectos que la operación es susceptible de producir en los mercados y, por tanto, proteger el interés general. Luego sólo si constata una modificación sustancial y permanente de tales circunstancias podrá la CNC dispensar de tales obligaciones."

(Subrayado agregado)

68. A criterio de la CNC, para proceder al levantamiento o revocación de las condiciones impuestas en el marco de una operación de concentración empresarial resulta necesario que se verifique una modificación sustancial y permanente del mercado que acredite que a la fecha no resulta posible que se materialice el daño al proceso competitivo que en su oportunidad se buscó evitar.
69. En la misma línea, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile en su Sentencia 117/2011 del 29 de diciembre de 2011, recaída en el marco de un procedimiento sancionador seguido por un incumplimiento

⁵⁶ En la actualidad denominada Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

de una condición impuesta en una operación de concentración⁵⁷, señaló lo siguiente:

"Las resoluciones en procedimientos "no contenciosos", responden a un fin tutelar-preventivo que, en el caso de consultas sobre operaciones de concentración que no se han materializado, tiene como trasfondo la aplicación de un análisis prospectivo sobre las condiciones del mercado y el impacto que la operación consultada pueda tener en las mismas. Es por lo anterior que dichas resoluciones, como así también las condiciones que en ellas se establezcan, deben ser objeto de modificación o extinción sólo en cuanto muten substancial o significativamente los supuestos fácticos, económicos o jurídicos que las sustentaron, y así sea declarado por este Tribunal en un procedimiento que concluya con un nuevo ejercicio de dicha potestad."

(Subrayado agregado)

70. En similar sentido, el mencionado tribunal chileno señala la posibilidad de modificar o eliminar las condiciones impuestas siempre que para ello se realice un nuevo procedimiento en el cual se evalúe la pertinencia de la medida en la actualidad teniendo en cuenta los presupuestos fácticos, económicos o jurídicos del mercado. Ello toda vez que dicho procedimiento posterior permitirá evaluar la idoneidad del análisis prospectivo que realizó la autoridad en su oportunidad y permitirá adecuar las condiciones impuestas a la situación actual del mercado⁵⁸.

71. Asimismo, en relación con la experiencia chilena, Montt señala lo siguiente⁵⁹:

"Es importante destacar que, tratándose de actos administrativos limitadores de derechos, las resoluciones que imponen condiciones pueden ser modificadas por el TDLC en caso de acreditarse un cambio de circunstancias. Los mercados son dinámicos –tanto por el lado de la oferta como de la demanda–, por lo que es perfectamente posible que el conjunto de circunstancias que originalmente justificó la imposición de la condición haya dejado de existir (por ejemplo, nuevos actores, nuevas tecnologías, cambios en la estructura de costos, variaciones en las condiciones de entrada, cambios en las preferencias de los consumidores, etc.)."

(Subrayado agregado)

72. En la misma línea, Agüero refiere⁶⁰:

"Una vez impuestas las condiciones, si se ha producido un cambio de circunstancias (i.e., de los antecedentes allegados al procedimiento, cambio de legislación, aumentos sustanciales en los costos, etc.), de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 32 del DL 211, sólo en el marco de un nuevo procedimiento de consulta, regido por el artículo 31 del mismo cuerpo legal, las

⁵⁷ Procedimiento seguido en atención al requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica con fecha 19 de marzo de 2008 en contra de John C. Malone, por haber incumplido la condición primera establecida por la Resolución 1/2004, que aprobó la fusión de las empresas de televisión por cable VTR y Metrópolis Intercom.

⁵⁸ En esa línea argumentativa ver las siguientes Sentencias del Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile: 4/2011, 11/2006, 25/2008, 18/2006, 14/2006, 12/2006, 10/2005, 9/2005 y 8/2005.

⁵⁹ MONTT OYARZÚN, Santiago. "Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el Derecho Chileno". Op. Cit. Pg. 469.

⁶⁰ AGÜERO, Francisco. "Rol de las Medidas de Mitigación o Condiciones Impuestas para Aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado al Sector Retail". Op cit. Pg. 20.

decisiones del TDLC pueden ser modificadas sobre la base de nuevos antecedentes, en caso de producirse."

73. Así, efectuadas las referencias doctrinales y jurisprudenciales, resulta posible concluir que es viable, y en muchas ocasiones necesario, que las condiciones impuestas en el marco de una operación de concentración sean posteriormente revisadas en un nuevo procedimiento, en aras de evaluar si el análisis prospectivo que en su oportunidad se realizó se condice con el estado actual de las condiciones de competencia en el mercado y con las proyecciones realizadas.
74. Por tanto, para analizar la pertinencia del pedido formulado por ISA, corresponderá revisar las características del mercado eléctrico, en particular del segmento de transmisión, a efectos de verificar si resulta posible que a la fecha se haya presentado un cambio en las circunstancias que motivaron la imposición de condiciones por parte de la Comisión.

III.2 EL MERCADO DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA EN EL PERÚ

III.2.1. Principales características del mercado eléctrico peruano

75. A inicios de los años noventa, el sector eléctrico peruano se encontraba integrado verticalmente y se trataba de una actividad económica realizada netamente por el Estado. Posteriormente, tanto el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, como su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 009-93-EM, representaron el marco normativo para una desintegración horizontal y vertical del sector eléctrico⁶¹ dividiéndolo en las siguientes etapas: generación, transmisión y distribución⁶². Del mismo modo, se inició un proceso de concesiones que dio lugar a que en la actualidad la propiedad de las empresas eléctricas sea mixta, es decir, repartida entre agentes privados y públicos.
76. En relación con las etapas, la de generación consiste en la producción de energía en las denominadas plantas de generación. En el Perú esta puede producirse en centrales hidroeléctricas –las cuales utilizan el movimiento del agua como fuente de energía–, y en las centrales térmicas, las cuales utilizan combustibles tales como el gas natural o el diésel.
77. Dado que estas plantas generadoras se encuentran alejadas de los puntos de consumo, existen líneas de transmisión que transportan la energía desde el punto donde esta se genera hasta el punto donde esta

⁶¹ DAMMERT, Alfredo, GARCÍA CARPIO, Raúl y MOLINELLI, Fiorella. "Regulación y supervisión del sector eléctrico". Publicación editada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú . Lima. 2011. Pg. 67.

⁶² Las empresas de distribución realizan también la actividad de comercialización.

se demanda, formando así sistemas eléctricos⁶³. Finalmente, una vez que la energía llega a los puntos de consumo, esta debe ser trasladada a los hogares a través de cables de menor tensión que aquellos que transmiten la energía desde los puntos de producción, tarea de las empresas distribuidoras, quienes se encargan también de la etapa de comercialización dentro de su área de concesión, por lo que las etapas de distribución y comercialización se encuentran integradas verticalmente.

78. Dentro del sector eléctrico, algunos de los principales actores son los siguientes: el COES, el MEM, y el OSINERGMIN. En primer lugar, el COES es una entidad privada sin fines de lucro con personería de derecho público⁶⁴ que se encarga de la operación eficiente del sistema interconectado⁶⁵ y está conformada por empresas generadoras, transmisoras, distribuidoras y usuarios libres⁶⁶, cuya participación en ciertos casos es voluntaria y en otros es obligatoria.
79. Dentro de sus funciones, se encuentra la administración del mercado de energía de corto plazo y la elaboración del Plan de Transmisión⁶⁷. Estas

⁶³ DAMMERT, Alfredo, MOLINELLI, Fiorella y CARBAJAL, Max. "Fundamentos Técnicos y Económicos del Sector Eléctrico Peruano". Publicación editada por el OSINERGMIN. Lima. 2011. Pg. 88 y 89.

⁶⁴ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA**
Artículo 12.- Naturaleza del COES

12.1 El COES tiene por finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN y administrar el Mercado de Corto Plazo.

12.2 El COES es una entidad privada, sin fines de lucro y con personería de Derecho Público. Está conformado por todos los Agentes del SEIN y sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por los Agentes.

⁶⁵ Ello a efectos de lograr que se produzca exactamente el mismo nivel de energía que se demanda, pues de lo contrario existiría una caída o sobrecarga del sistema.

⁶⁶ **DECRETO SUPREMO 027-2008-EM. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA (COES).**

Artículo 3.- Integrantes y Registro

El COES está compuesto por Integrantes Obligatorios e Integrantes Voluntarios. Los Integrantes Registrados son los Integrantes Obligatorios así como los Integrantes Voluntarios que hayan optado por registrarse en el COES.

3.1 Los Integrantes Obligatorios del COES son todos los Agentes del SEIN que cumplen las siguientes condiciones, según corresponda:

a) Los Generadores cuya potencia instalada sea mayor o igual a 50 MW;
b) Los Transmisores que operen sistemas de transmisión que pertenezcan al Sistema Garantizado de Transmisión o al Sistema Principal de Transmisión, con un nivel de tensión no menor de 138 kV y cuya longitud total de líneas de transmisión no sea menor de 50 kilómetros, de acuerdo con los derechos otorgados;
c) Los Distribuidores cuya máxima demanda coincidente anual de sus sistemas de distribución interconectados al SEIN, sea mayor o igual a 50 MW; y,
d) Los Usuarios Libres cuya máxima demanda contratada en el SEIN sea mayor o igual a 10 MW. (...)

⁶⁷ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA**
Artículo 1.- Definiciones

Para efectos de la presente Ley, todas las expresiones que contengan palabras, ya sea en plural o singular, y que empiezan con mayúscula, tienen los significados que se indican a continuación y son aplicables a los artículos del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (LCE):
(...)

21. Plan de Transmisión.- Estudio periódico, aprobado por el Ministerio, que identifica, mediante un análisis centralizado, los requerimientos de equipamiento de transmisión necesarios para mantener o mejorar la calidad, fiabilidad, seguridad o economía del sistema para un horizonte no mayor de diez (10) años. Este estudio tiene como producto un plan recomendado de obras de transmisión que considere los diversos escenarios de la expansión de la generación y de crecimiento de la demanda futura, el cronograma de ejecución y la asignación de las compensaciones para su remuneración. (...)

Artículo 13.- Funciones de interés público.

El COES tiene a su cargo las siguientes funciones de interés público:

a) Elaborar la propuesta del Plan de Transmisión para su aprobación por el Ministerio;

labores las realiza bajo la supervisión tanto del MEM como del OSINERGMIN⁶⁸.

80. El MEM es la entidad encargada de la promulgación de normas de carácter general del sector, además del planeamiento y el otorgamiento de concesiones eléctricas, encontrándose en posibilidad de encargar a PROINVERSIÓN los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión⁶⁹.
81. La convocatoria a licitación pública se realiza para cualquiera de las siguientes actividades: (i) instalaciones del SGT que deben seguir en operación; (ii) construcción, operación y mantenimiento de nuevas instalaciones destinadas a formar parte del SGT; y, (iii) ejecución de refuerzos sobre instalaciones existentes del sistema de transmisión cuyos titulares no hayan ejercido el derecho de preferencia⁷⁰.

- b) Elaborar los procedimientos en materia de operación del SEIN y administración del Mercado de Corto Plazo, para su aprobación por OSINERG;
c) Asegurar el acceso oportuno y adecuado de los interesados a la información sobre la operación del SEIN, la planificación del sistema de transmisión y la administración del Mercado de Corto Plazo;
d) Asegurar condiciones de competencia en el Mercado de Corto Plazo; y,
e) Procurar las mejoras tecnológicas que aseguren el eficiente cumplimiento de sus funciones.

⁶⁸ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA**
Artículo 21.- Plan de Transmisión

21.1 El desarrollo del Sistema Garantizado de Transmisión se realiza conforme al Plan de Transmisión, el cual se actualizará y publicará cada dos (2) años.

21.2 El Ministerio aprueba el Plan de Transmisión, con la opinión previa de OSINERG. Para la opinión favorable, el OSINERG deberá verificar que el estudio del COES haya cumplido con las políticas y criterios establecidos por el Ministerio. El Plan de Transmisión tiene carácter vinculante para las decisiones de inversión que se adopten durante su vigencia.

21.3 El proceso para la elaboración y aprobación del Plan de Transmisión debe cumplir con las políticas de transparencia de información, audiencias públicas y mecanismos de participación de los Agentes del sistema, organizaciones representativas de usuarios y demás interesados, según lo establece el Reglamento.

⁶⁹ **LEY 28958. LEY QUE SUSTITUYE EL LITERAL B) DEL PÁRRAFO 22.2 DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 28832, LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA.**

Artículo Único.- Objeto de la Ley

Sustitúyase el literal b) del párrafo 22.2 del artículo 22 de la Ley N° 28832, por el siguiente texto:

"Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión

(...)

22.2 Para las instalaciones comprendidas en el Sistema Garantizado de Transmisión se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

b) El Ministerio podrá conducir directamente o encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. Si son encargados, estos procesos de licitación se realizarán al amparo de las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para estos efectos. En el caso de instalaciones de Refuerzo, el titular de la concesión de transmisión tendrá la preferencia para ejecutarlas directamente. De no ejercer dicha preferencia, el proyecto de la instalación de Refuerzo se incluirá en los procesos de licitación."

⁷⁰ **DECRETO SUPREMO 027-2007-EM. REGLAMENTO DE TRANSMISIÓN.**

Artículo 20.- Proceso de Licitación para Implementar el Plan de Transmisión

20.1 Se convocará a Licitación pública para:

a) La construcción, operación y mantenimiento de nuevas instalaciones destinadas a formar parte del Sistema Garantizado de Transmisión;

b) Otorgar la concesión de SGT de las instalaciones del Sistema de Transmisión que deben continuar en servicio, de acuerdo a lo señalado en el literal d) del numeral 22.2 del Artículo 22 de la Ley;

c) La ejecución de Refuerzos sobre instalaciones existentes del Sistema de Transmisión, cuyos titulares no hayan ejercido el derecho de preferencia.

(...)

82. Para que una línea de transmisión se licite a través de un concurso, esta debe encontrarse dentro del Plan de Transmisión, plan que debe contar con la opinión favorable del OSINERGMIN y ser posteriormente aprobado por el MEM.

002396

83. En tal sentido, mientras que el MEM posee el rol de promover y otorgar concesiones en el sector eléctrico⁷¹, el OSINERGMIN posee un rol de supervisor, fiscalizador y regulador⁷². Así, entre sus funciones se encuentra la de determinar la remuneración a los transmisores de acuerdo a lo estipulado en su contrato de concesión, considerando tanto los costos de inversión como los de operación y mantenimiento⁷³.

⁷¹ **DECRETO LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.**

Artículo 6.- Las concesiones y autorizaciones serán otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas, que establecerá para tal efecto un Registro de Concesiones Eléctricas.

⁷² **LEY 26734. LEY DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN EN ENERGÍA OSINERG**

Artículo 5.- Funciones

Son funciones del OSINERG:

(...)

b) Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas y otras establecidas por la ley.

(...)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

(...)

Décimo Tercera.- La Comisión de Tarifas Eléctricas es responsable, como integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía, de fijar las tarifas de energía eléctrica de acuerdo a los criterios establecidos por el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y sus normas complementarias y reglamentarias. La Comisión de Tarifas Eléctricas se rige por sus normas de creación y sus normas reglamentarias.

(...)

DECRETO LEY 25844 (MODIFICADO POR LA OCTAVA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DE LA LEY 26734 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1996). LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.

Artículo 101.- Es materia de fiscalización por parte del OSINERG:

a) El cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios establecidos en la presente Ley, el Reglamento y el respectivo contrato de concesión;

(...)

RESOLUCIÓN 459-2005-OS/CD. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OSINERG

Artículo 31.- De la Gerencia de Fiscalización Eléctrica.

La Gerencia de Fiscalización Eléctrica depende de la Gerencia General. Está encargada de dirigir, coordinar y controlar el proceso de supervisión y fiscalización del funcionamiento de las entidades dedicadas a la generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, así como del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES). También está encargada de efectuar la supervisión de las actividades de Post-Privatización y las concesiones en el Sub-sector Eléctrico, así como el permanente y oportuno cumplimiento de los compromisos de inversión y demás obligaciones contractuales derivadas de los procesos de privatización, efectuados al amparo del Decreto Legislativo N° 674 - Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado.

⁷³ **RESOLUCIÓN 459-2005-OS/CD. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OSINERG**

Artículo 48.- Funciones de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria.

La Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria tiene las siguientes funciones:

(...)

d) Proponer al Consejo Directivo, la aprobación de las tarifas y/o compensaciones, de acuerdo a las normas legales y técnicas aplicables. Entre éstas, tenemos:

- Tarifas en barra en el subsector electricidad.
- Tarifas para los usuarios de servicio público de electricidad
- Tarifas de transporte de hidrocarburos por ductos.
- Tarifas de distribución de gas natural por red de ductos y de distribución de electricidad.
- Tarifas de transmisión del sistema principal y de los sistemas secundarios en el subsector electricidad.

(...)

m) Elaborar los estudios para fijar y actualizar los Valores Nuevos de Reemplazo de las instalaciones de transmisión y distribución.

84. Las remuneraciones pagadas a las tres empresas pertenecientes al Grupo ISA varían en función al contrato de concesión. Por un lado, en el caso de la empresa de transmisión REP, esta recibe una Remuneración Anual Garantizada, a través de la cual se le compensa tanto por los costos de inversión asociados a la nueva infraestructura construida, como por los costos de operación y mantenimiento⁷⁴; mientras que, por otro lado, en el caso de ISA Perú y CTM, su remuneración se basa en el Valor Nuevo de Reemplazo, monto que ofertaron al obtener el contrato de concesión, ajustado con índices de precios, sumado a los costos de operación y mantenimiento⁷⁵.

III.2.2 Principales características del mercado de transmisión eléctrica

85. En el caso particular del segmento de transmisión, las líneas de transmisión componen el denominado Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, SEIN) que inicialmente –de acuerdo con el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas–, se componía del Sistema Principal de Transmisión (en adelante, SPT) y del Sistema Secundario de Transmisión (en adelante, SST)⁷⁶. El primero es común a todos los generadores y les permite comercializar energía, mientras que el segundo conecta al generador con el SPT o al SPT con los distribuidores.
86. En el año 2006 y desde que se promulgó la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, se añadieron dos nuevos sistemas de transmisión: el Sistema Garantizado de Transmisión (SGT) y el Sistema Complementario de Transmisión (en adelante, SCT)⁷⁷. Del mismo modo, se estableció que los sistemas anteriores estarían vigentes hasta el término de los contratos de concesión y todos los contratos firmados de ese momento en adelante formarían parte del SGT o SCT⁷⁸.

⁷⁴ Cabe resaltar que este monto es invariable durante todo el periodo de concesión y se actualiza de manera anual por índices inflacionarios.

⁷⁵ De acuerdo con lo estipulado en los contratos de concesión de ISA (ver fojas 260 a 334 del Expediente 005-2006/CLC), REP (ver fojas 336 a 420 del Expediente 005-2006/CLC) y CTM (ver fojas 471 a 553 del Expediente 005-2006/CLC).

⁷⁶ **DECRETO LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.**

Artículo 58.- En cada Sistema Interconectado, el Ministerio de Energía y Minas, a propuesta de la Comisión de Tarifas Eléctricas, definirá el Sistema Principal y los Sistemas Secundarios de Transmisión de acuerdo a las características establecidas en el Reglamento.

El Sistema Principal permite a los generadores comercializar potencia y energía en cualquier barra de dicho sistema.

Los Sistemas Secundarios permiten a los generadores conectarse al sistema principal o comercializar potencia y energía en cualquier barra de estos sistemas.

⁷⁷ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA.**

Artículo 1.- Definiciones

Para efectos de la presente Ley, todas las expresiones que contengan palabras, ya sea en plural o singular, y que empiezan con mayúscula, tienen los significados que se indican a continuación y son aplicables a los artículos del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (LCE):

(...)

29. **Sistema Complementario de Transmisión.-** Conjunto de activos o instalaciones de transmisión que no conforman el Sistema Garantizado de Transmisión.

30. **Sistema Garantizado de Transmisión.-** Conjunto de activos o instalaciones de transmisión que se construyen como resultado del Plan de Transmisión. (...)

⁷⁸ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA.**

Artículo 20.- Sistema de Transmisión del SEIN

En particular, todas aquellas nuevas líneas de transmisión que se encuentren contempladas dentro del Plan de Transmisión⁷⁹ formarían parte del SGT, mientras que las líneas de transmisión construidas por iniciativa propia o que no formen parte del referido Plan, pertenecerían al SCT.

87. Con relación a la estructura de mercado de transmisión para la fecha en la que ISA solicitó la aprobación de la operación de concentración empresarial, la Comisión identificó que las cuotas de mercado quedarían distribuidas de la siguiente manera, considerando la participación conjunta de las tres empresas pertenecientes al Grupo ISA:

Cuadro N°1
Participación de transmisoras identificada por la Comisión en 2005

Empresas	Facturación	Lóngitud
Red Energía del Perú SA	78.1%	81.0%
ISA Perú SA		
Consorcio Transmantaró SA		
Red Eléctrica del Sur SA	8.9%	7.0%
ETSELVA S.R.L.	6.2%	6.0%
Consorcio Energético Huancavelica	6.3%	4.0%
Proyecto Especial Olmos Tinajeros	0.4%	2.0%

Fuente: OSINERGMIN

Elaboración: ST-CLC

88. Una primera conclusión a la que arribó la Comisión del esquema de participaciones antes descrito es que este le permitiría a ISA tener injerencia preponderante en las decisiones que puedan adoptarse al interior del COES, en especial en el Subcomité de Transmisores⁸⁰.

20.1 El Sistema de Transmisión del SEIN está integrado por instalaciones:

- a) Del Sistema Garantizado de Transmisión.
- b) Del Sistema Complementario de Transmisión.
- c) Del Sistema Principal de Transmisión.
- d) Del Sistema Secundario de Transmisión.

20.2 Las instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión y del Sistema Complementario de Transmisión son aquellas cuya puesta en operación comercial se produce en fecha posterior a la promulgación de la presente Ley, conforme se establece en los artículos siguientes.

20.3 Las instalaciones del Sistema Principal de Transmisión y del Sistema Secundario de Transmisión son aquellas instalaciones calificadas como tales al amparo de la LCE y cuya puesta en operación comercial se ha producido antes de la promulgación de la presente Ley.

⁷⁹ De acuerdo con la Ley 28832, el Plan de Transmisión es un estudio cuya elaboración se encuentra a cargo del COES y que identifica las nuevas instalaciones de transmisión necesarias para la sostenibilidad del sistema, el cual debe elaborarse para un horizonte no mayor a 10 años y debe ser aprobado por el MEM.

⁸⁰ Así, la Comisión refirió lo siguiente en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC:

"59. Este escenario le podría permitir a ISA tener una injerencia preponderante en las decisiones que se adopten en el referido subcomité, y a través de éste, en las decisiones de los órganos de gobierno del COES, y eventualmente en otros escenarios, en donde el futuro reglamento de la Ley 28832 lo permita.
(...)"

64. Así, con la finalidad de evitar la preponderancia por parte de ISA en las decisiones al interior del COES, y los problemas que aquello podría acarrear en su operación y planificación, se debe restringir el derecho de la empresa solicitante a ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones, en cualquier instancia de decisión al interior del COES. Por lo tanto, en concordancia con la fórmula señalada por el MEM, correspondería condicionar la realización de la presente operación de concentración a que las empresas relacionadas con ISA, en conjunto, ejerzan una única opción de decisión como grupo económico."
(Notas al pie omitidas)

89. Asimismo, a criterio de la Comisión, esa alta participación en el mercado de transmisión le otorgaba posición de dominio a ISA dentro de su ámbito geográfico⁸¹. No obstante, dicho Colegiado precisó que el grupo económico liderado por ISA no podría ejercer tal posición de dominio debido a que participaba en un mercado regulado. En tal sentido, en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, la Comisión precisó lo siguiente:

"71. Considerando la ausencia de competencia al interior de mercados donde se prestan servicios con características de monopolio natural (sea por la imposibilidad técnico-económica de su realización o el perjuicio que acarrearía), el marco normativo previene los probables efectos negativos de su ausencia y neutraliza la posibilidad de aprovechamiento de tal característica de mercado por parte de las empresas, estableciendo marcos regulatorios para su accionar a través de la fijación de precios (tarifas), estándares de calidad, entre otros.

(...)

74. En el presente caso, considerando que el servicio de transmisión eléctrica prestado por ISA, a través de las empresas pertenecientes a su grupo económico que operan en el Perú, se encuentra regulado, y que dicha situación no cambiará de concretarse el acto de concentración notificado, pues la prestación del servicio de transmisión eléctrica continuará regulada, no existiría una afectación potencial al interés económico general en la prestación de dicho servicio por parte de un solo grupo económico."

90. Sin perjuicio de lo anterior, durante el procedimiento de evaluación de la operación de concentración empresarial, la Comisión identificó que la participación de ISA generaba economías de escala que le otorgaban una significativa ventaja en la competencia por el mercado para la construcción o ampliación de líneas de transmisión. En tal sentido, la primera instancia consideró que el poder otorgado por la alta participación de ISA en el mercado de transmisión a partir de la concentración se extendería al mercado de licitación de construcción o ampliación de líneas de transmisión⁸².
91. En ese orden de ideas, la Comisión estimó que tanto el incremento de la participación de ISA como la obtención de economías de escala en el mercado de transmisión, disminuían la posibilidad de que los potenciales entrantes puedan realizar ofertas ganadoras, lo cual reduciría el grado de competencia efectiva por el mercado de construcción y/o ampliación de líneas de transmisión⁸³. Del mismo modo, la primera instancia asumió que

⁸¹ En particular, la Comisión detalló en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC lo siguiente:

"68 Considerando la situación del mercado de transmisión, caracterizado principalmente por la condición de monopolio natural, resulta evidente la posición de dominio que ISA ostenta en la prestación del servicio de transmisión eléctrica en el ámbito de sus redes, situación que ha sido reconocida por la propia empresa, que se trasladaría a la competencia por el mercado, y que se vería reforzada y/o incrementada de proceder la presente operación de concentración".

⁸² Al respecto, en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC la Comisión mencionó lo siguiente:

"76. En efecto, considerando que de concretarse la operación de concentración bajo análisis, ISA controlaría casi 80% de mercado de transmisión eléctrica en el Perú y más del 65% del tendido de líneas de transmisión; y, que la actividad de transmisión eléctrica presenta condiciones de monopolio natural, caracterizada por la presencia de economías de escala; ISA gozaría de una situación de privilegio para hacerse de la construcción de nuevas líneas de transmisión y/o ampliaciones."

⁸³ Al respecto, ver la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, párrafos 78-87.

ello generaría un comportamiento oportunista por parte de ISA que haría que la primera convocatoria sea declarada desierta para tener incluso un menor número de competidores en la segunda convocatoria.

92. Bajo dicho escenario, la Comisión dedujo que ISA tendría los incentivos suficientes para efectuar una oferta ligeramente inferior a la de sus competidores. Adicionalmente, señaló que la diferencia entre el monto que ofrecería ISA en las licitaciones y el verdadero monto que representaría su mejor oferta (como consecuencia de sus economías de escala) tendría que ser pagado por los usuarios de las líneas de transmisión y, por ende, de manera indirecta por los consumidores finales de energía eléctrica a quienes se les trasladarían estos costos adicionales, generándose así un perjuicio al mercado⁸⁴.
93. Al respecto, habiendo transcurrido más de cinco (5) años de aprobada la operación de concentración del Grupo ISA, se verifica que en el mercado de transmisión, las participaciones se mantuvieron relativamente estables, tanto a nivel de facturación como a nivel de kilómetros, tal como se muestra en los cuadros a continuación. Así para el año 2012, se verificó lo siguiente:

Cuadro N°2
Participación de transmisoras por facturación en 2012
(Millones de soles)

Empresas	Facturación (Mill. de S/.)	% Fact
ISA	446.9	75.30%
Abengoa	56.1	9.45%
REDESUR	36.2	6.10%
Buena Ventura	6.9	1.16%
Compañía Transmisora Norperuana	2.2	0.37%
Depolti	3.1	0.52%
Empresa de Transmisión Callalli	1.7	0.29%
Empresa de Transmisión de Guadalupe	2.3	0.39%
Etenorte	15.9	2.68%
Aguaytia	22.2	3.74%
Transmisora Andina	0	0.00%
Pomacocha Power	0	0.00%

Fuente: OSINERGMIN
Elaboración: ST-SDC

Cuadro N°3
Participación de transmisoras por kilómetros de líneas de
transmisión a noviembre de 2013

Empresas	Km	Participación Km
ISA	9052.9	69.16%
Abengoa	1837.0	14.03%
REDESUR	534.0	4.08%
Buena Ventura	357.4	2.73%
Compañía Transmisora Norperuana	33.9	0.26%
Depolti	152.7	1.17%
Empresa de Transmisión Callalli	146.7	1.12%
Empresa de Transmisión de Guadalupe	32.7	0.25%
Etenorte	349.8	2.67%
Aguaytia	393.1	3.00%
Transmisora Andina	182.1	1.39%
Pomacocha Power	18.0	0.14%

Fuente: OSINERGMIN
Elaboración: ST-SDC

002401

94. En efecto, de la revisión conjunta de ambos cuadros se verifica que sigue existiendo una participación mayoritaria por parte del Grupo ISA en el mercado de transmisión, lo cual se evidencia tanto en su nivel de facturación como en la extensión de la infraestructura desplegada.
95. Habiéndose efectuado una breve descripción del mercado de transmisión eléctrica resulta posible arribar a las siguientes conclusiones:
- (i) De manera previa al pronunciamiento de la Comisión respecto de la aprobación de la operación de concentración solicitada por ISA, el sistema de transmisión estaba conformado por el SPT y el SST.
 - (ii) A partir de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, se crearon dos nuevos sistemas, el Sistema Garantizado de Transmisión (SGT) y el Sistema Complementario de Transmisión (SCT). De acuerdo con el artículo 22.1 de la Ley 28832, el SGT estaría conformado por aquellas líneas de transmisión cuya concesión y construcción sea resultado de una licitación pública. Cabe resaltar que el primer otorgamiento de la Buena Pro bajo este tipo de licitaciones tuvo lugar en el año 2008; es decir, con posterioridad a la Resolución 005-2006/CLC y a la Resolución 001-2007/CLC.
 - (iii) De otro lado, según el artículo 27.1⁸⁵ de la Ley 28832, el SCT, corresponde a aquellas líneas de transmisión construidas por

85

LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA
Artículo 27.- Instalaciones del Sistema Complementario de Transmisión

iniciativa propia de uno o más agentes. Si bien cabría la posibilidad de que la construcción de estas líneas de transmisión se encuentre dentro del Plan de Transmisión, estas también podrían encontrarse fuera de él⁸⁶.

002402

96. Sobre este punto, esta Secretaría Técnica considera que debe realizarse una clara diferenciación entre el mercado dentro del cual se llevó a cabo la operación de concentración y el mercado que la Comisión identificó podría verse afectado por dicha operación. El mercado donde tuvo lugar la concentración es el mercado de líneas de transmisión, mientras que el mercado sobre el cual se impuso una de las condiciones es el mercado de licitaciones para la construcción o ampliación de líneas de transmisión, mercado en el cual, en principio, existiría competencia⁸⁷.
97. Una vez que han sido definidas las características propias del mercado eléctrico y, en particular, del mercado de transmisión, corresponde evaluar cada una de las condiciones impuestas por la Comisión y los cambios de circunstancias alegados por ISA para, finalmente, identificar si, efectivamente, se presentó un cambio de circunstancias que justifique la revocación solicitada por ISA.

III.3 EVALUACIÓN DE LAS MODIFICACIONES PRODUCIDAS EN EL MERCADO DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA INVOCADAS POR ISA

III.3.1 La primera condición impuesta ISA

98. La primera condición impuesta a ISA mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 fue establecida en los siguientes términos:

"No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

Esta condición resulta idónea, necesaria y proporcional en tanto busca asegurar que la operación del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico, lo que finalmente, redundará en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica".

27.1 Se consideran como instalaciones del Sistema Complementario de Transmisión aquellas que son parte del Plan de Transmisión y cuya construcción es resultado de la iniciativa propia de uno o varios Agentes. Además, son parte del Sistema Complementario de Transmisión todas aquellas instalaciones no incluidas en el Plan de Transmisión.

⁸⁶ Las líneas de transmisión que conforman el SCT podrían ser parte del Plan de Transmisión, Plan de Inversiones aprobado por el OSINERGMIN, o cuya construcción y remuneración resulte de una libre negociación.

⁸⁷ Este punto será profundizado en el análisis de la segunda condición.

108. En segundo lugar, otra modificación sustancial ocurrida en el mercado de transmisión con posterioridad a la emisión de las condiciones proviene del desarrollo del marco regulatorio del COES y su organización.

109. Así, debe destacarse lo siguiente:

~~002406~~

(i) El 3 de mayo de 2008, se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo 027-2008-EM, mediante el cual se aprobó el Reglamento del COES.

(ii) El 18 de julio de 2008, se aprobó el Estatuto del COES.

(iii) El 24 de agosto de 2008, se constituyó el Subcomité de Transmisores y se aprobó su Estatuto.

110. Con relación al Decreto Supremo 027-2008-EM, esta norma, en cumplimiento con lo dispuesto por la Ley 28832⁹⁵, estableció los requisitos necesarios para la convocatoria⁹⁶, quórum⁹⁷ y demás aspectos relativos a la celebración de acuerdos en las sesiones de Asamblea del COES⁹⁸.

⁹⁵ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA**
Artículo 16.- La Asamblea del COES

16.1 La Asamblea es el órgano supremo del COES. Tiene como funciones las siguientes:

- a) Designar y remover, según corresponda, al Presidente del Directorio y fijar la remuneración del Presidente y de los Directores;
- b) Aprobar el presupuesto anual;
- c) Designar o delegar en el Directorio la designación de los auditores externos;
- d) Pronunciarse sobre la gestión y los resultados económicos del ejercicio anterior, expresados en los estados financieros;
- e) Aprobar y modificar los estatutos del COES.

16.2 La Asamblea está integrada por los Agentes del SEIN, agrupados en cuatro subcomités: uno de Generadores, uno de Distribuidores, uno de Transmisores y uno de Usuarios Libres.

16.3 Los acuerdos de la Asamblea, para cada decisión, se adoptan cuando se alcance en la votación un puntaje superior al 66,7% del puntaje máximo total. El puntaje total a favor de una determinada decisión resulta de sumar el puntaje a favor de todos los subcomités. El puntaje de cada subcomité será igual al cociente del número de sus integrantes que votó a favor de una determinada decisión, entre el número total de los integrantes que lo conforman.

16.4 El Reglamento establece los requisitos de convocatoria, quórum y demás aspectos relativos a la celebración de la Asamblea.

⁹⁶ **DECRETO SUPREMO 027-2008-EM (MODIFICADO POR EL DECRETO SUPREMO 058-2008-EM DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2008). REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA (COES).**

Artículo 10.- Convocatoria

10.1 El Presidente del Directorio convoca a la Asamblea cuando lo ordena el Reglamento, lo establece el Estatuto, lo acuerda el Directorio, lo soliciten dos (02) Directores o los representantes de, al menos, dos (02) Subcomités.

10.2 La convocatoria a Asamblea ordinaria se efectúa con una anticipación no menor de diez (10) días a la fecha fijada para su realización, y a Asamblea extraordinaria con una anticipación no menor de tres (03) días. En ambos casos, la convocatoria se efectúa por medio de esquila, o publicación en un diario de circulación nacional, señalando lugar, fecha, hora y agenda de temas a tratar. Si se incluye el lugar, fecha y hora para la segunda convocatoria, ésta podrá realizarse en la misma fecha señalada para la primera, mediando entre ambas un lapso no menor de treinta (30) minutos. El Estatuto puede establecer el uso de medios electrónicos para efectuar la convocatoria, siempre que garanticen la constancia de su recepción.

10.3 En caso no se haya incluido los datos para la segunda convocatoria, ésta será efectuada con los mismos requisitos señalados en el numeral anterior dentro de los siete (07) días siguientes a la fecha de la Asamblea no realizada y con una anticipación no menor de tres (03) a la fecha fijada para su realización, indicando que se trata de segunda convocatoria

⁹⁷ **DECRETO SUPREMO 027-2008-EM (MODIFICADO POR EL DECRETO SUPREMO 058-2008-EM DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2008). REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA (COES).**

Artículo 11.- Quórum

111. De otro lado, en el Estatuto del COES aprobado el 18 de julio de 2008 se precisaron aspectos internos de la organización del COES tales como los derechos y obligaciones de los asociados, el voto al interior de la Asamblea⁹⁹ y los mecanismos de impugnación de las decisiones adoptadas, entre otros.

002407

112. Finalmente, en el Acta de Constitución del Subcomité de Transmisores, aprobada el 24 de agosto de 2008, se regularon aspectos fundamentales de dicho Subcomité como el quórum para la celebración de sesiones y los mecanismos a utilizar para la adopción de acuerdos.

113. Con relación al quórum, el Acta de Constitución del Subcomité de Transmisores señala que en primera convocatoria se requiere contar con la participación de la mitad del número total de integrantes registrados y en segunda convocatoria el quórum requerido será el 40% de los integrantes registrados¹⁰⁰.

114. De acuerdo a ello y dada la composición actual del Subcomité de Transmisores se aprecia que para la realización de una sesión, el quórum requerido sería de seis (6) integrantes en primera convocatoria y de cinco (5) integrantes en segunda convocatoria, motivo por el cual las tres (3)

11.1 En caso que el Representante Legal del Integrante Registrado no asista a la Asamblea, deberá designar a un sustituto con una antelación no menor de dos (2) días a la fecha de la realización de la Asamblea. Una misma persona puede tener la representación de más de un Integrante Registrado. Dicha representación se otorga mediante Carta Poder con firma legalizada.

11.2 En la misma fecha señalada en el numeral precedente, la secretaría cierra el registro de representantes de cada subcomité, conforme al numeral 9.3 del artículo 9.

11.3 El quórum para la realización de la Asamblea en primera convocatoria es el setenta y cinco por ciento (75%) de los Integrantes Registrados, y en segunda convocatoria es el sesenta por ciento (60%) de los Integrantes Registrados. En ambos casos, si el número resultante no fuera entero, se considerará el número entero inmediato inferior.

⁹⁸ **DECRETO SUPREMO 027-2008-EM. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA (COES).**

Artículo 12.- Adopción de Acuerdos

12.1 Para alcanzar la mayoría requerida por la Ley para la adopción de acuerdos de la Asamblea, se requiere computar la suma ponderada de los puntajes de cada Subcomité, considerando un factor de ponderación de 0,25 para cada uno de los cuatro (04) subcomités. El puntaje de cada Subcomité resulta del cociente del número de integrantes que votó a favor de una determinada propuesta entre el número de Integrantes Registrados de dicho Subcomité.

12.2 La secretaría de la Asamblea, tomando en consideración lo establecido en los numerales 9.2 y 11.1 de los artículos 9 y 11, respectivamente, debe determinar la cantidad total de Integrantes Registrados por cada Subcomité y aquellos presentes en la Asamblea.

12.3 Todos los acuerdos alcanzados en la junta de la Asamblea constan en actas suscritas por el Presidente, el Secretario de la Asamblea y los representantes de cada Subcomité.

⁹⁹ **ESTATUTO DEL COES**

ARTÍCULO NOVENO.- VOTO EN LA ASAMBLEA

Cada Integrante Registrado tiene derecho a un voto que se ejerce en la forma establecida en la Ley, el Reglamento y este Estatuto.

¹⁰⁰ **ACTA DE CONSTITUCIÓN DEL SUBCOMITE DE TRANSMISORES**

QUINTA.- SESIONES Y QUÓRUM

(...)

5.6 El quórum mínimo para la realización de las sesiones del Subcomité en primera convocatoria será la mitad del número de los miembros. En caso el número de miembros sea impar, el quórum será el número entero inmediato superior al de la mitad de aquel. En segunda convocatoria el quórum será el 40% (cuarenta por ciento) del número de los integrantes registrados del Subcomité. Si el resultado del cálculo del 40% (cuarenta por ciento) del número de los integrantes registrados del Subcomité resulta un número entero con decimales de 0,1 a 0,4, el quórum será el número entero resultante sin considerar los decimales; y si el resultado de ese cálculo resulta un número entero con decimales de 0,5 a 0,9 el quórum será el número entero inmediato superior.

empresas que integran el Grupo ISA no podrían reunir el quórum necesario para la realización de una sesión.

115. Adicionalmente, se aprecia que en el Acta de Constitución del Subcomité de Transmisores se establecen dos mecanismos de votación. Así, en el primer mecanismo cada integrante del Subcomité tiene derecho a un voto y se utiliza para la adopción de acuerdos referidos a: (i) la participación del Subcomité en la Asamblea; (ii) la designación anual y la remoción del representante titular y suplente del Subcomité ante la Asamblea; y, (iii) la elección del miembro del Directorio del COES que representará al Subcomité.
116. En la segunda modalidad, el voto de cada integrante es determinado según su aporte al presupuesto del COES. Sin embargo, si el porcentaje acumulado del voto de los miembros del Subcomité que forman parte de un mismo grupo económico les permite determinar conjuntamente el sentido de la votación, su porcentaje acumulado se reducirá hasta el 49% y el 51% restante será distribuido entre los demás miembros del Subcomité¹⁰¹.
117. De la revisión de los cambios antes descritos, se puede concluir que con posterioridad a la imposición de la primera condición al Grupo ISA se han producido dos modificaciones sustanciales en el mercado de transmisión eléctrica:
- (i) El número de agentes participantes en el mercado ha presentado una tendencia creciente a lo largo del tiempo, mientras que el número de empresas pertenecientes al Grupo ISA se ha mantenido. En particular, existían cinco (5) empresas cuando se impuso la condición y en la actualidad existen doce (12) empresas dentro del Subcomité de Transmisores. De estas, el Grupo ISA ha mantenido los tres (3) votos con los que contó a partir de la operación de concentración; y,
 - (ii) se ha diseñado un marco regulatorio comprendido por el Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del COES, el Estatuto del

101

ACTA DE CONSTITUCIÓN DEL SUBCOMITE DE TRANSMISORES

SEXTA.- APROBACIÓN, OBLIGATORIEDAD Y REGISTRO DE LOS ACUERDOS DEL SUBCOMITÉ

6.1 Para adoptar los acuerdos señalados en los numerales 4.1, 4.2 y 4.3 de la cláusula cuarta del presente contrato, cada miembro tiene derecho a un (01) voto que se ejerce en la forma prevista en el marco legal y en el Estatuto del COES. El acuerdo respectivo se aprueba con el voto favorable de al menos la mitad más uno de los integrantes registrados del Subcomité. En el caso de que el número de integrantes registrados fuera impar, se entenderá el acuerdo válidamente adoptado si lo acuerda al menos el número entero inmediatamente inferior al valor que resulta de calcular la mitad más uno de los integrantes registrados.

6.2 Los otros acuerdos que corresponde adoptar al Subcomité se aprobarán con el voto favorable de más del 50% (cincuenta por ciento) de la votación de los miembros concurrentes a la respectiva sesión, para lo cual el peso del voto de cada miembro será proporcional al porcentaje asignado anualmente por el COES a los miembros del Subcomité para determinar las contribuciones que deben efectuar a dicha entidad como integrantes registrados. Si el peso acumulado del voto de los miembros de Subcomité que forman parte de un mismo grupo económico les permitiera determinar conjuntamente el sentido de la votación en una sesión determinada, el porcentaje acumulado de esos miembros será reducido hasta el 49% (cuarentinueve por ciento) de la votación y el 51% (cincuentiuno por ciento) restante será distribuido entre los demás miembros del Subcomité en proporción al resultado de dividir su porcentaje asignado por el COES entre la suma de los porcentajes de todos ellos, debiendo considerarse para la aprobación de los acuerdos el peso del voto de los otros miembros presentes en la respectiva sesión que se les haya asignado conforme al criterio anterior.

COES y el Estatuto del Subcomité de Transmisores que impide a cualquier grupo económico ejercer una posición preponderante en la toma de decisiones.

~~002409~~

118. Verificado lo anterior resulta posible concluir que si el riesgo que buscaba evitar la Comisión con la imposición de la primera condición era que las decisiones al interior del COES "no responda(n) a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico"¹⁰², este peligro a la fecha no existe en virtud al marco regulatorio diseñado para atender dicha problemática, mediante las reglas establecidas para la conformación del quórum para las sesiones y para la toma de acuerdos.
119. La imposibilidad de ejercer preponderancia en el Subcomité fue también reconocida en el Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI, presentado por la Secretaría Técnica de la Comisión por encargo de esta última, en el cual se señaló lo siguiente:

"60. Por tanto, se observa que con la información disponible y el estado actual de la estructura del COES, los mecanismos de votación del Subcomité no le permitirían a ISA ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones en dicha instancia."

120. Sin embargo, posteriormente recomendó mantener la primera condición puesto que, desde su punto de vista, no existiría un cambio significativo en el mercado eléctrico que justifique su revocación. En particular, indicó lo siguiente:

"73. Con relación a la conformación y reglas de votación del COES, se observa que efectivamente habría variado el número de integrantes y los mecanismos de votación del Subcomité de Transmisión, los cuales impiden que el Grupo ISA ejerza una influencia preponderante en la toma de decisiones en su interior; no obstante, dicho cambio no enerva la vigencia de la primera condición, ya que, como se ha mencionado, ésta fue impuesta con independencia de si, en efecto, la Ley 28832, su Reglamento y/o la organización del COES le otorgaban a ISA, en ese momento, preponderancia en la toma de decisiones. En otras palabras, la condición fue dictada con carácter preventivo, a fin de evitar el riesgo derivado de la alta participación que ISA tiene en el mercado, situación que se mantiene a la fecha."

(...)

75. En consecuencia, esta Secretaría Técnica es de la opinión que la primera condición debe mantenerse y ser de aplicación en aquellos supuestos en los cuales, ya sea de acuerdo con lo establecido normativamente o por la estructura del COES, ISA pueda ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones. (...)"

121. Al respecto, la Secretaría Técnica ha identificado que no solo se incrementó el número de agentes participantes en el mercado de transmisión, escenario completamente distinto al que se presentaba cuando la Comisión impuso la primera condición; sino que además actualmente existe un grupo empresarial distinto al liderado por ISA, el

¹⁰²

Conforme lo señaló la Comisión en el primer resuelve de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.

Grupo Abengoa, el cual cuenta también con tres empresas pertenecientes al Subcomité de Transmisores y al que no se le impone la restricción cuestionada en el presente procedimiento. En tal sentido, inclusive mantener la primera condición podría llevar a un tratamiento diferenciado hacia el Grupo ISA frente a otros grupos empresariales en la misma situación, lo cual podría perjudicar injustificadamente su posición al interior del Subcomité de Transmisores.

122. En particular, se ha observado que el Grupo Abengoa ha creado nuevas empresas, lo cual eleva el número de votos dentro del Subcomité de Transmisores¹⁰³, mientras que el Grupo ISA, de acuerdo con la primera condición, únicamente podría hacer uso de un voto.
123. Por tanto, se verifica que se han producido cambios de circunstancias en el mercado eléctrico, asociados al ingreso de nuevos agentes al Subcomité de Transmisores, así como al sistema de votación en el referido Subcomité estipulado en el Estatuto del COES que impide a ISA ejercer una influencia preponderante en cualquiera de las instancias de decisión del referido organismo. Esta situación diluye el riesgo de mercado que buscó evitar la Comisión a través de la imposición de la primera condición, cumpliéndose así con el primer requisito necesario para proceder a la revocación de la condición evaluada en este extremo.

III.3.1.3 Evaluación de la existencia de daños a terceros como consecuencia del levantamiento de la primera condición

124. Conforme se señaló en la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI mediante la cual se admitió a trámite la solicitud de revocación presentada por ISA, al momento de analizar la pertinencia de revocar las condiciones impuestas a ISA por la Comisión debía evaluarse si con ello se producen o no daños a otros administrados o terceros. Para cumplir con tal finalidad, la Sala dispuso que se requiera la opinión técnica de las entidades que participaron en el procedimiento mediante el cual se autorizó la operación de concentración propuesta por ISA.
125. En línea con lo anterior debe resaltarse la opinión técnica presentada por el MEM sobre el particular:

"(...) de retirarse la primera condición, el grupo ISA no podría influenciar rotundamente las decisiones que se tomen al interior del COES). (...) Con relación a la primera condición, debe tenerse presente el vigente marco normativo del COES, siendo que a la fecha el grupo ISA no podría influenciar predominantemente en las decisiones del Subcomité de Transmisión, de La Asamblea ni del Directorio Ejecutivo (...)"

126. En el mismo sentido argumentativo, la opinión técnica del OSINERGMIN señaló lo siguiente:

¹⁰³ En el caso de aquellas decisiones para las cuales cada empresa transmisora representa un voto.

"(...) el levantamiento de la primera condición no tendría un efecto considerable en la conformación y toma de decisiones al interior del COES, debido a que el ordenamiento legal limita de manera importante la capacidad de toma de decisiones de los agentes dentro del COES, incluido el grupo ISA, por lo que el levantamiento de la primera condición, dada la conformación vigente del Subcomité de Transmisión y el marco legal vigente, no generaría efectos adversos para el sector energía".

~~002411~~

127. Así, tanto el ente titular del sector —es decir, el MEM—, como el organismo regulador a cargo —el OSINERGMIN—, coinciden en señalar que el eventual levantamiento de la primera condición no afectaría al mercado eléctrico, toda vez que actualmente existe un marco regulatorio que evita la posibilidad de que una empresa o grupo empresarial pueda adoptar decisiones de manera unilateral al interior del COES.
128. En ese orden de ideas y en atención a los fundamentos expuestos, habiéndose verificado que se produjo un cambio de circunstancias relevante en el mercado de transmisión eléctrica que incide en la finalidad que se persiguió con la primera condición¹⁰⁴, esta Secretaría Técnica considera que debería revocarse la primera condición impuesta a ISA mediante las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 y 10 de enero de 2007, respectivamente.

III.3.2 La segunda condición impuesta a ISA

129. La segunda condición impuesta a ISA mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 fue establecida en los siguientes términos:

"De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas."

III.3.2.1 La finalidad perseguida por la segunda condición

130. De la revisión de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC se aprecia que la segunda condición fue impuesta con el objetivo de evitar que las empresas vinculadas a ISA adopten conductas estratégicas dirigidas a reducir el número de competidores en las licitaciones para la construcción o reforzamiento de líneas de transmisión. Ello favorecería a las empresas del Grupo ISA, pues estas no se verían obligadas a presentar su mejor oferta, limitándose a presentar una oferta ligeramente inferior a la de sus competidores.
131. Según la Comisión, dicha condición se impuso para incentivar que ISA participe en los procesos de licitación presentando su mejor oferta en primera convocatoria. Esto conllevaría a menores costos de construcción

¹⁰⁴

Ello toda vez que actualmente tanto el marco regulatorio vigente como el número de agentes participantes en el mercado han diluido el riesgo que ISA pueda adoptar decisiones unilateralmente al interior del COES.

y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, con una consecuente reducción en el costo y tarifas del servicio de electricidad, que finalmente redundaría en el bienestar de los consumidores.

002412

132. En la referida resolución, la Comisión consideró que la participación elevada de ISA en el mercado de transmisión se encontraba controlada por la regulación en dicho mercado. Sin embargo, el poder de mercado que ostentaba por su elevada participación en el mercado de transmisión le generaría ventajas respecto de potenciales competidoras en el mercado de licitaciones. En particular, las ventajas estarían dadas por sus economías de escala que redundarían en menores costos de construcción o reforzamiento de líneas de transmisión. De esta forma, se concluyó que el poder de mercado en transmisión sería trasladado hacia el mercado de licitaciones.
133. A decir de la primera instancia, esta ventaja disminuiría la probabilidad de que otros eventuales postores en las licitaciones pudieran ser los ganadores, por lo que la competencia efectiva se vería reducida. A ello se le sumaría que ISA tendría incentivos para llevar a cabo un comportamiento estratégico dirigido a que la primera convocatoria sea declarada desierta para que, en una segunda convocatoria y, con menos competidores aún, pueda realizar ofertas ligeramente inferiores a las presentadas por estos. De esta forma, los precios ofertados por ISA serían superiores a la mejor oferta que podría presentar considerando sus economías de escala¹⁰⁵, perjudicando con ello los precios finales de la energía, pues los mayores costos serían trasladados hasta el usuario final.
134. En tal sentido, de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC se desprende que la razón por la que la Comisión impuso tal condición respondería al hecho de evitar que, luego de que en una primera convocatoria se hayan eliminado algunos postores, ISA no realice su mejor oferta en una segunda convocatoria, sino que se limite a presentar una oferta ligeramente inferior a aquella del segundo mejor postor.

III.3.2.2 Supuestos considerados por la Comisión

135. Al momento de la imposición de la segunda condición por parte de la primera instancia aún no se habían realizado licitaciones para la construcción o ampliación de líneas de transmisión, en el marco de la Ley 28832, Ley para asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. En tal sentido, la Comisión tuvo que partir de supuestos respecto de este nuevo mercado de licitaciones para la construcción y/o ampliación de líneas de transmisión.

¹⁰⁵

Cabe resaltar que las licitaciones consisten en presentar una oferta respecto del costo total (costo de inversión y costos de operación y mantenimiento) que será desembolsado por el Estado periódicamente. En tal sentido, la empresa que presente un menor costo total será la ganadora del proceso.

136. En particular, los supuestos en los que se basó la Comisión y que dieron lugar a su preocupación respecto de que la empresa solicitante pueda trasladar el poder de mercado de transmisión a las licitaciones fueron los siguientes: (i) ISA posee una ventaja sobre otros postores en las licitaciones derivada de su alta participación en el mercado de transmisión y economías de escala; (ii) ISA conocería las ofertas realizadas por los otros postores para limitarse a realizar una oferta ligeramente inferior a la mejor oferta del resto; y, (iii) existirá un número reducido de competidores en cada licitación, como consecuencia de la ventaja que los potenciales competidores conocen que ISA ostenta.

002413

137. Una vez descrita la condición y los supuestos asociados a la misma, corresponde evaluar el tipo de condición impuesta para, posteriormente, evaluar si se han presentado los cambios de circunstancias alegados por ISA.

III.3.2.3 Respetto de la naturaleza de la condición impuesta por la Comisión

138. Tal como se detalló en la sección III.1.2, las condiciones de tipo estructural que impone una autoridad de competencia se encuentran relacionadas con la venta de activos por parte de alguna o algunas de las empresas que solicitaron la operación de concentración. Las condiciones de comportamiento, por su parte, restringen los derechos de propiedad o la libertad económica del grupo concentrado y, dada su naturaleza, son en general impuestas durante un periodo específico.

139. De acuerdo con la doctrina y experiencia comparada, es de esperar que este tipo de restricciones se encuentren sujetas a una limitación temporal, debido a que los mercados son dinámicos y no podría esperarse que el supuesto o situación que llevó a la imposición de una condición permanezca inamovible en el tiempo.

140. Así, por ejemplo, la Competition Commission (CC) del Reino Unido señala lo siguiente en sus lineamientos respecto de la limitación temporal en las condiciones de comportamiento¹⁰⁶:

"Dado que las condiciones de comportamiento están diseñadas para tener efectos en el comportamiento en el negocio a lo largo del periodo en que estas son impuestas, la duración de estas medidas debe ser un aspecto a considerar. La CC podría especificar una duración determinada si las medidas están diseñadas para tener un efecto transitorio. En casos en que las medidas deban ser aplicadas mientras persista una reducción de competencia sustancial y, dado que tal periodo puede ser rara vez predicho durante la evaluación de la operación, la CC generalmente confiará en que las partes que requirieron la concentración soliciten la variación o cancelación de las medidas impuestas sustentado en un cambio significativo de circunstancias o, posiblemente, la CC recomendará que la OFT revise la necesidad de mantener las medidas luego de un periodo determinado. Sin embargo, la CC podría, adicionalmente, especificar una fecha lejana en que se

¹⁰⁶

Competition Commission. "Merger Remedies: Competition Commission Guidelines". 2008. Pg. 26. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284415/cc8.pdf. Fecha de última visita: 01/07/14.

aplicaría una 'cláusula de vencimiento' más allá de la cual las medidas se levantarían de manera definitiva. El periodo utilizado para definir tal fecha dependerá de las circunstancias del caso."¹⁰⁷ (Notas al pie omitidas)

002414

141. Esta segunda condición impuesta por la Comisión representa una condición de comportamiento dado que restringe las libertades económicas del Grupo ISA al impedirle participar en la segunda convocatoria de una licitación cuya primera convocatoria haya sido declarada desierta.
142. Por la naturaleza de la condición impuesta, esta Secretaría Técnica considera que existen posibilidades de que, luego de ocho años, las condiciones de mercado y las premisas de las que partió la primera instancia hayan podido cambiar, especialmente considerando que el mercado de licitaciones de nuevas líneas de transmisión pertenecientes al SGT aún no existía cuando se emitió la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.
143. Por ende, corresponde a continuación identificar si existieron cambios que afectaron los supuestos en los que se basó la Comisión para presumir un comportamiento estratégico por parte de ISA dirigido a trasladar su poder del mercado de transmisión al de licitaciones.

III.3.2.4 Las circunstancias sobrevinientes verificadas con posterioridad a la imposición de la segunda condición

144. Como se detalló previamente, existía incertidumbre respecto de cuál sería el comportamiento de las empresas y su interacción en el mercado de licitaciones al momento de imponer la condición. Asimismo, existieron cambios legislativos que influyeron en la dinámica que se observaría posteriormente en el mercado de licitaciones.
145. En relación con los cambios normativos, el 20 de enero de 2007 –fecha posterior a la Resolución de la Comisión– se modificó el artículo 22 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, disponiéndose que las licitaciones de transmisión puedan ser realizadas no solo por el MEM, sino también por PROINVERSION, utilizando en este caso las normas propias de dicha entidad, conforme se detalla a continuación:

"Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión
(...)

¹⁰⁷

Traducción libre del siguiente texto: "As behavioural remedies are designed to have ongoing effects on business conduct throughout the period they are in force, the duration of these measures is a material consideration. The CC may specify a limited duration if measures are designed to have a transitional effect. Where measures need to apply as long as an SLC persists and as this period can rarely be predicted during the course of an inquiry, the CC will generally rely on the merged parties applying for variation or cancellation of the measures on the basis of a significant change of circumstances or possibly recommend that the OFT reviews the need for the measures after a given period. However, the CC may, in addition, specify a long-stop date in a 'sunset clause' beyond which the measures will definitely not apply. The period used for the long-stop date will depend on the circumstances of the case." (Notas al pie omitidas).

22.2 Para las instalaciones comprendidas en el Sistema Garantizado de Transmisión se tendrá en cuenta lo siguiente:

002415

(...)

b) El Ministerio podrá conducir directamente o encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. Si son encargados, estos procesos de licitación se realizarán al amparo de las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para estos efectos (...)."

146. Asimismo, el Reglamento de Transmisión, aprobado mediante Decreto Supremo 027-2007-EM, detalla en su artículo 20¹⁰⁸ que el MEM puede encargar a PROINVERSIÓN la realización de los procesos de licitación.
147. En particular, mediante Oficio N°489-2014-MEM-DGE, el MEM especificó que dicha entidad únicamente convoca licitaciones a través de su Comité de Inversión para proyectos de menor envergadura que involucran un monto inferior a los US\$ 20 millones, mientras que el resto de proyectos son encargados a PROINVERSIÓN¹⁰⁹.
148. Las licitaciones celebradas por PROINVERSIÓN son realizadas al amparo del Decreto Supremo 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley, que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, así como de su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 060-96-PCM.
149. En relación con el procedimiento para el otorgamiento de concesiones, el artículo 18 del Decreto Supremo 060-96-PCM¹¹⁰ prevé que las propuestas de los postulantes sean remitidas en sobre cerrado. Esta norma pretende evitar el riesgo de que los competidores puedan conocer las ofertas de los otros agentes económicos interesados sino hasta la apertura de los sobres.
150. La realización de licitaciones utilizando la modalidad de sobre cerrado – aspecto que no se conocía con certeza al momento en que la Comisión tomó su decisión–, representa un mecanismo que impide que se conozca la oferta del resto de postores antes de la adjudicación y, por ende, que se realice un comportamiento estratégico destinado a realizar una oferta ligeramente inferior a la del segundo mejor postor, tal como la primera instancia proyectó que ocurriría. En particular, Klemperer¹¹¹ señala lo siguiente¹¹²:

¹⁰⁸ Ver nota al pie 18.

¹⁰⁹ Sin perjuicio de ello, se ha verificado que el MEM también ha realizado procesos en sobre cerrado cuando ha organizado licitaciones de menor envergadura.

¹¹⁰ Ver nota al pie 19.

¹¹¹ KLEMPERER, Paul. "What really matters in auction design". Journal of Economic Perspectives. 2002. Pg. 179-180. Disponible en: <http://cramton.umd.edu/econ415/klemperer-what-really-matters-in-auction-design-jep-2002.pdf>. Fecha de última visita: 07/07/14.

¹¹² Traducción libre del siguiente texto: "An advantaged bidder will probably win a sealed-bid auction, but it must make its single final offer in the face of uncertainty about its rivals' bids, and because it wants to get a bargain, its sealed-bid will not be the maximum it could be pushed to in an ascending auction. So "weaker" bidders have at least some chance of victory, even when they would surely lose an ascending auction (Vickrey, 1961,

"Un postor que posea ventaja probablemente ganará una subasta con sobre cerrado, pero debe realizar una única oferta final ante la incertidumbre respecto de las ofertas de sus rivales, y dado que desea obtener ganancias, su oferta con sobre cerrado no será la máxima que se vería obligado a ofrecer en una subasta ascendente. Por tanto, los postores "más débiles" tienen al menos alguna posibilidad de ganar, incluso cuando estarían seguros de perder una subasta ascendente. De esto se desprende que es más probable que los potenciales entrantes participen en una subasta con sobre cerrado que en una ascendente."

151. Únicamente si se realizara una subasta ascendente o subasta inglesa, en la cual se presenta un precio base y las ofertas van mejorando de manera abierta, resultando ganador aquel cuya oferta no puede ser superada, existe la probabilidad de mejorar ligeramente las ofertas del resto de postores. Esto sucede porque en este tipo de subastas, los competidores conocen las apuestas de sus rivales antes de tomar una decisión sobre su oferta final.
152. Por el contrario, debido a que la modalidad del sobre cerrado impide que cada postor pueda saber la valoración de sus competidores, ello incentivaría el ingreso de un mayor número de competidores.
153. Al respecto, esta Secretaría Técnica considera que la Comisión impuso la condición debido a que no se conocía con certeza la modalidad bajo la cual se llevarían a cabo las licitaciones. Por ende, ante un escenario incierto en el mercado de licitaciones, resultó válida la imposición de la condición.
154. Sin embargo, el hecho de que las licitaciones finalmente se hayan realizado bajo la modalidad de sobre cerrado, tal como lo predice la teoría de subastas, ha incentivado el ingreso de un mayor número de competidores. Así, por ejemplo, se ha identificado que han existido otros postores además de ISA en todos los procesos de licitación llevados a cabo hasta junio de 2014 y que existieron casos en los que otras empresas obtuvieron la Buena Pro por montos significativamente mejores a las ofertas realizadas por ISA, tal como se detalla en el cuadro a continuación.

(Ver Cuadro N° 5 en la siguiente página)

appendix III). It follows that potential entrants are likely to be more willing to enter a sealed-bid auction than an ascending auction."

Cuadro N° 5
Detalle de licitaciones adjudicadas por PROINVERSIÓN 2008- 2014¹¹³

002417

Año	Proyecto	Longitud (km)	Competidores	Costo de Servicio Total (US\$)
2008	L.T. Carhuamayo - Paragsha - Conococha - Huallanca - Cajamarca - Cerro Corona - Carhuaquero 220 kV	696.6	Abengoa (Abengoa Transmisión Norte) Isonor Transmisora S.A.C. Terna Participacoes S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Consorcio Transmisión del Norte	17,971,691 20,739,278 21,660,135 23,075,306 33,883,670
2008	L.T. Mantaro - Caravelí - Montalvo 500 kV y Machu Picchu - Cotaruse 220 kV*	965.8	Isonor Transmisora S.A.C Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Terna Participacoes S.A.	29,487,993 29,894,418 35,999,000 43,163,000
2008	Chilca - La Planicie - Zapallal 500kV y 220kV	190	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Isonor Transmisora S.A.C. Consorcio Transmisión del Centro	9,994,834 11,995,000 13,777,000 N.P.
2009	L.T. Zapallal - Trujillo 500 kV	543	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Transcobel José Cartellone Construcciones Civiles S.A. - Benito Roggio e hijos S.A. - Isolux Corsán Concesiones S.A. Kepco	25,819,063 32,449,168 32,748,413 N.P. N.P.
2010	L.T. Chilca - Marcona - Montalvo 500 kV	900.5	ASA (Abengoa Transmisión Sur) Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Transcobel Korean Electric Power Corporation - KEPCO Alupar	48,195,000 53,179,562 N.P. N.P. N.P.
2010	L.T. Talara - Piura 220 kV	103.2	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. ASA Iberoamérica Eletrabras SNC - Lavalin Ingenieros S.A.	2,276,579 N.P. N.P. N.P. N.P.
2010	L.T. Tintaya - Socabaya 220 kV y subestaciones asociadas	207.5	Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA ASA Iberoamérica Eletrabras SNC - Lavalin Ingenieros S.A.	6,694,011 8,365,298 11,495,000 N.P. N.P.
2010	Reforzamiento del sistema norte con segundo circuito de transmisión 220 kV entre Talara y Piura	102.1	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	2,276,579
2010	L.T. Machu Picchu - Abancay - Cotaruse 220 kV	204	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Alupar Abengoa Isonor Transmisora S.A.C. Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A.	9,754,533 12,694,988 14,084,999 N.P. N.P.
2011	L.T. Trujillo -- Chiclayo 500 kV	328**	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Alupar Invertemento	15,757,119 18,231,209 N.P.
2011	L.T. Cajamarca Norte - Cáclic - Moyobamba en 220 Kv	303.5	Alupar Invertemento Abengoa Perú Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Cobra Instalaciones y Servicios S.A.	N.P. N.P. N.P. N.P. N.P.

113

A junio de 2014.

002418

Año	Proyecto	Longitud (km)	Competidores	Costo de Servicio Total (US\$)
2012	L.T. Carhuaquero - Cajamarca Norte - Cádlic - Moyobamba 220 kV	401.5	Cobra Instalaciones y Servicios S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Perú Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	16,161,464 18,842,514 22,870,000 N.P.
2013	L.T. Machupicchu - Quencoro - Onocora - Tintaya y Subestaciones Asociadas 220 kV	355.8	Abengoa Perú S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. Cobra Instalaciones y Servicios S.A. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	16,684,999 16,968,068 19,307,625 N.P. N.P.
2013	L.T. Mantaro - Marcona - Socabaya - Montalvo 500 kV	900	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA ASA Iberoamérica S.A. (Grupo Abengoa) Consorcio REN - Mota Engil - E.I.P. S.A. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U. Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. Isolux Energia e Participacoes S.A.	41,516,466 45,990,000 58,600,600 N.P. N.P. N.P.
2014	L.T. La Planicie - Industriales 220 kV	16.6	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Perú S.A. Luz del Sur S.A.A. Cobra Instalaciones y Servicios S.A. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U. Alupar Inversión	5,449,792 6,050,000 6,081,603 N.P. N.P. N.P.
2014	L.T. Moyobamba - Iquitos 220 kV	636.2	Consorcio Isolux Transmisora Peruana Abengoa Perú S.A. Terna Plus S.R.L. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U. Cobra Instalaciones y Servicios S.A. Consorcio Transmisión Iquitos (Alupar Inversión S.A. - Graña y Montero S.A.A.)	74,664,051 86,717,508 N.P. N.P. N.P. N.P.

* El proyecto se encuentra paralizado dado que la empresa no habría cumplido con los plazos estipulados en el contrato para la puesta en operación. La empresa concesionaria ha recurrido a arbitraje internacional.

** Incluye las subestaciones Trujillo y La Niña

Fuente: Proinversión

Elaboración: ST-SDC

155. En concordancia con la teoría de subastas, se concluye que la posibilidad de llevar a cabo un comportamiento estratégico que tenga por objeto reducir el número de competidores resulta menos probable si las licitaciones se realizan bajo un esquema de sobre cerrado.

156. Por su parte, la Comisión, mediante Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI, indicó que dada la alta participación de ISA en el mercado de transmisión, se mantendría su preocupación de que las empresas del grupo económico pudieran llevar a cabo un comportamiento estratégico dirigido a desalentar el ingreso de nuevas empresas. En particular, citó bibliografía¹¹⁴ en la cual se señalaría que la empresa incumbente o establecida (en este caso representada por las empresas del Grupo ISA) podría ejercer un comportamiento estratégico dirigido a impedir el ingreso de nuevos competidores al mercado.

¹¹⁴ En particular, citó los siguientes textos:

- DIXIT, Avinash. The role of investment in entry-deterrence. The Economic Journal. Vol. 90, N 357. 1980. p. 95-106.
- CABRAL, Luis y ROSS, Thomas. Are sunk costs a barrier to entry. Journal of Economics and Management. Vol. 17, N 1. 2008. p. 97-112.
- ARPING, Stefan y DIAW, Khaled. Sunk costs, entry deterrence, and financial constraints. International Journal of Industrial Organization. Vol. 26. 2007. p. 490-501.

157. De la revisión de la bibliografía citada por la Comisión, se ha encontrado que los autores no son concluyentes en relación con que la empresa incumbente hará uso de un comportamiento estratégico que impida el ingreso de nuevos competidores. Así, por ejemplo, de acuerdo con lo indicado por Arping y Diaw, el efecto de los costos hundidos sobre la posibilidad de que el incumbente impida el ingreso de competidores es incierto¹¹⁵:

*"El resultado final de los costos hundidos sobre la habilidad del incumbente de bloquear el ingreso podría resultar no monótona: un incremento inicial del nivel en que los costos de inversión son costos hundidos podría ayudar a impedir el ingreso; sin embargo, un mayor nivel de costos hundidos podría dar lugar al ingreso (de competidores en dicho mercado)."*¹¹⁶

158. Específicamente, de acuerdo con el modelo planteado por Arping y Diaw, el uso de un comportamiento estratégico para bloquear el ingreso de un competidor dependerá de qué proporción de sus activos representen costos hundidos, posibilidades de financiamiento del entrante, entre otros factores.

159. Más aún, de acuerdo con Klemperer¹¹⁷, ante la existencia de subastas, el uso del comportamiento estratégico que pueda bloquear el ingreso dependerá del diseño de la subasta. Específicamente, el autor señala lo siguiente respecto de la existencia del sobre cerrado:

*"...dado que la entrada a una subasta (abierta) ascendente puede ser bloqueada incluso por una pequeña desventaja, el bloqueo de la entrada y las estrategias predatorias de reducir los costos propios o elevar los costos de los rivales o realizar amenazas, pueden ser mucho más rentables que en una subasta de sobre cerrado o en un mercado 'ordinario'."*¹¹⁸

160. Por todo lo expuesto, a criterio de esta Secretaría Técnica, se ha corroborado que el uso del mecanismo de sobre cerrado ha dado lugar a que ingrese un mayor número de competidores en las licitaciones y ello reduce la probabilidad de que ISA lleve a cabo un comportamiento estratégico como el asumido por la Comisión.

161. Sin perjuicio de ello, y tal como fue mencionado por ISA, la predictibilidad de las remuneraciones a los titulares de las líneas de transmisión que forman parte del SGT –que tuvo lugar a partir de la Ley 28832¹¹⁹– ha sido

¹¹⁵ ARPING y DIAW (2007). Op. Cit.

¹¹⁶ Traducción libre del siguiente texto: "The overall effect of sunk costs on the incumbent's ability to deter entry may then turn out be non-monotonic: an initial increase in the degree to which investment costs are sunk may help to deter entry, but a further increase may give rise to more entry."

¹¹⁷ KLEMPERER, Paul. "Bidding markets". Competition Commission. Junio 2005. Pg. 15. Disponible en: <http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klemperer/biddingmarkets.pdf>. Fecha de última visita: 06/06/14).

¹¹⁸ Traducción libre del siguiente texto: "...since entry into an ascending auction can be deterred by even a small disadvantage, entry deterring and predatory strategies of reducing one's own costs, or raising rivals' costs, or making threatening statements, can all be far more profitable than in a sealed-bid auction, or in an 'ordinary' economic market."

¹¹⁹ LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA

otro factor que ha incentivado el ingreso de nuevos postores interesados en las licitaciones para la construcción o ampliación de las líneas de transmisión y que no podía conocerse con certeza al momento en que la Comisión emitió su opinión, dado que aún no se realizaban las licitaciones bajo este nuevo marco normativo.

162. Al margen de que se ha encontrado que, efectivamente, ha existido un cambio de circunstancias respecto de la situación inicial de mercado que motivó a la Comisión a imponer la condición, la Secretaría Técnica considera pertinente evaluar si en la actualidad las economías de escala que posee ISA en el mercado de transmisión impedirían que otros postores pudieran mejorar su oferta en el mercado de licitaciones.

• **Economías de escala en el mercado de transmisión**

163. De acuerdo con la Comisión, las economías de escala de las que gozaría ISA le permitirían encontrarse en ventaja respecto del resto de competidores al enfrentar menores costos. En particular, la primera instancia indicó que, dado que los costos fijos asociados a la transmisión se repartirían entre más unidades producidas, los costos unitarios se reducirían¹²⁰.
164. Según lo señalado en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, los ahorros en costos que se derivarían de la concentración serían aquellos asociados con lo siguiente: compras por volumen, adquisición de repuestos, equipos de prueba, herramientas especializadas, entre otros.
165. Si bien las economías de escala podrían representar cierta ventaja para ISA al compartir costos fijos, no se ha identificado que la primera instancia haya determinado que tales costos le otorgarían a ISA una ventaja que difícilmente podría ser superada por sus potenciales competidores.
166. La Comisión asumió que el único factor en que se podrían diferenciar las empresas sería en las economías de escala de las que cada una gozaba, en tanto indicó lo siguiente:

"81. El incremento de participación de ISA y la obtención de economías a escala en transmisión, disminuye la posibilidad de realizar ofertas ganadoras por parte de los potenciales entrantes, lo que reduce la competencia real por obtener el mercado (entendido como la construcción y/o ampliación de líneas de transmisión)."

Artículo 25.- Componentes de inversión, operación y mantenimiento de la Base Tarifaria

25.1 Los componentes de inversión, operación y mantenimiento de la Base Tarifaria, dentro del periodo de recuperación, son iguales a:

- a) Los valores que resulten del proceso de licitación pública, para el caso de las instalaciones que se liciten, actualizados con sus respectivos índices conforme el procedimiento que se establece en el Reglamento.
(...)

¹²⁰ Ver nota al pie 14 de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.

167. Ello fue ratificado por la Comisión dentro de la presente solicitud de revocación, pues manifestó que dado que aún se mantiene un alto nivel de concentración no debería eliminarse la segunda condición.

002421

168. A partir de ello, esta Secretaría Técnica ha identificado que la primera instancia ha partido de las siguientes premisas para concluir que la segunda condición debe mantenerse: (i) la segunda condición únicamente debería levantarse si la participación del Grupo ISA se reduce o, en otras palabras, si se regresa a una situación similar a la que se encontraba el mercado de transmisión antes de aprobar la operación de concentración; y, (ii) difícilmente existirían otros factores de competencia por el mercado, tales como el costo de capital, que podrían generar que los competidores de ISA tengan alguna ventaja que pudiera superar aquellas que posee ISA por sus economías de escala en el mercado de transmisión.

169. Respecto del primer punto, esta Secretaría Técnica estima que no se debe considerar si las participaciones se redujeron a niveles previos a la operación de concentración, sino que el análisis debe centrarse en si dada la situación del mercado al momento de la evaluación de la revocación, se mantiene o no la preocupación que motivó su imposición.

170. Respecto del segundo punto, la Comisión parte de la premisa de que las empresas que compiten con ISA serían muy parecidas. En particular, la única diferencia que existiría entre ellas sería el hecho de que ISA ostenta economías de escala en el mercado de transmisión que le generarían ventajas en las licitaciones para la construcción o reforzamiento de líneas de transmisión. Ello se desprende de la afirmación de la primera instancia de que ISA tendría incentivos para hacerse del íntegro de los beneficios derivados de la obtención de economías de escala¹²¹, lo cual únicamente podría ocurrir si sus competidores no tuvieran alguna ventaja asociada con otros factores que les permitiera competir de manera efectiva con ISA.

171. De acuerdo con lo señalado por ISA como respuesta a un requerimiento de información¹²², son diferentes las variables que se toman en consideración al momento de presentar una oferta en una licitación de este tipo, tales como los riesgos vinculados al diseño del proyecto asociados al plazo de construcción, el valor de referencia, entre otros. Además de estos aspectos propiamente asociados al diseño y condiciones de la licitación, también existen aspectos propios de la empresa como el esquema de financiamiento de la empresa (costo de capital propio, costo de deuda o proporción deuda-capital propio).

172. En otras palabras, los potenciales postores deben tener en consideración los ingresos que recibirían del Estado periódicamente para compensar tanto los costos de inversión como de operación y mantenimiento.

¹²¹ Ver párrafo 78 de la Resolución 081-2006-INDECOP/CLC.

¹²² Ver escrito 3 presentado por ISA el 16 de diciembre de 2013.

Asimismo, deben estimar los costos del proyecto cuyas características requeridas se encuentran en las Bases, a los cuales deben sumarle algunas contingencias que podrían elevar los referidos costos. De otro lado, dado que la inversión se realizará en un periodo inicial, mientras que tanto las retribuciones como los costos de operación y mantenimiento tendrán lugar durante el periodo de operación de las líneas de transmisión, debe considerarse la tasa o porcentaje al que se descontarán los flujos futuros¹²³.

173. Por estas consideraciones mínimas que debe tener en cuenta un potencial postor para este caso en particular, esta Secretaría Técnica considera que es posible que las ventajas que ISA ostenta por sus economías de escala sean superadas –tal como ha ocurrido en la práctica– por otro tipo de ventajas que posean otros postores. Estas estarían asociadas, por ejemplo, con un mejor esquema de financiamiento. Este hecho explicaría las diferencias entre la oferta de ISA y la oferta del ganador de algunas de las licitaciones, cuyos resultados se detallan en el Cuadro N° 5.

III.3.2.5 Consecuencias potenciales de mantener la segunda condición

174. A continuación, corresponde evaluar qué ocurriría si se mantuviera la segunda condición, considerando que ha existido un cambio de circunstancias desde que la Comisión adoptó su decisión.
175. Dado que los mercados son dinámicos, tanto la doctrina como la jurisprudencia sugieren que las condiciones de comportamiento deben encontrarse sujetas a una limitación temporal. En particular, de acuerdo con Heyer¹²⁴, debe realizarse una revisión periódica de las condiciones de comportamiento, pues si estas se mantienen ante un cambio de condiciones, ello podría generar incluso un perjuicio sobre los consumidores:

“...los remedios de comportamiento deberían durar únicamente mientras sea necesariamente razonable prevenir el daño temido. La situación de los mercados no es estática, y es probable que la demanda y las condiciones de costos cambien a lo largo del tiempo. En dichas circunstancias, incluso una medida que era óptima al momento en que esta fue impuesta podría convertirse en una condición que ya no tenga sentido económico, convirtiéndose eventualmente en dañina no solo para la propia empresa, sino también para los consumidores.”¹²⁵ (Subrayado añadido)

¹²³ La tasa a la que se descuenten los flujos del proyecto depende de las posibilidades de financiamiento de cada empresa lo cual depende, a su vez, de la proporción de capital propio y de recursos obtenidos de terceros, así como los costos asociados a ambos tipos de financiamiento.

¹²⁴ HEYER, Ken. “Optimal Remedies for Anticompetitive Mergers”. Antitrust, Vol. 26 N 2. 2012. Disponible en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_magazine/spring_2012_heyerauthcheckdam.pdf. Fecha de última visita: 15/05/14.

¹²⁵ Traducción libre del siguiente texto: “...behavioral remedies should have a term that is only as long as seems reasonably necessary to prevent the feared harm. Market environments are not static, and demand and cost conditions are likely to be changing over time. In such circumstances even a remedy that was optimal at the time it was imposed may turn into one that no longer makes economic sense, eventually becoming harmful not only to the firm, but to consumers.”

176. En el caso materia de evaluación, el mantener la segunda condición podría representar un perjuicio no solo para ISA asociado al trato diferenciado que se ejercería sobre esta empresa respecto del resto de postores, sino que también podría generar un perjuicio sobre los consumidores al impedir su participación en una segunda convocatoria. Ciertamente, bajo el supuesto de que el precio de referencia determinado por PROINVERSIÓN no sea suficiente para que alguna empresa realice una propuesta, surgiría la necesidad de realizar una segunda convocatoria, en la cual ISA se vería impedida participar, por lo que las ofertas de los demás postores podrían ser menos agresivas y, consecuentemente, los costos de transmisión y tarifas de energía se elevarían, perjudicando a los consumidores finales.
177. Por el contrario, incluso si ISA se encontrara habilitada de participar en una segunda convocatoria, esta Secretaría Técnica considera que dicha empresa no se arriesgaría a dejar de participar en una primera convocatoria, toda vez que ello implicaría un alto riesgo de perder la licitación debido a la existencia de otros postores que podrían realizar ofertas competitivas en una primera convocatoria¹²⁶. Por ende, tendría los incentivos para presentar su mejor oferta en dicha convocatoria.
178. Dado que, por un lado, esta Secretaría Técnica considera que ha existido un cambio de circunstancias y que, por otro lado, de mantener la segunda condición existiría un riesgo de afectar la dinámica competitiva en el mercado de licitaciones para la construcción o reforzamiento de líneas de transmisión, corresponde a continuación evaluar si existirían daños a terceros derivados del levantamiento de la segunda condición.

III.3.2.6 Evaluación de la existencia de daños a terceros como consecuencia del levantamiento de la segunda condición

179. Al momento de analizar la pertinencia de revocar las condiciones impuestas a ISA, debe evaluarse si con ello se producen o no daños a otros administrados, a terceros, o al mercado en general. Para cumplir con tal finalidad, la Sala dispuso que se requiera la opinión técnica de las entidades que participaron en el procedimiento mediante el cual se autorizó la operación de concentración propuesta por ISA.
180. A continuación, se detallará la opinión respecto de la segunda condición de cada una de las entidades consultadas. En primer lugar, la primera instancia manifestó lo siguiente:

*"De la información analizada se evidencia que el mercado de transmisión eléctrica no ha variado sustancialmente toda vez que continúa siendo altamente concentrado y el grupo ISA aún mantiene una participación de mercado superior al 75%.
(...)"*

¹²⁶

Este punto será abordado con mayor detalle en la siguiente sección, al tratarse de una preocupación señalada por una de las entidades consultadas, el OSINERGMIN.

...esta Secretaría Técnica considera que no se ha producido un cambio significativo en las condiciones de mercado que justifique el levantamiento de la segunda condición establecida por la Resolución 081-2006/INDECOPI-CLC.

En efecto, ISA aún mantiene una participación de mercado importante y tendría incentivos para hacerse del íntegro (sic) de los beneficios derivados de la obtención de economías de escala en la actividad de transmisión, lo que podría afectar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de redes eléctricas, y reduciría los potenciales beneficios que los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica podrían obtener de las ampliaciones y/o construcción de los sistemas de transmisión."

181. En similar sentido, la Defensoría indicó que dado que la participación del Grupo ISA era mayoritaria tal como al momento en que la Comisión impuso la condición, esta debería mantenerse.
182. A criterio de esta Secretaría Técnica, el hecho de considerar la variación de la participación de ISA como el único factor que representaría un cambio de circunstancias, sería pretender que la estructura de mercado sea similar a la existente antes de la operación de concentración. En particular, la única forma en que se podría eliminar la condición, de acuerdo con la Defensoría y la Comisión, sería que ISA ostente una participación similar al momento en que solicitó la concentración, sin contemplar que las condiciones en el mercado pudieron haber cambiado como, de acuerdo con lo expuesto hasta el momento, habría ocurrido. Más aún, si la condición impuesta no recae sobre el mercado en el cual la estructura de mercado se mantiene, es decir, el mercado de transmisión.
183. Así, respecto de la segunda condición, corresponde evaluar si la preocupación que motivó la imposición de dicha condición persiste. Como fue mencionado previamente, la preocupación de un reducido número de participantes en las licitaciones y su incapacidad para hacer frente a ISA, así como el comportamiento estratégico de esta última para declarar desierta la primera convocatoria, se ha diluido debido a un esquema de licitaciones con sobre cerrado, tal como lo predice la teoría económica y se ha demostrado en este caso en la práctica.
184. A su vez, el MEM, entidad encargada de aprobar el Plan de Transmisión y de encargar u organizar por cuenta propia los procesos de licitación, indicó lo siguiente respecto de un eventual levantamiento de la segunda condición:

"Con relación a la segunda condición, para licitaciones de proyectos SGT el grupo ISA no ejercería una presencia destacada frente al resto de postores; sin embargo, para el desarrollo de sistemas complementarios y/o secundarios, el grupo ISA sí podría tener ventajas por economías de escala, debido a que cuentan aproximadamente con el 65% del tendido de líneas de transmisión, por lo que estimamos que dicha condición debería mantenerse."

185. Por un lado, el MEM manifestó que no existirían problemas en las licitaciones de proyectos SGT; sin embargo, por otro lado, identificó que las economías de escala podrían generar ventajas en la construcción de líneas de transmisión que pertenezcan al SCT.

186. Corresponde precisar que, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 28832¹²⁷, el SCT está conformado por las instalaciones que forman parte del Plan de Transmisión y cuya construcción es iniciativa de uno o varios agentes, así como aquellas líneas de transmisión que no forman parte del referido Plan.
187. Sin embargo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 22 de la Ley 28832¹²⁸ y el artículo 20 del Reglamento de Transmisión (Decreto Supremo 027-2007-EM)¹²⁹, se licitarán aquellas instalaciones que se incluyan dentro del Plan de Transmisión y que conformen el SGT. Por ende, aquellas líneas de transmisión que conformen el SCT se licitan solo en caso estas formen parte del Plan de Transmisión y bajo determinadas circunstancias estipuladas en el artículo 3.6 del Reglamento de Transmisión¹³⁰.
188. Al margen de que las licitaciones que conforman el SCT se realizan solo bajo situaciones excepcionales, el MEM no indicó las razones por las que ISA ostentaría ventajas que no podrían ser superadas por otros postores y/o los motivos por los que no existiría competencia en este segmento de las licitaciones. En particular, esta Secretaría Técnica ha identificado que en la licitación de la Línea de Transmisión La Planicie – Industriales 220 kV, que pertenece al SCT y cuya adjudicación se llevó a cabo en mayo de 2014, si bien ISA obtuvo la Buena Pro, existieron 5 postores además de ISA que pasaron la etapa de precalificación y 2 de ellos presentaron ofertas¹³¹.
189. En relación con el OSINERGMIN, esta entidad reconoció que el hecho de que ISA presente un comportamiento oportunista asociado a no participar en una primera convocatoria para que las condiciones sean mejoradas en una segunda convocatoria, dependería tanto de las condiciones de la licitación como de los postores potenciales en la primera convocatoria. En particular, indicó lo siguiente:

¹²⁷ Ver nota al pie 85.

¹²⁸ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA**
Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión
 22.1 El Sistema Garantizado de Transmisión está conformado por las instalaciones del Plan de Transmisión cuya concesión y construcción sean resultado de un proceso de licitación pública. (...)

¹²⁹ Ver nota al pie 70.

¹³⁰ **DECRETO SUPREMO 027-2007-EM (MODIFICADO POR DECRETO SUPREMO N° 010-2009-EM DEL 6 DE FEBRERO DE 2009). REGLAMENTO DE TRANSMISIÓN.**
Artículo 3.- Instalaciones que conforman el Sistema Complementario de Transmisión.
 (...)

 3.6. Conforme al Decreto Legislativo N° 1012, el Ministerio o PROINVERSIÓN podrá conducir los procesos de licitación para la ejecución y operación de las instalaciones del Sistema Complementario de Transmisión, que sean de uso exclusivo de la demanda, que no estén comprendidos el Plan de Transmisión ni en los numerales 3.1, 3.2 y 3.3 anteriores y que hayan sido priorizados por el Ministerio, tomando como referencia, entre otros, los estudios elaborados para el Plan de Inversiones o el Plan de Transmisión. Se deberá contar con opinión previa del OSINERGMIN y COES sobre la necesidad de estas instalaciones.

¹³¹ Para mayor detalle respecto de los participantes y sus ofertas, ver Cuadro N° 5.

"ISA podría evitar presentar su propuesta económica en la primera convocatoria si no existe competencia potencial o si espera que el resto de empresas no compitan activamente con el objetivo de mejorar sus condiciones económicas en la segunda convocatoria."

~~002426~~

190. Tal como se ha sustentado previamente, el hecho de que los concesionarios de las líneas de transmisión puedan proyectar de manera predecible las retribuciones por la construcción, operación, y mantenimiento de las líneas de transmisión, así como la utilización de un esquema de sobre cerrado, han facilitado el ingreso de postores que en algunos casos han superado las ofertas de ISA, diluyendo así la preocupación de un eventual comportamiento oportunista. En otras palabras, el supuesto bajo el cual existiría una preocupación por parte del OSINERGMIN no ha ocurrido en la práctica.
191. A criterio de esta Secretaría Técnica, ISA no se arriesgaría a dejar de participar en una primera convocatoria de tener conocimiento de que existen otros postores precalificados, pues incluso aunque estos aún no posean participación en el mercado de transmisión, se encuentran en capacidad de realizar ofertas competitivas, tal como ha ocurrido en los procesos de licitación llevados a cabo por PROINVERSIÓN hasta junio de 2014.
192. De otro lado, el OSINERGMIN manifestó adicionalmente una preocupación asociada a una eventual colusión. En particular, señaló lo siguiente:

"...el levantamiento de la Segunda Condición podría tener efectos en las licitaciones y en las decisiones de inversión en el sector. ISA podría evitar presentar su propuesta económica en la primera convocatoria si no existe competencia potencial o si espera que el resto de empresas no compitan activamente con el objetivo de mejorar sus condiciones económicas en la segunda convocatoria."

Al respecto, se debe considerar que los procesos de licitación realizados por PROINVERSIÓN y el MINEM, Abengoa e ISA representaron el 76.9% de longitud de líneas de transmisión adjudicadas y el 74.2% del monto adjudicado acumulado en el periodo de 2009 a junio de 2013...

El levantamiento de la Segunda Condición podría incentivar la realización de prácticas colusorias horizontales por parte de los dos grupos económicos más importantes, ISA y Abengoa, con el objetivo de que los procesos de licitación se declaren desiertos en la primera convocatoria e incrementar el precio referencial en la segunda convocatoria. La estrategia colusoria sería beneficiosa para los grupos en el caso que interactúen repetitivamente de forma tal que se repartan las licitaciones. Dicho escenario es probable debido a la alta concentración de las licitaciones por parte de ISA y Abengoa."

193. Al respecto, la Secretaría Técnica considera que, sin perjuicio de que esta no haya sido una preocupación de la Comisión al momento de imponer las condiciones, se ha identificado que bajo el actual esquema de licitaciones con sobre cerrado no se configura un escenario que facilite la colusión. Ello debido al diseño de las licitaciones y a las características del mercado en sí mismo.

194. En cuanto al diseño de las licitaciones, la modalidad de sobre cerrado reduce la probabilidad de colusión, pues se trata de lo que en teoría de juegos se denomina juego simultáneo, en el cual todos los participantes conocen las ofertas de los demás competidores al mismo tiempo, dificultando así el monitoreo de un eventual acuerdo, contrariamente a lo que sucede en una subasta abierta. Sobre el particular, Klein señala lo siguiente¹³²:

*"El sobre cerrado a primer precio podría ofrecer un poco más de protección contra una colusión entre postores que las subastas abiertas. Por ejemplo, en caso exista un acuerdo entre algunos de los postores, bajo un esquema de subasta abierta, estos pueden ver si alguno de los miembros del cartel se desvía del acuerdo y realiza ofertas más agresivas de las acordadas. Los otros miembros del cartel pueden reaccionar inmediatamente realizando ofertas aún más agresivas. La preocupación por este tipo de castigo fortalece la disciplina dentro del cartel."*¹³³

195. Asimismo, las características propias del mercado dificultan la formación de un acuerdo colusorio¹³⁴. En primer lugar, los postores conforman grupos económicos heterogéneos, tales como ISA y Abengoa, cuyo nivel de inversiones e ingresos tanto en el Perú como en el extranjero varía significativamente. Si bien ambos grupos económicos poseen importantes inversiones en energía, los costos asociados a la construcción de una misma línea de transmisión no serán los mismos para estas dos empresas, puesto que cuentan con diferentes costos de capital, diferente estructura de deuda-capital, entre otros.
196. Por un lado, Abengoa posee más de 70 años de experiencia en los sectores de energía y saneamiento. Asimismo, tiene presencia en 17 países, en los que posee activos tales como líneas de transmisión, cogeneración de energía, plantas de energía solar, plantas desalinizadoras, entre otros, alcanzando en el 2013 una facturación total ascendente a € 7,356 millones¹³⁵.
197. El Grupo ISA, por su parte, tiene presencia en 8 países en Sudamérica y Centroamérica y posee negocios de transporte de energía eléctrica, transporte de telecomunicaciones, concesiones viales y gestión inteligente

¹³² KLEIN, Michael. "Designing auctions for concessions – guessing the right value to bid and the winner's curse". Public Policy for the Private Sector. Banco Mundial. Nota N° 160. Noviembre 1998. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/282884-1303327122200/160klein.pdf>. Fecha de última visita: 02/07/2014.

¹³³ Traducción libre del siguiente texto: "First-price sealed bid auctions may offer a little better protection against collusion by bidders than open auctions. Suppose there is a bidding cartel among some of the bidders. In an open auction they can see when one of them breaks ranks and bids more aggressively than agreed. Other members of the cartel can immediately retaliate by also bidding more aggressively. Fear of such retaliation strengthens discipline in the cartel."

¹³⁴ Para una revisión de las características que de un mercado facilitarían la colusión en un mercado, ver por ejemplo: MOTTA, Massimo. "Competition Policy. Theory and Practice". Cambridge University Press. New York, 2004.

¹³⁵ De acuerdo con información disponible en su página web: <http://www.abengoa.com/>. Fecha de última visita: 21/04/14.

de sistemas de tiempo real. En el año 2012, obtuvo ingresos ascendentes a US\$ 2,400 millones¹³⁶.

198. Al margen de que Abengoa e ISA sean empresas heterogéneas en cuanto a su facturación, estructura de capital, giros de negocio y presencia mundial, entre otros, existe un segundo factor que dificulta que estos dos grupos económicos puedan ser parte de un acuerdo colusorio: la competencia potencial y efectiva que enfrentan por parte de otros grupos económicos.
199. De acuerdo con Motta¹³⁷ –al referirse a las características de un mercado que facilitan los acuerdos entre competidores–, mientras más bajas sean las barreras de entrada a un mercado, será menos probable que se sostenga un acuerdo. Es decir, si existiera un mercado contestable, en el cual fuera posible el ingreso de nuevos competidores, la amenaza del ingreso reduciría la probabilidad del acuerdo.
200. En este caso, si bien Abengoa e ISA podrían coludirse, por ejemplo, para que una primera convocatoria sea declarada desierta con el objetivo de elevar el precio de referencia en una segunda, la probabilidad de que esto suceda se reduce por la existencia de terceras empresas que han participado activamente en los procesos de licitación y que representan una amenaza para un eventual acuerdo colusorio entre estas dos empresas.
201. En efecto, ISA y Abengoa correrían el riesgo de que existieran otros postores en una primera convocatoria con capacidad de realizar ofertas competitivas, imposibilitando así la realización de una segunda convocatoria. En particular, se ha identificado que en 14 de las 15 licitaciones llevadas a cabo desde el 2008¹³⁸ (ver Cuadro N° 5) participaron otros postores además de ISA y Abengoa y en 11 de estas 15 licitaciones existieron postores además de ISA y Abengoa que presentaron una propuesta económica. Ello reduce significativamente los incentivos a coludir.
202. Asimismo, además de Abengoa, otras empresas que han participado en los procesos de licitación pertenecen a importantes grupos económicos con amplia experiencia en el sector. Tal es el caso de Cobra Instalaciones y Servicios S.A., quien obtuvo en 2012 la Buena Pro para la construcción de la línea de transmisión Carhuaquero - Cajamarca Norte – Cállic – Moyobamba y que pertenece al Grupo Cobra. Este grupo económico tiene presencia en 45 países y posee negocios relacionados con líneas de transmisión; redes de distribución de electricidad, gas, agua, ferrocarril y

¹³⁶ De acuerdo con información disponible en su página web: <http://www.rep.com.pe/Quienes%20Somos/Grupo%20Empresarial.aspx>. Fecha de última visita: 21/04/2014.

¹³⁷ MOTTA, Massimo (2004). Op. Cit.

¹³⁸ No se toma en cuenta el proyecto L.T. Cajamarca Norte - Cállic - Moyobamba en 220 Kv, puesto que este fue declarado desierto y se convocó a un nuevo concurso.

comunicaciones; gestión integral de hidrocarburos; entre otros. Adicionalmente, tiene presencia en otras áreas tales como energías renovables y medioambiente, e ingeniería industrial y plantas, con una facturación total de más de € 4,000 millones en el año 2012¹³⁹.

203. Del mismo modo, el consorcio conformado por Isolux Ingeniería S.A. e Isolux de México S.A. de C.V., quien recientemente¹⁴⁰ obtuvo la Buena Pro para la construcción de la línea de transmisión Moyobamba-Iquitos, pertenece al Grupo Isolux Corsán. Dicho grupo posee experiencia en concesiones, energía, construcción y servicios industriales. Del mismo modo, tiene presencia en 40 países en cuatro continentes y posee una cartera de negocios acumulada de más de € 49, 000 millones, así como una facturación de € 3,202 millones en 2013¹⁴¹.
204. De otro lado, existen postores que si bien no han obtenido la Buena Pro hasta el momento, han participado en los procesos de licitación y también pertenecen a grupos económicos con amplia experiencia en mercados de energía y altos niveles de facturación que podrían hacerle frente a ISA. Tal es el caso de Electrobras, empresa estatal brasileña que a través de sus subsidiarias opera en las etapas de generación, transmisión y distribución de energía en Brasil. En particular, en la etapa de transmisión, posee 55,118 kilómetros de líneas de transmisión¹⁴².
205. La participación de estos grupos económicos dentro de las licitaciones ha demostrado que este mercado es contestable, pues a lo largo del tiempo han ingresado nuevos postores a participar de estos procesos.
206. Por consiguiente, se concluye que las diferencias entre los grupos económicos y el número de competidores que participan en cada proceso de licitación dificultan la posibilidad de la formación de acuerdos colusorios en este mercado.
207. Por otra parte, las características propias del bien licitado también reducen la probabilidad de colusión. De acuerdo con Fernández-Baca¹⁴³, la heterogeneidad en los productos asociada a diferentes características demandadas elevaría los costos de coordinación, dificultando así la ejecución de un acuerdo.
208. En este caso, las líneas de transmisión licitadas por el Estado peruano son muy diferentes entre sí, puesto que estas se ajustan a las

¹³⁹ De acuerdo con la información detallada en su página web: <http://www.grupocobra.com/business/>. Fecha de última visita: 21/04/2014.

¹⁴⁰ El acto de adjudicación tuvo lugar el 5 de junio de 2014.

¹⁴¹ De acuerdo con información disponible en su página web: <http://www.isoluxcorsan.com/es/nuestro-grupo/>. Fecha de última visita: 07/07/2014.

¹⁴² De acuerdo con información disponible en su página web: <http://www.elektrobras.com/>. Fecha de última visita: 07/07/2014.

¹⁴³ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. "Organización Industrial". Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. 2006. Pg. 348-349.

necesidades del sistema eléctrico peruano. En particular, las líneas de transmisión deben ser construidas en diferentes zonas geográficas¹⁴⁴, y poseen diferentes extensiones¹⁴⁵, entre otras características¹⁴⁶ que generan una variación de los costos asociados al proyecto.

209. En este sentido, la forma en que operaría una eventual repartición del mercado sería difícil de acordar, en tanto los costos asociados a cada proyecto son distintos entre sí. Así, por ejemplo, existiría una mayor probabilidad de desvío en aquellos proyectos de mayor envergadura, pues involucran un mayor beneficio de desviarse del acuerdo que proyectos que involucran una menor extensión en las líneas de transmisión.
210. Un último aspecto que dificulta la colusión según Fernández-Baca¹⁴⁷ es la irregularidad y escasa frecuencia en las licitaciones. A pesar de la existencia del Plan de Transmisión, las licitaciones no se realizan con una frecuencia determinada, lo cual dificultaría que los postores puedan realizar un eventual reparto de mercado de las licitaciones.
211. En conclusión, las características del mercado tales como heterogeneidad de los postores y las licitaciones, posibilidad de ingreso de nuevos grupos económicos, entre otras, hacen que la probabilidad de ocurrencia del escenario de colusión planteado por el OSINERGMIN sea muy reducida.
212. En tal sentido, esta Secretaría Técnica ha identificado que los cambios normativos asociados a la utilización del sobre cerrado como mecanismo de presentación de propuestas y a la mayor certeza respecto de las retribuciones por la construcción o reforzamiento de líneas de transmisión, han generado un mayor número de competidores y de ofertas competitivas en las licitaciones.
213. Asimismo, ante un eventual levantamiento de la condición evaluada y dadas las características del mercado de licitaciones, se ha identificado que no se generaría un daño a terceros y, por el contrario, se evitaría que el resto de postores presente ofertas menos favorables ante un eventual impedimento de participación de las empresas del Grupo ISA en una

¹⁴⁴ Algunas pueden involucrar la construcción de líneas de transmisión únicamente en la costa y tienen únicamente como área de influencia Lima Metropolitana tales como la Línea de Transmisión 220 kV La Planicie Industriales, mientras que otras involucran la construcción en la sierra tales como la Línea de Transmisión 220 kV Friaspata – Mollepata y Subestación Orcotuna 220/60 kV, proyecto ubicado en las regiones de Huancavelica, Ayacucho y Junín.

¹⁴⁵ Así, por ejemplo, la Línea de Transmisión Mantaro-Marcona-Socabaya-Montalvo 500 kV involucraba la construcción de 900 kilómetros, mientras que la Línea de Transmisión Talara-Piura 220 kV involucraba únicamente la construcción de 103.2 km.

¹⁴⁶ Otra diferencia entre las líneas de transmisión es la potencia requerida para cada tramo de las líneas de transmisión requeridas. Por ejemplo, en el proyecto denominado Línea de Transmisión Carhuamayo-Paragsha-Conococha-Huallanca-Cajamarca-Cerro Corona-Carhuaquero, se requirió un nivel de tensión de 220 kV, mientras que para el proyecto denominado Línea de Transmisión Trujillo – Chiclayo se requirió un nivel de 500 kV.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. "Organización Industrial". Op. Cit. Pg. 349.

segunda convocatoria. Por ello, esta Secretaría Técnica recomienda que la segunda condición impuesta a ISA mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 sea revocada.

002431

214. Finalmente, esta Secretaría Técnica considera que sería pertinente que las condiciones de comportamiento impuestas en adelante por la Comisión se encuentren sujetas a una limitación temporal o, en todo caso, se determine su revisión periódica para establecer si, dadas las circunstancias, corresponde mantenerlas o eliminarlas. Ello con el objetivo de garantizar la idoneidad de las condiciones para asegurar un escenario de competencia en el mercado.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

215. Tanto la primera como la segunda condición impuesta a ISA consisten en condiciones de comportamiento, las cuales restringen las libertades económicas del referido grupo empresarial. De acuerdo con la experiencia comparada y la práctica nacional en regulación tarifaria, los mercados son dinámicos, por lo que debe establecerse alguna limitación temporal o, al menos, la posibilidad de revisión de las condiciones impuestas.

216. Respecto de la primera condición impuesta por la Comisión, se ha identificado que, por un lado, el número de participantes dentro del Subcomité de Transmisores se ha elevado, mientras que el número de participantes pertenecientes al Grupo ISA se ha mantenido; y, por otro lado, tanto el Reglamento de Transmisión como el Estatuto del COES establecen condiciones para evitar que cualquier grupo económico pueda ejercer decisiones preponderantes en cualquiera de los órganos de decisión al interior del COES.

217. Así, se considera que la preocupación de la primera instancia de que ISA pueda ejercer una posición preponderante en cualquiera de las instancias de decisión del COES se ha diluido a causa de los cambios normativos y del número de participantes en el mercado de transmisión y mantener esta condición involucraría un trato diferenciado respecto de otros agentes tales como Abengoa, cuya participación dentro del Subcomité de Transmisores se ha incrementado a lo largo del tiempo. Por ello, recomienda que esta condición sea revocada.

218. Respecto de la segunda condición, se ha identificado que el número de postores en las licitaciones ha sido superior al que inicialmente proyectó la Comisión. Ello se debió a que con la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, se determinó que remuneraciones a los titulares de nuevas líneas de transmisión serían estables en función al monto ofertado en las licitaciones, lo cual generó un mayor número de interesados en las licitaciones.

219. Del mismo modo, a partir de la modificación del artículo 22 de la Ley 28832 –con posterioridad a la decisión de la Comisión–, se determinó la

posibilidad de encargar a PROINVERSIÓN la organización de las licitaciones, entidad que según el artículo 18 del Decreto Supremo 060-96-PCM debe realizarlas mediante sobre cerrado.

~~002432~~

220. Este esquema de licitación, de acuerdo con la teoría de subastas, favorece el ingreso de un mayor número de competidores. Ello se ha venido observando desde el año 2008, en que se iniciaron las licitaciones para la construcción o reforzamiento de las líneas de transmisión. Así, en la actualidad existen diversos postores además de ISA interesados en participar en las licitaciones, pertenecientes a importantes grupos económicos y en capacidad de presentar ofertas competitivas. Asimismo, la modalidad de sobre cerrado impide que ISA pueda conocer las ofertas de sus rivales para poder realizar ofertas ligeramente inferiores a estos, con lo cual la empresa no podría ejercer un comportamiento estratégico dirigido a presentar una oferta ligeramente inferior a la de sus rivales.
221. A su vez, la utilización del sobre cerrado dificulta la posibilidad de que los postores puedan coludirse, lo cual se suma a las características propias del mercado que dificultan un acuerdo tales como la existencia de un grupo heterogéneo de postores y la heterogeneidad en las líneas de transmisión a licitar.
222. De otro lado, se ha identificado que las economías de escala que ostenta ISA en el mercado de transmisión y que podrían generarle ahorros de costos en la construcción de nuevas líneas de transmisión han sido superadas por otras características de los grupos económicos participantes en las licitaciones, lo cual les ha permitido a estos presentar en ocasiones mejores ofertas que las del Grupo ISA.
223. Si bien la segunda condición tuvo sentido en su momento pues aún no se llevaban a cabo licitaciones bajo el nuevo esquema normativo, la preocupación que motivó la imposición de la condición no se mantiene vigente, por lo que esta Secretaría Técnica recomienda su revocación.


JOSÉ GONZALES CUCHO
Secretario Técnico Ad Hoc


ROSA CASTILLO MEZARINA
Ejecutivo 2

ANEXO 18





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
SOLICITANTE : INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P. 002433
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
PROCESAL
SOLICITUD DE REVOCACIÓN DE CONDICIONES
INTERPUESTAS EN OPERACIÓN DE
CONCENTRACIÓN
PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA
ACTIVIDAD : TRANSMISIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA

SUMILLA: se **APRUEBA UN PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA** que interpreta los alcances de la aplicación del artículo 5 de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, el cual establece la competencia de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia para imponer determinadas condiciones para la aprobación de operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico, en los siguientes términos:

- (i) En el caso se sujete la aprobación de una operación de concentración empresarial al cumplimiento de una condición de conducta, debe entenderse que dicha restricción deberá estar asociada a un horizonte temporal, luego del cual la autoridad deberá revisar las características y el entorno competitivo del mercado, a efectos de determinar si resulta pertinente o no mantener la restricción impuesta.
- (ii) Ello, sin perjuicio de que, en aplicación del procedimiento de revocación referido en la Ley 27444, las empresas puedan solicitar cuando lo estimen pertinente, la revocación de las condiciones impuestas, debiendo para tal efecto identificar el cambio de circunstancias que se habría producido en el mercado eléctrico y que ameritaría el levantamiento de las condiciones establecidas válidamente en su oportunidad.

Adicionalmente, se dispone la **REVOCACIÓN** de las condiciones impuestas a Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 y 10 de enero de 2007, respectivamente, a las cuales se sujetó la aprobación de la operación de concentración para la adquisición de control de la empresa Consorcio Transmantaro S.A., consistentes en lo siguiente:

- (i) No ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, de manera que las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. solo puedan utilizar de forma conjunta un único voto de los

M-SDC-02/1A

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOP**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002434

que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

- (ii) **De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.**

La razón es que se han verificado cambios de circunstancias que diluyen la preocupación que motivó la imposición de tales condiciones por parte de la Comisión. En particular, respecto de la primera condición, se ha verificado que el número de participantes dentro del Subcomité de Transmisores se ha elevado, mientras que el número de participantes pertenecientes al Grupo ISA se ha mantenido; y, por otro lado, tanto el Reglamento de Transmisión como el Estatuto del COES –normas dictadas con posterioridad a la imposición de las condiciones–, establecen medidas para evitar que cualquier grupo económico pueda ejercer decisiones preponderantes en cualquiera de los órganos de decisión al interior del COES.

Respecto de la segunda condición, se ha identificado que a partir de la modificación del artículo 22 de la Ley 28832 –con posterioridad a la decisión de la Comisión–, se determinó la posibilidad de encargar a PROINVERSIÓN la organización de las licitaciones, entidad que según el artículo 18 del Decreto Supremo 060-96-PCM debe realizarlas mediante sobre cerrado. Este hecho sumado a la estabilidad en la remuneración a los titulares de las nuevas líneas de transmisión, realizadas en función al monto ofertado en las licitaciones, generó el ingreso de un número significativo de competidores. Del mismo modo, se ha identificado que las economías de escala que ostenta ISA en el mercado de transmisión y que podrían generarle ahorros de costos en la construcción de nuevas líneas de transmisión han sido superadas por otras características de los grupos económicos participantes en las licitaciones.

Lima, 22 de julio de 2014

I. ANTECEDENTES

1. El 19 de julio de 2006, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante, ISA)– empresa que a esa fecha poseía el control de las empresas peruanas concesionarias de transmisión eléctrica Red de Energía del Perú S.A. (en adelante, REP) e Interconexión Eléctrica Perú S.A. (en adelante, ISA Perú)–



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 00623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002435

solicitó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia¹ (en adelante, la Comisión) autorización previa para efectuar una operación de concentración derivada de la adquisición de control de la empresa peruana concesionaria de transmisión eléctrica Consorcio Transmantaro S.A. (en adelante, CTM). Dicha solicitud fue evaluada al amparo de lo previsto en las disposiciones de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 017-98-ITINCI.

2. El 16 de noviembre de 2006, luego de verificar que a través de la adquisición del control de CTM por parte de ISA se produciría una integración horizontal en el mercado peruano de transmisión de energía eléctrica, la Comisión decidió autorizar la operación mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, estableciendo para ello dos condiciones a ISA y a las tres empresas transmisoras peruanas que quedarían bajo su control; es decir, CTM, REP e ISA Perú (en adelante, Grupo ISA). Las referidas condiciones fueron las siguientes:

- (i) Sobre la actuación en las instancias de decisión del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES - SINAC)
La primera condición impuesta al Grupo ISA fue la siguiente:

"No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

Esta condición resulta idónea, necesaria y proporcional en tanto busca asegurar que la operación del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico, lo que finalmente, redundará en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica".

- (ii) Sobre las inversiones en el sector eléctrico (licitaciones para la concesión de la construcción y operación de nuevas instalaciones de transmisión)

La segunda condición impuesta al Grupo ISA estipulaba lo siguiente:

"De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.

¹ Antes, Comisión de Libre Competencia.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002435

Esta condición tiene como objeto evitar que el grupo económico conformado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. adopte conductas estratégicas a su favor durante los procesos de licitación (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica; y, asimismo, está dirigida a crear incentivos para que cuando el referido grupo participe en tales procesos, realice su mejor oferta, de modo que se reduzcan los costos de construcción y/o ampliación, y con ello los costos del servicio de electricidad".

3. Luego de dicha decisión y como consecuencia de una solicitud de aclaración por parte de ISA, el 10 de enero de 2007, mediante Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, la Comisión desarrolló el alcance de la condición descrita en el punto (i) precedente señalando que esta debía aplicarse en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (en adelante, COES).
4. El 28 de febrero de 2013, ISA presentó un escrito ante la Comisión, mediante el cual solicitó iniciar un procedimiento administrativo dirigido a la eliminación y/o revocación de las condiciones que le habían sido impuestas a las empresas del Grupo ISA, establecidas mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC y la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC.
5. ISA sustentó su pedido argumentando lo siguiente:
 - (i) La vía procedimental aplicable en este caso sería la de una solicitud en interés particular, la cual se encuentra regulada en el artículo 107 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General².
 - (ii) Las dos condiciones impuestas no se sustentan en causas objetivas y razonables, y estarían restringiendo indebidamente los derechos del Grupo ISA en el marco de sus actividades en el mercado de transmisión eléctrica. En particular, respecto de la primera condición, las normas dictadas dentro del COES luego de la imposición de condiciones sobre ISA impiden que esta pueda tener injerencia en cualquiera de sus instancias de decisión. Del mismo modo, en relación con la segunda condición, las premisas y presunciones adoptadas por la Comisión para justificar su dictado no se habrían presentado en el mercado, ni podrían presentarse debido al marco normativo del sector eléctrico, dictado con posterioridad a la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC. En tal sentido, no se cumpliría con el test de razonabilidad.


2

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 107.- Solicitud en interés particular del administrado

Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

4/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1877



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002437

- (iii) Las condiciones impuestas por la Comisión sobre la autorización de la operación constituyen un "modo" del acto administrativo dentro de las posibles modalidades previstas en el artículo 2 de la Ley 27444³. Ello implica que tales condiciones representan un elemento accesorio al acto administrativo de autorización de concentración.
- (iv) El artículo 203 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴, permite que, bajo determinados supuestos, puedan revocarse actos administrativos que establecen gravámenes o cargas sobre los administrados.
- (v) A la fecha de su pedido, no se presentaban ni se presentarían las razones por las cuales se consideró que la concentración podía tener la capacidad de causar efectos perjudiciales a la competencia en el mercado eléctrico peruano, por lo que las condiciones ya no obedecerían al fin para el que fueron impuestas. Por tanto, debía eliminarse y/o revocarse parcialmente la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, con la finalidad de dejar sin efecto únicamente el contenido modal o carga del acto administrativo de la autorización.
6. ISA adjuntó a su pedido una copia de las actas de las sesiones de Asamblea del COES y una copia del listado de las agendas, acuerdos, y asistentes a las sesiones del Subcomité de Transmisores del COES, solicitando se declare la confidencialidad de dicha información.
7. Mediante Memorándum 086-2013/ST-CLC-INDECOPI del 15 de abril de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión remitió a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) el pedido formulado por ISA⁵.

³ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 2.- Modalidades del acto administrativo

2.1 Cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto.

2.2 Una modalidad accesorio no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo.

⁴ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 203.- Revocación

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevenientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

203.3 La revocación prevista en este numeral sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.

⁵ Ello toda vez que en sesión del 11 de abril de 2013, la Comisión determinó que en aplicación del artículo 203.3 de la



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002438

8. El 30 de abril de 2013, ISA solicitó una reunión con la Secretaría Técnica de la Sala a efectos de exponer los alcances de su solicitud, así como la forma en que la misma debería ser encausada.
9. El 31 de mayo de 2013 se llevó a cabo la reunión de la Secretaría Técnica de la Sala con los representantes de ISA, en la cual la mencionada empresa reiteró los principales argumentos de su solicitud.
10. Mediante Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI del 14 de noviembre de 2013, la Sala admitió a trámite la solicitud formulada por ISA a efectos de iniciar un procedimiento destinado a la evaluación de la solicitud de revocación de las condiciones impuestas en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC⁶. Para ello, se basó en los siguientes elementos:
 - (i) De conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 27444, la Sala, en su condición de máxima instancia administrativa en la materia, resulta competente para conocer la solicitud de revocación presentada por ISA.
 - (ii) Los cambios en las circunstancias alegados por ISA resultan pasibles de ser analizados en el marco de un procedimiento de revocación, de conformidad con el artículo 203.2.3 de la Ley 27444. En particular, la Sala identificó que:
 - a. Las condiciones dictadas por la primera instancia constituían medidas de gravamen impuestas al Grupo ISA.
 - b. La introducción de normas asociadas al voto dentro de los órganos del COES y a las licitaciones para nuevas líneas de transmisión dictadas con posterioridad al pronunciamiento de la Comisión constituyen cambios de circunstancias que ameritarían una revisión de las condiciones impuestas por la primera instancia.
11. Del mismo modo, la Sala dispuso en su pronunciamiento que se requiera la opinión técnica de todas las entidades que participaron de la solicitud de concentración; es decir, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MEM), del

Ley 27444, correspondía a la Sala pronunciarse respecto a la solicitud formulada por ISA.

⁶ Adicionalmente, en dicho pronunciamiento la Sala dispuso que "la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia solicite la opinión técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de Energía y Minas, Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones y a la Defensoría del Pueblo respecto a la solicitud presentada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., a efectos que se eliminen las condiciones impuestas en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002439

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN)⁷, del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL), y de la Defensoría del Pueblo (en adelante, Defensoría). Adicionalmente, dispuso que se requiera la opinión técnica de la Comisión.

12. Por Carta 122-2013/SDC-INDECOPI del 29 de noviembre de 2013, la Secretaría Técnica de la Sala requirió a ISA que cumpla con lo siguiente:

- (i) Presentar copia de las actas de las sesiones del Subcomité de Transmisores del COES desde el año 2007 a la fecha.
- (ii) Presentar un cuadro con los resultados de las licitaciones públicas para la concesión, operación y mantenimiento de líneas de transmisión que se hubieran realizado desde el año 2007 a la fecha, precisando los siguientes detalles: postores, ofertas y ganadores.
- (iii) Detallar y explicar los factores o variables sobre la base de los cuales determina las ofertas económicas que presentan en las licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica.
- (iv) Señalar si, como consecuencia de la restricción impuesta mediante Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC, se ha visto impedida de participar en la segunda convocatoria de alguna licitación para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica que en primera convocatoria hubiera sido declarada desierta.

13. En la misma fecha y en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Sala requirió que, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, la Comisión, el MTC⁸, el MEM⁹, el OSINERGMIN¹⁰, el OSIPTEL¹¹ y la Defensoría¹² presenten su opinión técnica respecto a la solicitud formulada por ISA.

⁷ Antes denominado Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG).

⁸ Oficio N° 049-2013/SDC-INDECOPI.

⁹ Oficio N° 047-2013/SDC-INDECOPI.

¹⁰ Oficio N° 046-2013/SDC-INDECOPI.

¹¹ Oficio N° 048-2013/SDC-INDECOPI.

¹² Oficio N° 050-2013/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002440

14. El 16 de diciembre de 2013, ISA atendió el requerimiento de información efectuado mediante Carta 122-2013/SDC-INDECOPI y señaló lo siguiente:

- (i) Para establecer el monto de la oferta económica o para tomar la decisión de presentar una oferta, toma en cuenta los riesgos identificados para cada proyecto en particular, considerando factores como: el plazo de construcción, el alcance técnico del proyecto, la existencia de contingencias importantes (relacionadas a aspectos ambientales o de violencia en la zona), el monto de referencia para el proyecto, entre otros. Del mismo modo, la empresa señaló que todo ello debe ser evaluado bajo un posible esquema de financiamiento de las inversiones proyectadas.
- (ii) Desde la imposición de las condiciones por parte de la Comisión a la fecha, solo en una ocasión una licitación fue declarada desierta¹³, lo cual se debió a que ningún postor presentó una oferta. Sin embargo, en dicho caso no se realizó una segunda convocatoria, sino que, por decisión estatal, se integró el proyecto con uno de mayor envergadura, el cual fue adjudicado a una empresa distinta a las pertenecientes al Grupo ISA.

15. El 27 de diciembre de 2013, OSIPTEL brindó su opinión técnica respecto a la solicitud formulada por ISA, señalando lo siguiente:

- (i) De conformidad con el marco legal vigente, no considera que el levantamiento de las condiciones impuestas a ISA genere un incremento en las tarifas de circuitos de LDN y, por el contrario, podría esperarse que mantenga su tendencia decreciente. Del mismo modo, el levantamiento de tales condiciones tampoco impactaría en sus esfuerzos regulatorios para promover la competencia en el sector de telecomunicaciones.
- (ii) No obstante lo anterior, si las empresas involucradas en el presente caso realizan alguna práctica que pueda restringir o afectar la competencia en el mercado portador de larga distancia nacional o cualquier otro mercado de servicio público de telecomunicaciones, el OSIPTEL podrá evaluarlas y corregirlas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁴.

¹³ Correspondiente al proyecto "Línea de Transmisión Carhuauero – Cajamarca Norte – Cállic – Moyobamba en 220 kV".

¹⁴ DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.

Artículo 17.- Del OSIPTEL.

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

16. El 6 de enero de 2014, la Comisión presentó su opinión técnica señalando lo siguiente:

002441

- (i) En relación a la primera condición impuesta por la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, no ha identificado cambios significativos, en tanto la concentración de mercado se mantiene y se proyecta que su estructura no se modifique significativamente dado que el mercado de transmisión presenta características de monopolio natural.
 - (ii) En tal sentido, dicha condición debería mantenerse y ser de aplicación en aquellos supuestos en los cuales, ya sea normativamente o por la estructura del COES, ISA pueda ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones. No obstante, si se verifica que ISA no tiene dicha injerencia, la restricción a su derecho al voto al interior del COES no debería resultar aplicable.
 - (iii) En cuanto a la segunda condición impuesta mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, esta tampoco debería suprimirse toda vez que se mantiene la situación en que se basó la Comisión para imponerla. En particular, ISA aún posee una participación de mercado importante y tendría incentivos para hacerse del íntegro de los beneficios derivados de la obtención de economías de escala en la actividad de transmisión, lo que podría afectar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de redes eléctricas, y reduciría los potenciales beneficios que los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica podrían obtener de las ampliaciones y/o construcción de los sistemas de transmisión¹⁵.
17. El 7 de enero de 2014, ISA complementó su respuesta al requerimiento de información efectuado mediante Carta 122-2013/SDC-INDECOPI¹⁶ y señaló que una circunstancia sobreviniente que justificaría la revocación o modificación de las condiciones que le fueron impuestas por la Comisión serían los cambios normativos aplicables a las licitaciones de infraestructura de transmisión eléctrica. Al respecto, ISA señaló lo siguiente:
- (i) El 20 de enero de 2007 se emitió la Ley 28958 que modificó el artículo 22 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica¹⁷, permitiéndose así que las licitaciones de

¹⁵ La Comisión señaló que los beneficios se trasladarían a los consumidores en la medida en que la compensación a las transmisoras se reduzca, lo cual a su vez depende de la oferta económica planteada por estas empresas en las licitaciones.

¹⁶ ISA presentó copia de las actas de sesiones del Subcomité de Transmisores del COES que fueran requeridas mediante Carta 122-2013/SDC-INDECOPI.

¹⁷ LEY 28958. LEY QUE SUSTITUYE EL LITERAL B) DEL PÁRRAFO 22.2 DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 28832, LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA.
Artículo Único.- Objeto de la Ley



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002442

transmisión fueran realizadas no solo por el MEM, sino también por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, PROINVERSIÓN), sujetándose para ello en las normas propias de dicha entidad. Esta modificación fue recogida posteriormente en el artículo 20 del Reglamento de Transmisión, Decreto Supremo 027-2007-EM¹⁸, norma que desarrolla lo dispuesto en la Ley 28832, en relación con las licitaciones de transmisión.

- (ii) Las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para realizar las licitaciones de transmisión se encuentran contenidas en el Decreto Supremo 059-96-PCM, 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, así como su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 060-96-PCM.
- (iii) Dichas normas establecen un diseño de adjudicación a la mejor oferta presentada en sobre cerrado, evitando así la posibilidad de que un postor conozca las ofertas de los demás competidores, con lo cual no se permitiría el comportamiento oportunista que consideró posible la Comisión al imponer las condiciones cuestionadas¹⁹.

Sustitúyase el literal b) del párrafo 22.2 del artículo 22 de la Ley N° 28832, por el siguiente texto:

"Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión

(...)

22.2 Para las instalaciones comprendidas en el Sistema Garantizado de Transmisión se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

b) El Ministerio podrá conducir directamente o encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. Si son encargados, estos procesos de licitación se realizarán al amparo de las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para estos efectos. En el caso de instalaciones de Refuerzo, el titular de la concesión de transmisión tendrá la preferencia para ejecutarlas directamente. De no ejercer dicha preferencia, el proyecto de la instalación de Refuerzo se incluirá en los procesos de licitación."

¹⁸ **DECRETO SUPREMO 027-2007-EM. REGLAMENTO DE TRANSMISIÓN.**

Artículo 20.- Proceso de Licitación para Implementar el Plan de Transmisión

(...)

20.2 El Ministerio tendrá a su cargo la convocatoria, difusión y conducción del proceso de Licitación, adjudicación y firma del Contrato de Concesión de SGT. El Ministerio, mediante Resolución Ministerial, podrá encargar a Proinversión la conducción del proceso de licitación hasta la adjudicación de la buena pro, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso b) del numeral 22.2. del Artículo 22 de la Ley.

¹⁹ **DECRETO SUPREMO 060-96-PCM. REGLAMENTO 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.**

Artículo 18.- Las propuestas se presentarán a la mano y en sobre cerrado.

A la hora indicada en la convocatoria se iniciará el Acto. Sin embargo, en las bases podrá señalarse un plazo de tolerancia, el que en ningún caso podrá exceder de media hora. A partir de ese momento no se recibirá propuesta alguna.

Artículo 22.- La concesión se otorgará al titular de la propuesta más conveniente, por acuerdo del Comité Especial que será comunicado a los postores en la fecha establecida en las bases. Acto que contará con la presencia de un Notario Público.

El Comité Especial podrá desestimar todas las propuestas presentadas cuando no resultaran convenientes, sin obligación de pago de indemnización alguna en favor de los postores.

10/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1883



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002443

- (iv) Asimismo, todas las licitaciones de infraestructura de transmisión eléctrica (celebradas por PROINVERSION o el MEM) que se han realizado con posterioridad a la imposición de las condiciones por la Comisión han utilizado el diseño antes mencionado.
- (v) Como consecuencia de dicho cambio normativo, ni los postores en general ni el Grupo ISA en particular, pueden conocer o determinar cuál sería el postor más competitivo ni los valores que ofertarán como costo total de transmisión o como plazo de puesta en operación comercial.
- (vi) Por ello, en cada licitación de infraestructura de transmisión eléctrica, los postores deben hacer sus evaluaciones independientemente y así presentar su mejor oferta, sin que exista razón alguna para asumir que el Grupo ISA pueda estar en mejor condición para predecir la agresividad, el comportamiento y la oferta de cualquier postor, y menos aún la del postor más competitivo, en tanto que la valoración de cada postor respecto de la concesión es distinta.
18. El 9 de enero de 2014, el OSINERGMIN presentó su opinión técnica señalando lo siguiente:
- (i) El levantamiento de la primera condición impuesta a ISA mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC no tendría efectos directos en las futuras inversiones, en las condiciones de oferta y demanda ni en las tarifas eléctricas dado el marco regulatorio vigente. Sin perjuicio de ello, de levantarse la primera condición se afectaría la composición de los votos en el COES, afectando potencialmente las decisiones adoptadas en cada uno de sus órganos de decisión. No obstante, las funciones del COES son reglamentadas por el MEM y reguladas y supervisadas por el OSINERGMIN.
- (ii) El levantamiento de la segunda condición podría tener efectos en las licitaciones de construcción y ampliación del sistema de transmisión, en especial considerando la elevada concentración en el resultado de las licitaciones realizadas por PROINVERSION y el MEM desde el 2009 a julio de 2013, en las cuales ISA y el Grupo Abengoa se adjudicaron más del 70% del total.
- (iii) Tomando en cuenta ello, el levantamiento de la segunda condición podría incentivar prácticas colusorias horizontales entre ISA y Abengoa, dejando de participar en la primera convocatoria para que esta sea declarada desierta y se incremente el precio de referencia en la segunda, repartiéndose las líneas de transmisión licitadas.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002444

- (iv) Esto afectaría la competencia por el mercado, eventualmente elevando los precios de provisión del servicio de transmisión, lo cual impactaría directamente sobre la tarifa eléctrica.
19. El 24 de enero de 2014 se realizó una segunda reunión entre la Secretaría Técnica de la Sala y los representantes de ISA, en la cual la mencionada empresa expuso nuevamente los principales fundamentos de su solicitud y, del mismo modo, realizó comentarios respecto de las respuestas presentadas por la Comisión y por el OSINERGMIN.
20. El 4 de febrero de 2014, la Secretaría Técnica de la Sala emitió el Informe 004-2014/SDC-INDECOPI, mediante el cual recomendó a la Sala ampliar el plazo para emitir su decisión por treinta (30) días de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 del Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Para sustentar su recomendación, se basó en lo siguiente:
- (i) A la fecha de la emisión del Informe 004-2014/SDC-INDECOPI, las siguientes entidades no habían presentado su opinión técnica: MEM, MTC, y la Defensoría. Resulta relevante contar con la opinión de cada una de estas entidades y, en especial, del MEM, quien se encarga de otorgar las concesiones para la construcción de infraestructura de transmisión eléctrica en su calidad de titular del sector energético y por lo cual la decisión de la Sala podría incidir directamente en el cumplimiento de sus funciones.
- (ii) Si bien el OSINERGMIN indicó que no existirían efectos en futuras inversiones, ni en condiciones de oferta y demanda, o en las tarifas eléctricas como consecuencia del levantamiento de la primera condición, posteriormente indicó que ello afectaría la composición de votos dentro del COES. En tal sentido, resulta necesario solicitar a dicha entidad indicar si, a su criterio, dicha modificación en la composición de votos afectaría de alguna forma el mercado eléctrico peruano.
21. El 10 de febrero de 2014, el MTC remitió su opinión técnica, indicando lo siguiente:
- (i) El levantamiento de la primera condición no generaría ningún efecto sobre los servicios de telecomunicaciones.
- (ii) En relación con la segunda condición, dado que ISA es una empresa dominante y participa en el mercado de telecomunicaciones a través de su vinculada Internexa, quien ofrece servicios portadores sobre su red de fibra óptica, podría denegar el acceso de otros operadores de



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002445

telecomunicaciones a sus líneas de transmisión por favorecer a su vinculada.

- (iii) No obstante, la probabilidad de que ello suceda se reduciría debido a la existencia de mecanismos legales y regulatorios para facilitar a las empresas de telecomunicaciones y al operador de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica el acceso y uso de la infraestructura eléctrica.
 - (iv) En particular, independientemente de quién gane las futuras licitaciones, se encontrará en la obligación de incluir cables de fibra óptica en los tramos utilizados por la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. Asimismo, el Operador de la Red Dorsal debe ofrecer servicios portadores de transporte de datos o alquiler de circuitos a la empresa de telecomunicaciones que se lo solicite de una forma no discriminatoria y aplicando precios regulados.
 - (v) En tal sentido, dada la normativa actual en telecomunicaciones, la segunda condición tampoco afectaría a dicho mercado, a pesar de que ISA sea dominante.
22. El 17 de febrero de 2014, la Defensoría del Pueblo remitió su opinión técnica y señaló lo siguiente:
- (i) ISA aún mantiene una participación importante en el mercado de transmisión, por lo que considera necesario que se mantengan las condiciones impuestas por la Comisión.
 - (ii) Es necesario contar con la opinión del MEM, quien es la entidad encargada de aprobar el Plan de Transmisión Eléctrica.
23. Con fecha 18 de febrero de 2014, la Sala emitió la Resolución 0240-2014/SDC-INDECOPI, mediante la cual dispuso ampliar por treinta (30) días hábiles el plazo para emitir su pronunciamiento respecto de la solicitud de revocación presentada por ISA.
24. Con fecha 19 de febrero de 2014, la Secretaría Técnica de la Sala solicitó al OSINERGMIN una precisión sobre su opinión respecto de una eventual afectación sobre la competencia en el mercado eléctrico peruano como consecuencia del levantamiento de la condición impuesta por la Comisión, en tanto señalaron que ello afectaría la composición de votos del COES.
25. El 26 de febrero de 2014, el MEM remitió su opinión técnica indicando lo siguiente:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

- (i) Respecto de la primera condición, si bien el Grupo ISA no puede en la actualidad ejercer una posición preponderante, aún mantiene una participación significativa en el mercado de transmisión. **002446**
- (ii) En relación con la segunda condición, esta debería mantenerse, puesto que ISA posee el 65% del tendido de líneas de transmisión, lo cual le otorga ventajas sobre las demás empresas dentro del sistema secundario y/o complementario de transmisión.
26. El 19 de marzo de 2014, el OSINERGMIN precisó los alcances de su opinión técnica remitida el 9 de enero de 2014 y señaló que existen otros grupos empresariales que participan en el segmento de transmisión eléctrica con mayor influencia que la del Grupo ISA pero sin llegar a poder adoptar acuerdos unilateralmente. Así, el organismo regulador consideró que el levantamiento de la primera condición no tendría efectos considerables debido a que el ordenamiento legal limita la capacidad de toma de decisiones de los agentes al interior del COES.
27. El 25 de marzo de 2014, el MEM presentó la siguiente información requerida mediante Oficio 014-2014/SDC-INDECOPI del 10 de marzo de 2014:
- (i) Copias simples de las Actas de Presentación y Apertura de Sobres y Buena Pro de las Licitaciones referidas a la LT Chilca-La Planicie-Zapallal, LT Carhuaquero-Cajamarca Norte-Cáclic-Moyobamba y el Reforzamiento de la LT Centro Norte-Medio Zapallal-Trujillo.
- (ii) Detalle de las licitaciones convocadas por el MEM.
28. Del mismo modo, el MEM indicó en la referida comunicación los principales componentes considerados al determinar el valor de referencia. Asimismo, señaló que no se proponen medidas nuevas para fomentar la competencia en los procesos de licitación para nuevas líneas de transmisión, puesto que estos procesos han sido a la fecha exitosos.
29. El 27 de marzo de 2014, ISA presentó un escrito en el cual detalló su postura respecto de las opiniones presentadas por la Comisión, el OSINERGMIN, la Defensoría, y el MEM. Entre otros aspectos indicó lo siguiente:
- (i) La razón por la que se impuso la segunda condición no fue la elevada participación en el mercado de transmisión ni su nivel de concentración, pues se trata de un mercado regulado. La preocupación radicaba, más bien, en que se garantizara suficiente competencia por el mercado.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002447

- (ii) La competencia por el mercado no depende de la competencia en el mercado, pues se recurre a la primera en ausencia de la última. Así, la existencia y magnitud de la competencia depende de que haya interesados en participar en las subastas y que estos se encuentren en similares condiciones para competir incluso con quienes ya operan monopolios naturales en el mercado.
- (iii) Cuando la Comisión autorizó la operación de concentración, existían dudas respecto de los dos aspectos detallados previamente. Sin embargo, existieron factores tales como la promulgación de la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica –que, entre otros aspectos, garantizaba la estabilidad en el ingreso de los inversionistas– que incentivaron la competencia por el mercado.
- (iv) Así, en las licitaciones llevadas a cabo hasta 2013 ha habido como mínimo 3 postores calificados en cada licitación. Con ello, se descarta cualquier duda que la Comisión tuvo en el año 2006 respecto de la competencia por el mercado de licitaciones.
- (v) Del mismo modo, existieron cambios normativos con posterioridad a la decisión de la Comisión. En particular, la Ley 28958, que sustituyó el literal b) del numeral 22.2 del artículo 22 de la Ley 28832, permitía que PROINVERSIÓN llevara a cabo las licitaciones bajo sus propias reglas, las cuales establecen un diseño de adjudicación a la mejor oferta presentada en sobre cerrado. Así, los postores rivalizan tanto en la etapa de precalificación como en la de presentación de sus ofertas y se encuentran en igualdad de condiciones, pues la información de los postores precalificados y, posteriormente, sus ofertas, son conocidas al mismo tiempo por todos. Por esta igualdad de condiciones, 6 de las 12 licitaciones adjudicadas por PROINVERSIÓN han sido ganadas por ISA.
- (vi) ISA concuerda con el MEM en que el levantamiento de la segunda condición no afectará las licitaciones que compongan el Sistema Garantizado de Transmisión (en adelante, SGT), pues ISA no ostenta ventajas frente a los demás postores. Por ello, no concuerda con el hecho de que tanto la Comisión como la Defensoría hayan evaluado únicamente el nivel de participación de ISA en el mercado de transmisión. En el supuesto negado de que ISA ostentara ventajas sobre los demás postores dadas por su alta participación en el mercado de transmisión, habría ganado la totalidad de licitaciones presentando su mejor oferta.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002448

- (vii) La opinión del OSINERGMIN señala que, en ausencia de la condición, ISA podría abstenerse de participar en la primera convocatoria para mejorar su posición en la segunda. Para llegar a tal conclusión, la entidad asumió dos posibles escenarios: (i) que no exista competencia potencial en la primera convocatoria; o, (ii) que ISA espere que los demás interesados no compitan activamente. Sin embargo, ninguno de los escenarios asumidos por la entidad ocurren en los hechos.
- (viii) Del mismo modo, el OSINERGMIN planteó su preocupación por un posible escenario de colusión con el Grupo Abengoa; no obstante, el levantamiento de la segunda condición no modificará los incentivos a competir por parte de los postores por lo que la probabilidad de colusión es nula. Asimismo, el mantener la condición para conseguir el objetivo de proteger la competencia por el mercado ante un riesgo de supuesta colusión no supera el test de razonabilidad, en tanto no es idónea, necesaria ni proporcional.
- (ix) Respecto de la preocupación del MEM sobre la competencia en licitaciones que forman parte del Sistema Complementario o Secundario de Transmisión, el mantenimiento de la condición no cumpliría con el test de razonabilidad, pues la competencia en estas licitaciones depende del número de postores, reglas de presentación y calificación de ofertas para la selección del ganador.
- (x) Si bien la Comisión y la Defensoría señalaron que la primera condición debía mantenerse, las condiciones que motivaron la decisión de la primera instancia han cambiado. En particular, en diciembre de 2006 existían únicamente 5 concesionarios de transmisión registrados en el COES de los cuales 3 pertenecían al Grupo ISA, por lo que habría existido una preocupación de que ISA pudiera ejercer preponderancia en la toma de decisiones. Sin embargo, dado el marco normativo dictado con posterioridad a la decisión de la Comisión y la actual composición de concesionarios de transmisión en el COES, la preocupación de la primera instancia habría desaparecido.
30. El 1 de abril de 2014, se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la presencia de los representantes de ISA, así como de las siguientes entidades: MTC, OSINERGMIN, y OSIPTEL.
31. El 15 de julio de 2014, la Secretaría Técnica de la Sala emitió el Informe 014-2014/SDC-INDECOPI, mediante el cual recomendó a la Sala revocar ambas condiciones impuestas por la Comisión al haberse verificado un cambio sobreviniente de circunstancias. Para sustentar su recomendación, se basó en lo siguiente:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002449

- (i) De acuerdo con la experiencia comparada, las condiciones de comportamiento usualmente se encuentran sujetas a una limitación temporal y/o a la posibilidad de revisión posterior. Ello debido a que los mercados son dinámicos y las condiciones impuestas en un momento en una oportunidad podrían dejar de ser necesarias posteriormente.
- (ii) En relación con la primera condición, el actual número de integrantes del Subcomité de Transmisores y las normas dictadas con posterioridad a la decisión de la primera instancia impedirían que cualquier grupo económico pueda ejercer decisiones preponderantes en cualquiera de los órganos de decisión al interior del COES.
- (iii) En relación con la segunda condición, la modificación al artículo 22 de la Ley 28832, posterior a la decisión de la Comisión, dio lugar a que el MEM pudiera encargar a PROINVERSIÓN la realización de las licitaciones, debiendo utilizar para ello la modalidad de sobre cerrado de acuerdo con el artículo 18 del Decreto Supremo 060-96-PCM. Así, el uso del sobre cerrado sumado a la predictibilidad de las remuneraciones a los titulares de las líneas de transmisión, favoreció la competencia en el mercado de licitaciones, demostrando que existen otras empresas que incentivarían a ISA a presentar su mejor oferta en la primera convocatoria, sin necesidad de que para ello deba prohibírsele su participación en una segunda convocatoria.
- (iv) Respecto de la segunda condición, se ha identificado que a partir de la modificación del artículo 22 de la Ley 28832 –con posterioridad a la decisión de la Comisión–, se determinó la posibilidad de encargar a PROINVERSIÓN la organización de las licitaciones, entidad que según el artículo 18 del Decreto Supremo 060-96-PCM debe realizarlas mediante sobre cerrado.
- (v) Este esquema de licitación, de acuerdo con teoría de subastas, favorece el ingreso de un mayor número de competidores. Ello se ha venido observando desde el año 2008, en que se iniciaron las licitaciones para la construcción o reforzamiento de las líneas de transmisión. Así, en la actualidad existen diversos postores además de ISA interesados en participar en las licitaciones, pertenecientes a importantes grupos económicos y en capacidad de presentar ofertas competitivas. Del mismo modo, la modalidad de sobre cerrado impide que ISA pueda conocer las ofertas de sus rivales para poder realizar ofertas ligeramente inferiores a estos, con lo cual no se cumpliría en la actualidad uno de los supuestos de los que partió la Comisión para imponer la condición.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002450

- (vi) A su vez, la utilización del sobre cerrado dificulta la posibilidad de que los postores puedan coludirse, lo cual se suma a las características propias del mercado que dificultan un acuerdo tales como la existencia de un grupo heterogéneo de postores y la heterogeneidad en las líneas de transmisión a licitar.
- (vii) Si bien la segunda condición tuvo sentido en su momento pues el mercado de licitaciones bajo el nuevo esquema normativo aún no existía, la preocupación que motivó la imposición de la condición no se mantiene vigente, lo cual amerita que dicha condición sea revocada.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

32. Determinar si corresponde:

- (i) Declarar la confidencialidad de la información solicitada por ISA.
- (ii) Revocar las dos condiciones impuestas por la Comisión mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC y Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. LA SOLICITUD DE CONFIDENCIALIDAD FORMULADA POR ISA

33. En el presente caso, ISA solicitó se declare la confidencialidad de: (i) las actas de las sesiones de Asamblea del COES; (ii) las actas de las sesiones del Subcomité de Transmisores del COES; y, (ii) una copia del listado de las agendas, acuerdos, y asistentes del Subcomité de Transmisores del COES.
34. Sobre el particular, el artículo 4 del Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico dispone que la información que se ha presentado al amparo de dicha norma debe ser tratada como confidencial y solo podrá ser utilizada para la finalidad para la que se presentó:

DECRETO SUPREMO 017-98-ITINCI. REGLAMENTO DE LA LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLIGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO

Artículo 4.- Confidencialidad y obligación de reserva. Toda la información presentada durante el procedimiento de Notificación previa será tratada como confidencial y tendrá carácter reservado sólo podrá ser utilizada para la finalidad para la que fue requerida. Los empleados, funcionarios o representantes de la Secretaría y los miembros de la Comisión, así como de la Secretaría Técnica de la Sala y los miembros de esta última, estarán obligados a no divulgar dicha información, bajo responsabilidad.

Esta disposición no impide la publicación del Informe Técnico y las Resoluciones correspondientes una vez que éstas hayan quedado firmes, resguardándose el interés

18/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

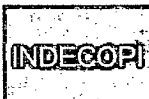
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1891



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

legítimo de las empresas de que no se divulguen sus secretos comerciales y/o industriales.

002451

35. Según se desprende del artículo antes citado, si bien durante el procedimiento de notificación previa –y, de manera análoga, en el presente procedimiento de revocación–, la información aportada será tratada como confidencial y tendrá carácter reservado, aquello no impedirá la publicación del Informe Técnico y las Resoluciones correspondientes una vez que queden firmes. Esto último, según señala la norma, bajo la obligación por parte de la autoridad administrativa de salvaguardar la confidencialidad de los secretos comerciales e industriales que obran en el expediente.
36. Adicionalmente, el artículo 36 del Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico²⁰, establece que la restricción antes mencionada es también oponible a las entidades a las cuales en el marco del presente procedimiento se les ha requerido una opinión técnica a fin de emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la materia controvertida.
37. La información cuya confidencialidad es solicitada por ISA detalla las decisiones adoptadas por los órganos al interior del COES que involucran inversiones y estrategias comerciales de las empresas que participaron en dichas reuniones, por lo que a consideración de este colegiado, califica como secreto comercial²¹ y su divulgación podría afectarlas al ser de conocimiento de terceros.
38. Por lo tanto, corresponde declarar la confidencialidad de (i) las actas de las sesiones de Asamblea del COES; (ii) las actas de las sesiones del Subcomité de Transmisores del COES; y, (iii) el listado de las agendas, acuerdos, y asistentes del Subcomité de Transmisores del COES.

20

DECRETO SUPREMO 017-98-ITINCI. REGLAMENTO DE LA LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLOGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO

Artículo 36.- Confidencialidad y obligación de reserva. Los funcionarios y empleados de los organismos y entidades citados en el artículo anterior se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la obligación establecida por el Artículo 4 del presente Reglamento de mantener bajo secreto profesional toda la información de la que tengan conocimiento y se encuentre relacionada a la Operación de Concentración, sujetándose además a las mismas responsabilidades.

21

DIRECTIVA 001-2008/TRI-INDECOPI, SOBRE CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI, IV. DISPOSICIONES GENERALES.-

2. Información confidencial.

2.1. Podrá declararse confidencial aquella información presentada por las partes o terceros en el marco de un procedimiento seguido ante INDECOPI, cuya divulgación implique una afectación significativa para el titular de la misma o un tercero del que el aportante la hubiere recibido, u otorgue una ventaja significativa para un competidor del aportante de la información.

Entre ésta:

a) Secreto comercial: aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a las empresas a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa;(…).

1892



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

III.2 EL PROCEDIMIENTO DE REVOCACIÓN Y LA REVISIÓN DE LAS CONDICIONES DERIVADAS DE LA AUTORIZACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

002452

39. Conforme se aprecia de la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, la solicitud presentada por ISA para la eliminación de las condiciones que le fueran impuestas mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC y complementada por la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, fue calificada como una solicitud de revocación, motivo por el cual en este apartado se efectuarán algunas precisiones de índole normativo y jurisprudencial a efectos de evaluar el pedido formulado por la empresa.

III.2.1 El procedimiento de revocación en la Ley 27444

40. Luego de emitido el acto administrativo, existen tres (3) vías a través de las cuales la Administración Pública puede revisar sus propios actos:
- (i) La rectificación de errores, a través de la cual se enmiendan errores materiales o aritméticos que no alteren el contenido de lo decidido²².
 - (ii) La declaración de nulidad de oficio²³, a través de la cual se revisan actos administrativos que contienen vicios desde el momento de su emisión y que afectan el interés público.
 - (iii) La revocación, a través de la cual la autoridad efectúa una evaluación posterior de su pronunciamiento a efectos de verificar si, en mérito de circunstancias sobrevinientes, los actos administrativos que en su oportunidad confirieron derechos o impusieron medidas de gravamen a los administrados deben ser revocados, modificados o sustituidos, siempre que se siga con el procedimiento establecido para tal efecto en la ley.

22

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 201.- Rectificación de errores

201.1 Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

201.2 La rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original.

23

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 202.- Nulidad de oficio

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada también por resolución del mismo funcionario. (...)

20/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1893



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

41. Con relación a este último supuesto, Morón Urbina señala que la revocación consiste en la potestad excepcional que la ley otorga a la Administración para que, de manera directa, de oficio y mediante un nuevo acto administrativo, modifique, reforme, sustituya (total o parcialmente), o extinga los efectos de un acto administrativo emitido en su oportunidad conforme a derecho pero que debido a circunstancias extrínsecas y posteriores debe ser variado²⁴.

002453

42. Así, la revocación constituye un mecanismo de revisión de oficio de actos administrativos, a través del cual la autoridad reevalúa los presupuestos que sustentaron su pronunciamiento para verificar si estos factores han permanecido en el tiempo o si, por el contrario, surgen nuevas variables que llevarían a que posteriormente se modifiquen los alcances de la decisión administrativa. En tal sentido, Maurer señala lo siguiente²⁵:

"La revocación tiene por objeto, en principio, actos conformes a Derecho. Al igual que ocurre con los actos favorables, la revocación se plantea en aquellos casos en que se produce un cambio material o jurídico que afecta a la base sobre la que se sustenta un acto administrativo con efectos prolongados".

43. A modo de ejemplo, si a raíz de un cambio de zonificación se vuelven incompatibles los giros de algunos negocios, la administración puede seguir el procedimiento de revocatoria de las licencias de funcionamiento otorgadas previamente, en tanto tales negocios ya no cumplen con los requisitos exigidos para funcionar.

44. Ahora bien, conforme señalan autores como Maurer²⁶, Fortes²⁷, o Morón Urbina²⁸, la figura de la revocación puede ser lesiva al principio de seguridad

²⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Gaceta Jurídica. Novena Edición. Lima. 2011. Pg. 589.

²⁵ MAURER, Harmut. "Derecho Administrativo. Parte General". Editorial Marcial Pons. Madrid. 2011. Pg. 330.

²⁶ Ibídem. Pg. 324 y 325.

²⁷ Así Fortes Martín señala lo siguiente:

"(...) las relevantes consecuencias que se derivan de la revocación de un acto administrativo, máxime por las repercusiones que plantea de cara a la seguridad jurídica del destinatario del acto, obligan a que la acción revocatoria deba producirse mediante la ineludible observancia de una serie de requisitos o exigencias. Por ello no cabe el ejercicio de esa potestad por parte de la Administración sin que previamente una norma habilite y determine en forma taxativa los supuestos en que la revocación puede producirse."

FORTES MARTÍN, Antonio. "Estudio sobre la revocación de los actos administrativos" Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000100007&script=sci_arttext. Fecha de última visita: 03/03/14.

²⁸ En tal sentido, Morón Urbina indica:

"No cabe duda que tanto la revocación como la seguridad jurídica son necesarias dentro del Estado de Derecho. La autoridad debe poder siempre atender el interés público a su cargo actualizando sus actuaciones. Por otro lado, las decisiones estatales deben ser cada vez más predecibles y permitir a los administrados adoptar decisiones en función de ellas, tener la expectativa razonablemente fundada acerca de cuál será el sentido de la futura actuación del poder y de que sus márgenes de actuación, respaldados por el Derecho, no serán brusca o arbitrariamente desconocidos o modificados por la autoridad y que cuando el cambio deba suceder se le resguarde razonablemente sus derechos. Por ello es que es necesario compatibilizar esa adaptación al variable interés público



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

jurídica²⁹ si es que no cuenta con una adecuada regulación que establezca los supuestos bajo los cuales procede y determine un sistema de garantías mínimas para las partes intervinientes o potencialmente afectadas. **002454**

45. En atención a ello, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ha establecido algunas pautas obligatorias que se deben cumplir en el marco del procedimiento de revocación:

- a) En el caso de los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no es posible iniciar el procedimiento de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. En otras palabras, no puede recurrirse a la revocación por un simple cambio de criterio de la administración, sin que medien nuevas circunstancias que la justifiquen³⁰.

sobreviniente con el principio igualmente valioso de dar seguridad jurídica a los ciudadanos y, en específico, con la confianza legítima que debe también dispensarse a quienes de buena fe han obtenido del acto original alguna situación jurídica individual favorable."

MORÓN URBINA, Juan Carlos. "La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica". Revista Derecho PUCP N° 67. Editada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2011. Pg. 424 y 425.

29

Si bien la seguridad jurídica no está mencionada de forma expresa en la Constitución Política del Perú, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como un principio consustancial al estado de derecho implícito en la Constitución. Así en la sentencia recaída en el Expediente 0016-2002-AI/TC, el mencionado Colegiado señaló lo siguiente:

"La seguridad jurídica como principio constitucional

En primer término, y dado que a diferencia de otras constituciones comparadas, nuestra Norma Fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional, es menester que este Tribunal determine si el principio aludido es uno de rango constitucional, y, por ende, si es susceptible de alegarse como afectado a efectos de determinarse la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o parte de ésta.

El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.

Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2°, inciso 24, párrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2°, inciso 24, párrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley") y 139°, inciso 3, ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación").

30

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 203.- Revocación

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

(...)

22/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1893



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002455

- b) La revocación debe ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, garantizando el derecho de defensa de los afectados³¹.
- c) Debe indemnizarse a los afectados por los perjuicios económicos causados³².
- d) Surte efectos a futuro y solo es posible iniciarlo en tres supuestos³³:
 - i. Cuando la facultad revocatoria haya sido establecida por una norma de rango legal.
 - ii. Cuando desaparezcan las condiciones indispensables según la ley para dicha declaración o constitución de derechos o intereses.
 - iii. Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca a los destinatarios del acto y no se dañe a terceros.

46. Con relación al numeral (iii) precedente, Morón Urbina señala lo siguiente³⁴:

"Un último supuesto comprendido en esta categoría es la revocación de actos de gravamen impuestos a los ciudadanos (...). Para ello, el legislador ha asignado el artículo 203.2.3 para facultar la revocación de estos actos siempre que se satisfaga la exigencia que se funde en la apreciación de «elementos de juicio sobrevinientes», y siempre que con ello «se favorezca legalmente a los destinatarios del acto» así como que, a su turno «no se genere perjuicios a terceros», como podría ser si la revocación en el caso concreto fuese una decisión discriminatoria para algún administrado en la misma situación."

³¹ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
Artículo 203.- Revocación

(...)

203.3 La revocación prevista en este numeral sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.

³² LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
Artículo 205.- Indemnización por revocación

205.1 Cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa.

(...)

³³ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
Artículo 203.- Revocación

(...)

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

(...)

³⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica". Op. Cit. Pg. 432 y 433.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002456

47. Por ello, la Sala concluyó en la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI que, de conformidad con la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, resultará posible la revocación de los actos administrativos en el extremo que imponen una medida de gravamen (como aquellos que imponen cargas o condiciones a los administrados) si se verifica que: (i) se trata de una actuación que concede beneficios o impone gravámenes o cargas a los administrados; (ii) existen circunstancias sobrevinientes que resulten objetivas y contrastables; y, (iii) no se producen daños a terceros³⁵.
48. En el caso bajo análisis, es importante resaltar las particularidades propias del presente procedimiento, en el cual se evalúa la pertinencia de mantener las medidas de gravamen impuestas a ISA como consecuencia de la aprobación de la operación de concentración empresarial por parte de la Comisión mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC y Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC.
49. En ese orden de ideas, a continuación se desarrollarán brevemente los alcances del referido procedimiento para posteriormente identificar los objetivos que buscan las medidas de gravamen (condiciones) que se imponen a los administrados en el marco de dichas operaciones. A partir de tal identificación se podrá dotar de contenido a los requisitos mencionados en el párrafo 45 de la presente resolución para la evaluación de la solicitud de revocación formulada por el Grupo ISA.

III.2.2 El procedimiento de control de concentraciones

50. El control de concentraciones, también denominado control de estructuras³⁶, forma parte de las políticas de competencia contenidas en la legislación

³⁵ En tal sentido, ver el numeral 26 de la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI.

³⁶ Cabe resaltar que existe una diferencia en el derecho de la competencia entre los procedimientos de control de conductas y los de control de estructuras. Para tal efecto, Sergio Salinas señala, por un lado, lo siguiente con relación al control de conductas:

"La regulación de conductas sanciona las prácticas empresariales anticompetitivas, como por ejemplo: la coordinación del comportamiento entre empresas para evitar riesgos de la competencia; la realización de dumping o precios predatorios; establecimiento de barreras de acceso a nuevos competidores para tener libertad de fijar precios u otras condiciones de intercambio, provocando perjuicios en el mercado (...)"

Por otro lado, con relación al control de estructuras, dicho autor señala lo siguiente:

"De otro lado, y en contraposición al régimen de control de conductas, la regulación de estructuras cuida que la conformación del mercado permita el desarrollo de la actividad empresarial en libre competencia. Bajo este enfoque, la justificación del control de estructuras de mercado se basa justamente en la protección de la libre competencia. Se asume, de antemano, que los monopolios u oligopolios son perjudiciales pues generan incentivos económicos ineficientes, y que el control de concentraciones facilitaría la prevención o disuasión de dichas situaciones".

SALINAS RIVAS, Sergio. "La ley antimonopolio y antiloligopolio en el sector eléctrico. ¿sobre regulando el mercado?". Revista Ius et Veritas. N° 33. Pg. 154.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002457

nacional y extranjera³⁷ con la finalidad de condicionar a la evaluación de las autoridades aquellas operaciones de concentración empresarial que puedan conllevar a la generación de obstáculos significativos sobre la competencia efectiva en un mercado determinado.

51. En el Perú, el control de estructuras se contempla únicamente para el sector eléctrico. En tal sentido, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico³⁸, el objeto del análisis de la autorización previa de una operación de concentración es el de evitar aquellas operaciones que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en el mercado eléctrico.
52. Para determinar si la operación de concentración empresarial puede tener como efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en las actividades del sector eléctrico, el artículo 19 del Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, establece que la Comisión debe considerar en su análisis, por lo menos, los siguientes factores:
- (i) La posición de las empresas participantes en el mercado;
 - (ii) la delimitación del mercado relevante;
 - (iii) la estructura del mercado relevante;
 - (iv) las posibilidades de elección de proveedores, distribuidores y usuarios;
 - (v) la existencia de barreras de entrada al mercado (sean estructurales, estratégicas o legales);

37

Así, por ejemplo, en la Comunidad Europea, el numeral 2 del Reglamento (CE) 139/2004 –Reglamento comunitario de concentraciones–, establece que el objetivo de un régimen de control de fusiones es principalmente garantizar que la competencia no sea distorsionada. Al respecto, en el numeral 5 se señala que las disposiciones en esta materia buscan regular aquellas concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Considerando que los obstáculos significativos a la competencia se derivan de la creación o refuerzo de una posición dominante, se entiende precisamente que una concentración que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en parte sustancial del mismo, en particular cuando ello resulte de la creación o refuerzo de una posición dominante, se debe declarar incompatible con el mercado común (Punto 26 del Reglamento (CE) 139/2004).

En el caso de los Estados Unidos, la Sección 7 de la *Clayton Act*, norma que desarrolla el control de fusiones empresariales, establece como prohibición las adquisiciones directas o indirectas de empresas que participan del comercio, cuando el efecto de dichas operaciones puede ser substancialmente lesivo para la competencia o tienda a crear un monopolio.

En igual sentido, los *Horizontal Merger Guidelines* utilizados por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión Federal de Comercio, aplicables a las fusiones sujetas a la Sección 7 de la *Clayton Act*, establecen que las fusiones no deberían permitir crear o realizar el poder de mercado por parte de una empresa ni facilitar su ejercicio, siendo el intento de la política de fusiones impedir problemas de competencia desde su inicio.

38

LEY 26876. LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLIGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

Artículo 1.- Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

25/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1898



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002458

- (vi) la evolución de la oferta y la demanda;
- (vii) la evolución del progreso técnico o económico;
- (viii) la perspectiva de integración con otros mercados; y,
- (ix) el efecto de la operación en los distintos mercados relevantes en el corto y largo plazo.

53. Asimismo, el mencionado artículo establece que la evaluación de la operación de concentración empresarial por parte de la Comisión o la Sala deberá comprender, entre otros, los siguientes aspectos:

- (i) Si la operación puede contribuir a la mejora de los sistemas de producción y comercialización, al progreso técnico y económico y a los intereses de los usuarios³⁹.
- (ii) Si la operación puede crear eficiencias dentro del mercado y si dicho aporte es suficiente para compensar los efectos restrictivos de la competencia⁴⁰.
- (iii) Si la operación produce un aumento significativo de la concentración en el mercado a niveles que limiten significativamente la competencia.
- (iv) Si la operación facilita sustancialmente la realización de prácticas colusorias que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia, así como la imposición de barreras a la entrada de competidores potenciales.
- (v) Si la operación tiene o puede tener por objeto desplazar indebidamente del mercado a otras empresas, o impedirles el acceso al mismo, especialmente en operaciones entre empresas que realicen actividades en diferentes segmentos de la cadena productiva.

54. Conforme se verifica de lo anterior, la evaluación que se realiza en un procedimiento de autorización previa de una operación de concentración empresarial implica analizar no solo el comportamiento de una serie de variables apreciables a la fecha de presentación de la solicitud, sino que también demanda la necesidad de realizar un análisis prospectivo respecto a cómo se comportaría el mercado involucrado ante la eventual decisión que adopte la autoridad competente⁴¹.

³⁹ La carga de la prueba sobre este aspecto le corresponde a las empresas que solicitan la autorización previa, conforme al artículo 20 del Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

⁴⁰ Ibídem.

⁴¹ Ello ha sido señalado por la Comisión Nacional de la Competencia de España (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) en su pronunciamiento emitido el 7 de julio de 2010, en el marco del Expediente VIG-003-



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002459

55. A diferencia de lo que ocurre en un procedimiento de control de conductas (tales como abuso de posición de dominio o realización de prácticas colusorias) –en el que se evalúan eventos pasados o que, en su defecto, siguen surtiendo efectos a la fecha de inicio del procedimiento–, en el caso del control de concentraciones empresariales no sólo resulta de capital importancia analizar las condiciones del mercado al momento de presentada la solicitud, sino que puede ser aún más relevante el análisis que se efectúe de forma prospectiva sobre las condiciones de competencia en el mercado.
56. Así, algunos autores coinciden en señalar que esta clase de procedimientos brinda un espacio para el análisis prospectivo de efectos económicos⁴² mediante el cual se busca prevenir los posibles efectos negativos que podría producir una operación de concentración empresarial sobre las condiciones de competencia en el mercado.
57. En ese orden de ideas, conforme lo señala la Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo (en adelante, OECD, por sus siglas en inglés⁴³), esta clase de análisis prospectivo involucra una complejidad particular, puesto que deberá efectuarse una proyección respecto a los efectos económicos de una operación empresarial anticipándose a la respuesta del mercado frente a factores tan dinámicos como son los cambios tecnológicos, los acuerdos contractuales, o los regímenes sofisticados de regulación⁴⁴.

08 GAS NATURAL UNIÓN FENOSA:

"El análisis del control de concentraciones es de carácter prospectivo, de tal manera que tanto las partes como la autoridad tienen en cuenta la evolución previsible de los mercados".

- ⁴² Así, autores tales como Jiménez- Laiglesia, y Masía señalan lo siguiente:

"En cualquiera de los sentidos propuestos el derecho de defensa de la competencia, versión control de concentraciones, es un marco legal para el análisis especulativo de efectos económicos. Efectos económicos que las partes que proponen una operación (independientemente de la motivación de ésta) anticipan y que gozan, por tanto, de carácter prejudicial."

JIMÉNEZ – LAIGLESIA, José María; JIMÉNEZ – LAIGLESIA, Juan y MASÍA, Jorge, "Examen de concentraciones en el sector energético español". Publicado en: "Derecho de la Competencia y Energía Eléctrica". Editorial Thomson Reuters. Navarra. 2009. Pg. 292.

- ⁴³ Organisation for Economic Co-Operation and Development.

- ⁴⁴ Así la OECD, en su documento titulado "Managing Complex Merger Cases" publicado en el año 2007 y disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/41651401.pdf> (fecha de última visita: 24/06/14), señala lo siguiente:

"La evaluación de las concentraciones empresariales se ha vuelto cada vez más compleja, ya que las agencias de competencia enfrentan complicados asuntos analíticos, acuerdos contractuales complejos, tecnología sofisticada o regímenes regulatorios complejos que afectan el análisis de los efectos sobre la competencia o la evaluación de remedios necesarios".

Traducción libre del siguiente texto: "The assessment of mergers has become increasingly complex, as agencies confront challenging analytical issues, complex contractual arrangements, sophisticated technology or complex regulatory regimes which affect the analysis of competitive effects or the assessment of needed remedies".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002460

58. De este modo, si como consecuencia del análisis antes descrito, la Comisión o la Sala considerasen que la operación de concentración empresarial no afecta real o potencialmente el mercado eléctrico, corresponderá disponer su aprobación.
59. No obstante, si, por el contrario, se verifica que la concentración empresarial puede tener como efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica o en los mercados relacionados, la Comisión o la Sala, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 26876⁴⁵, podrán denegar la autorización solicitada o, en su defecto, podrán adoptar las siguientes medidas:
- (i) Sujetar la realización de la operación de concentración empresarial al cumplimiento de determinadas condiciones.
 - (ii) Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda.
 - (iii) Si los interesados incumplieran la orden de desconcentración, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico⁴⁶, el Indecopi podrá iniciar las acciones que resulten necesarias, incluyendo las de naturaleza judicial, con la finalidad de dejar sin efecto el acto de concentración empresarial realizado sin autorización. Estas acciones podrán ser, entre otras, la venta de los activos productivos o las participaciones sociales, así como la declaración de nulidad del acto de concentración empresarial por vulnerar normas de orden público.
60. Así, un escenario posible en esta clase de procedimientos es que la autoridad sujete la aprobación de la operación de concentración empresarial a la observancia de determinadas condiciones, las cuales devienen necesariamente en restricciones o cargas para las empresas involucradas.

45

LEY 26876. LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLOGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

Artículo 5.- Si de la investigación o del procedimiento respectivo resultará que los actos de concentración pudiesen tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, la Comisión de Libre Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su caso, podrán adoptar las siguientes medidas:

- a). Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que determine;
- b). Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda. El ejercicio directo o indirecto del control a través del ejercicio del derecho de voto de las acciones o de cualquier otro acto jurídico que confiera el control sobre la empresa objeto de concentración, quedará en suspenso hasta el cumplimiento definitivo del mandato de desconcentración.

46

LEY 26876. LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLOGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

Artículo 7.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente, el incumplimiento de la resolución que dispone la desconcentración, facultará a INDECOPI a disponer e iniciar las acciones que resulten necesarias, incluyendo las de naturaleza judicial, con el objeto de dejar sin efecto el acto de concentración realizado, tales como: la venta de los activos productivos o las acciones, la declaración de nulidad del acto de concentración por vulnerar normas de orden público, entre otras, de acuerdo a lo que se disponga en el reglamento de la presente Ley.

28/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

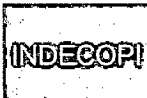
e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1901



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

III.2.3 Experiencia comparada en condiciones impuestas en una operación de concentración empresarial y su revisión

002461

61. Tal como sucede en países como Estados Unidos de América⁴⁷, Canadá⁴⁸, Inglaterra⁴⁹, Chile⁵⁰ o también en la Unión Europea⁵¹, en el caso peruano se ha reconocido la potestad de la autoridad de competencia para imponer condiciones a los agentes privados a efectos de evitar posibles daños al mercado o salvaguardar el grado de competencia deseable⁵².
62. En tal sentido, puede considerarse que las condiciones impuestas por la agencia de competencia vendrían a operar como medidas regulatorias que están destinadas a contrarrestar los potenciales efectos negativos que podría desplegar en el mercado una operación de concentración empresarial⁵³.
63. Ahora bien, conforme se verá a continuación, la experiencia comparada reconoce que las condiciones que puede imponer una autoridad de competencia en el marco de la evaluación de una operación de concentración empresarial pueden ser de tipo estructural o conductual.
64. Por un lado, las denominadas condiciones estructurales suelen implicar la reasignación de los derechos de propiedad. Así, en aplicación de estas condiciones se puede exigir la venta de activos intangibles como, por ejemplo, la venta de una marca o tangibles como la venta de determinada infraestructura.

⁴⁷ Sobre el particular resulta relevante el documento titulado "Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies" publicado por el Departamento de Justicia de Estados Unidos. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/205108.htm>. Fecha de última visita: 23/06/14.

⁴⁸ En tal sentido ver el documento titulado "Information Bulletin on Merger Remedies in Canada" del Competition Bureau de Canadá. Disponible en: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02170.html>. Fecha de última visita: 23/06/14.

⁴⁹ Al respecto, consultar el documento titulado "Merger Remedies: Competition Commission Guidelines" elaborado por la Competition Commission de Inglaterra. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284415/cc8.pdf. Fecha de última visita: 19/06/14.

⁵⁰ Conforme se aprecia en la "Guía para el análisis de operaciones de concentración", elaborado por la Fiscalía Nacional Económica de Chile. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>. Fecha de última visita: 18/06/14.

⁵¹ Sobre el particular, la Comisión Europea emitió la "Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) N°139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) N°802/2004 de la Comisión". Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/remedies_notice_es.pdf. Fecha de última visita: 18/06/14.

⁵² En la misma línea, ver: BALTO, David y PARKER, Richard. "The Evolving Approach to Merger Remedies". Disponible en: <http://www.ftc.gov/public-statements/2000/05/evolving-approach-merger-remedies>. Fecha de última visita: 23/06/14.

⁵³ En ese sentido, ver: AGUERO, Francisco. "Rol de las Medidas de Mitigación o Condiciones Impuestas para Aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado al Sector Retail". Pg. 27-28. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1491050>. Fecha de última visita: 10/06/14.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002462

65. Por otro lado, las denominadas condiciones de comportamiento se encuentran vinculadas con la restricción de derechos de propiedad o libertad económica⁵⁴ tales como la obligación de realizar contabilidad separada entre las empresas del grupo o el deber de trato no discriminatorio a sus clientes, entre otras.
66. A diferencia de las condiciones estructurales, cuyos efectos son irreversibles y no requieren de ningún tipo de seguimiento por parte de la autoridad de competencia una vez implementadas, las condiciones de comportamiento usualmente se encuentran asociadas a una limitación temporal⁵⁵ y pueden ser posteriormente modificadas a partir de un cambio de circunstancias⁵⁶. En particular, dado que estas condiciones se basan en supuestos respecto de la evolución del mercado, surge la necesidad de que tal evolución sea evaluada periódicamente, con el objetivo de determinar si corresponde mantener las condiciones o si, por el contrario, la preocupación que generó la imposición de la condición se ha diluido en el tiempo.
67. Así, la revisión periódica de las condiciones de comportamiento resulta importante toda vez que estas son impuestas sobre la base de un análisis prospectivo, siendo que mientras el horizonte temporal de la proyección sea más amplio, su precisión podría irse reduciendo a lo largo del tiempo.
68. Una lógica similar se verifica por ejemplo en materia de otros servicios públicos. En particular, se aplica regulación tarifaria en aquellos mercados donde no existe competencia efectiva o no es posible garantizarla. Sin embargo, las tarifas son evaluadas periódicamente con el objetivo de determinar si las condiciones de mercado justifican que este tipo de regulación se mantenga o si, por el contrario, el mercado ha evolucionado de una manera tal que existen suficientes condiciones de competencia como para que los precios sean determinados por el mercado. Ello toda vez que la regulación es costosa y sería ineficiente mantenerla en un mercado donde existen condiciones de competencia.
69. En particular, en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones, la normatividad ha previsto que el OSIPTEL, pueda, ya sea de oficio o a pedido de parte, iniciar un procedimiento orientado a la desregularización de servicios públicos, conforme a lo dispuesto en el Reglamento General de Tarifas

⁵⁴ MONTT OYARZÚN, Santiago. "Condiciones impuestas por el tribunal de defensa de la libre competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno". Pg. 457. 2012. Disponible en: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/23_Montt.pdf. Fecha de última visita: 28/05/14.

⁵⁵ Así, por ejemplo, en las Resoluciones 1/2004 y 23/2008, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) de Chile impuso condiciones de comportamiento asociadas a la existencia de precios máximos, por un plazo de tres y dos años, respectivamente.

⁵⁶ AGUERO, Francisco. "Rol de las Medidas de Mitigación o Condiciones Impuestas para Aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado al Sector Retail". Op. Cit. Pg. 18.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002463

aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD-OSIPTEL y modificatorias⁵⁷.

70. Asimismo, es usual que se incluya una cláusula de revisión periódica de las condiciones de competencia en los servicios regulados, tal como sucede, por ejemplo, en el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani, en el cual se estipula que al momento de revisar las tarifas máximas, se analizarán previamente las condiciones de competencia de los servicios regulados⁵⁸.
71. La posibilidad de una revisión de condiciones impuestas es también contemplada por la Comisión Europea en su Comunicación relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) 802/2004. En particular, esta señala que las condiciones o compromisos que asumen las empresas en el marco de una operación de concentración serán pasibles de un nuevo examen en aplicación de la "cláusula de revisión":

"Con independencia del tipo de solución, los compromisos incluirán por lo general una cláusula de Revisión. Ello puede permitir a la Comisión, previa petición de las partes debidamente motivada, conceder una prórroga de los plazos o, en circunstancias excepcionales, suprimir, modificar o sustituir los compromisos.

(...) las circunstancias excepcionales que justifican una exención, modificación o sustitución pueden aceptarse (...) si las partes demuestran que las circunstancias del mercado han cambiado considerablemente y de forma permanente. Para esta demostración se requiere que medie un lapso de tiempo suficientemente largo, en principio de por lo menos varios años, entre la decisión de la Comisión y la petición de las partes. En segundo lugar, las circunstancias excepcionales pueden también estar presentes si las partes pueden demostrar que la experiencia adquirida en la aplicación de la solución indica que el objetivo perseguido por la solución se logrará mejor si se cambian las modalidades del compromiso. (...)"

72. En efecto, dicha potestad de revisión resulta en extremo importante toda vez que permite a la autoridad competente evaluar la idoneidad de las medidas adoptadas en el pasado, contrastándola con el estado actual de las

⁵⁷ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N°060-2000-CD-OSIPTEL Y MODIFICATORIAS. REGLAMENTO GENERAL DE TARIFAS.

Artículo 34.- Proceso de desregulación tarifaria

OSIPTEL podrá, de oficio o a pedido de las empresas concesionarias involucradas, abstenerse de establecer una regulación tarifaria o suprimir la regulación tarifaria vigente; siempre que se verifique la existencia de condiciones de competencia efectiva y la regulación ya no resulte necesaria debido a que la competencia entre las empresas concesionarias respectivas puede asegurar tarifas sostenibles y razonables en beneficio de los usuarios. (...)

⁵⁸

Adenda 2 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani, la cual agrega lo siguiente al Anexo 6.1 del Contrato: "(...) La regulación tarifaria sobre cualquier servicio será dejada sin efecto por OSITRAN de comprobarse que existe competencia en dicho servicio. En cada oportunidad en que corresponda que OSITRAN revise las Tarifas Máximas, deberá analizar las condiciones de competencia de los servicios regulados. Sin perjuicio de ello, el CONCESIONARIO podrá solicitar la desregulación de las Tarifas Máximas en el momento que considere que existe competencia efectiva respecto de alguno de los servicios comprendidos por las Tarifas Máximas. (...)" (Subrayado añadido)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002464

condiciones del mercado, así como con las proyecciones realizadas inicialmente.

73. La justificación de esta medida –conforme lo señala la Comisión Europea– radica en que resulta posible que, luego de aprobada la operación de concentración e impuestas las condiciones, es factible que se produzcan determinados cambios en el mercado (como por ejemplo, modificaciones regulatorias, cambios tecnológicos, reducción en las barreras de entrada, variaciones en las participaciones de los agentes, entre otros factores) que ameriten una revisión de las condiciones dictadas.
74. Considerando lo expuesto y a efectos de contar con mayores elementos para analizar la solicitud formulada por ISA, a continuación corresponde revisar la experiencia comparada en la revisión de condiciones impuestas en operaciones de concentración empresarial.
75. Conforme fue descrito en la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, en la experiencia nacional no se ha verificado la existencia de un procedimiento previo en aplicación de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, en el cual se hubiese evaluado una solicitud de revocación, por lo que para determinar qué circunstancias justificarían una ulterior revisión de las condiciones fijadas por la Comisión en las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC, se recurrirá a la experiencia comparada (jurisprudencial y doctrinaria).
76. Así por ejemplo, en el Expediente VIG-003-08 GAS NATURAL UNIÓN FENOSA, la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, la CNC)⁵⁹ de España emitió el 7 de julio de 2010 un pronunciamiento en el cual se denegó una solicitud de dispensa de un compromiso asumido en el marco de una operación de concentración empresarial, en el cual señaló lo siguiente:

"En definitiva, la CNC no puede dispensar libremente a una empresa de las obligaciones a que viene sujeta. En el procedimiento de autorización queda acreditado que tales compromisos o condiciones son necesarios y proporcionados para contrarrestar los efectos que la operación es susceptible de producir en los mercados y, por tanto, proteger el interés general. Luego sólo si constata una modificación sustancial y permanente de tales circunstancias podrá la CNC dispensar de tales obligaciones."
(Subrayado agregado)

77. A criterio de la CNC, para proceder al levantamiento o revocación de las condiciones impuestas en el marco de una operación de concentración empresarial resulta necesario que se verifique una modificación sustancial y permanente del mercado que acredite que a la fecha no resulta posible que se

59

En la actualidad denominada Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

32/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1904



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002465

materialice el daño al proceso competitivo que en su oportunidad se buscó evitar.

78. En la misma línea, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile en su Sentencia 117/2011 del 29 de diciembre de 2011, recaída en el marco de un procedimiento sancionador seguido por un incumplimiento de una condición impuesta en una operación de concentración⁶⁰, señaló lo siguiente:

"Las resoluciones en procedimientos 'no contenciosos', responden a un fin tutelar-preventivo que, en el caso de consultas sobre operaciones de concentración que no se han materializado, tiene como trasfondo la aplicación de un análisis prospectivo sobre las condiciones del mercado y el impacto que la operación consultada pueda tener en las mismas. Es por lo anterior que dichas resoluciones, como así también las condiciones que en ellas se establezcan, deben ser objeto de modificación o extinción sólo en cuanto muten substancial o significativamente los supuestos fácticos, económicos o jurídicos que las sustentaron, y así sea declarado por este Tribunal en un procedimiento que concluya con un nuevo ejercicio de dicha potestad." (Subrayado agregado)

79. En similar sentido, el mencionado tribunal chileno señala la posibilidad de modificar o eliminar las condiciones impuestas siempre que para ello se realice un nuevo procedimiento en el cual se evalúe la pertinencia de la medida en la actualidad teniendo en cuenta los presupuestos fácticos, económicos o jurídicos del mercado. Ello toda vez que dicho procedimiento posterior permitirá evaluar el análisis prospectivo que realizó la autoridad en su oportunidad y, de ser el caso, adecuar las condiciones impuestas a la situación actual del mercado⁶¹.

80. Asimismo, en relación con la experiencia chilena, Montt señala lo siguiente⁶²:

"Es importante destacar que, tratándose de actos administrativos limitadores de derechos, las resoluciones que imponen condiciones pueden ser modificadas por el TDLC en caso de acreditarse un cambio de circunstancias. Los mercados son dinámicos –tanto por el lado de la oferta como de la demanda–, por lo que es perfectamente posible que el conjunto de circunstancias que originalmente justificó la imposición de la condición haya dejado de existir (por ejemplo, nuevos actores, nuevas tecnologías, cambios en la estructura de costos, variaciones en las condiciones de entrada, cambios en las preferencias de los consumidores, etc.)" (Subrayado agregado)

81. En la misma línea, Agüero refiere⁶³:

⁶⁰ Procedimiento seguido en atención al requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica con fecha 19 de marzo de 2008 en contra de John C. Malone, por haber incumplido la condición primera establecida por la Resolución 1/2004, que aprobó la fusión de las empresas de televisión por cable VTR y Metrópolis Intercom.

⁶¹ En esa línea argumentativa ver las siguientes Sentencias del Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile: 4/2011, 11/2006, 25/2008, 18/2006, 14/2006, 12/2006, 10/2005, 9/2005 y 8/2005.

⁶² MONTT OYARZÚN, Santiago. "Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el Derecho Chileno". Op. Cit. Pg. 469.

⁶³ AGÜERO, Francisco. "Rol de las Medidas de Mitigación o Condiciones Impuestas para Aprobar Operaciones de



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002466

"Una vez impuestas las condiciones, si se ha producido un cambio de circunstancias (i.e., de los antecedentes allegados al procedimiento, cambio de legislación, aumentos sustanciales en los costos, etc.), de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 32 del DL 211, sólo en el marco de un nuevo procedimiento de consulta, regido por el artículo 31 del mismo cuerpo legal, las decisiones del TDLC pueden ser modificadas sobre la base de nuevos antecedentes, en caso de producirse."

82. Así, efectuadas las referencias doctrinales y jurisprudenciales, resulta posible concluir que es viable, y en muchas ocasiones necesario, que las condiciones impuestas en el marco de una operación de concentración sean posteriormente revisadas en un nuevo procedimiento, en aras de evaluar si el análisis prospectivo que en su oportunidad se realizó se condice con el estado actual de las condiciones de competencia en el mercado y con las proyecciones realizadas.
83. Por tanto, para analizar la pertinencia del pedido formulado por ISA, corresponderá revisar las características del mercado eléctrico, en particular del segmento de transmisión, a efectos de verificar si resulta posible que a la fecha se haya presentado un cambio en las circunstancias que motivaron la imposición de condiciones por parte de la Comisión.

III.3 EL MERCADO DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA EN EL PERÚ

III.3.1. Principales características del mercado eléctrico peruano

84. A inicios de los años noventa, el sector eléctrico peruano se encontraba integrado verticalmente y se trataba de una actividad económica realizada netamente por el Estado. Posteriormente, tanto el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, como su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 009-93-EM, representaron el marco normativo para una desintegración horizontal y vertical del sector eléctrico⁶⁴ dividiéndolo en las siguientes etapas: generación, transmisión y distribución⁶⁵. Del mismo modo, se inició un proceso de concesiones que dio lugar a que en la actualidad la propiedad de las empresas eléctricas sea mixta, es decir, repartida entre agentes privados y públicos.
85. En relación con las etapas, la de generación consiste en la producción de energía en las denominadas plantas de generación. En el Perú esta puede producirse en centrales hidroeléctricas –las cuales utilizan el movimiento del

Concentración: Un Análisis Aplicado al Sector Retail". Op cit. Pg. 20.

⁶⁴ DAMMERT, Alfredo, GARCÍA CARPIO, Raúl y MOLINELLI, Fiorella. "Regulación y supervisión del sector eléctrico". Publicación editada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2011. Pg. 67.

⁶⁵ Las empresas de distribución realizan también la actividad de comercialización.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002467

agua como fuente de energía—, y en las centrales térmicas, las cuales utilizan combustibles tales como el gas natural o el diésel.

86. Dado que estas plantas generadoras se encuentran alejadas de los puntos de consumo, existen líneas de transmisión que transportan la energía desde el punto donde esta se genera hasta el punto donde esta se demanda, formando así sistemas eléctricos⁶⁶. Finalmente, una vez que la energía llega a los puntos de consumo, esta debe ser trasladada a los hogares a través de cables de menor tensión que aquellos que transmiten la energía desde los puntos de producción, tarea de las empresas distribuidoras, quienes se encargan también de la etapa de comercialización dentro de su área de concesión, por lo que las etapas de distribución y comercialización se encuentran integradas verticalmente.
87. Dentro del sector eléctrico, algunos de los principales actores son los siguientes: el COES, el MEM, y el OSINERGMIN. En primer lugar, el COES es una entidad privada sin fines de lucro con personería de derecho público⁶⁷ que se encarga de la operación eficiente del sistema interconectado⁶⁸ y está conformada por empresas generadoras, transmisoras, distribuidoras y usuarios libres⁶⁹, cuya participación en ciertos casos es voluntaria y en otros es obligatoria.

⁶⁶ DAMMERT, Alfredo, MOLINELLI, Fiorella y CARBAJAL, Max. "Fundamentos Técnicos y Económicos del Sector Eléctrico Peruano". Publicación editada por el OSINERGMIN. Lima. 2011. Pg. 88 y 89.

⁶⁷ LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA
Artículo 12.- Naturaleza del COES

12.1 El COES tiene por finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN y administrar el Mercado de Corto Plazo.

12.2 El COES es una entidad privada, sin fines de lucro y con personería de Derecho Público. Está conformado por todos los Agentes del SEIN y sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por los Agentes.

⁶⁸ Ello a efectos de lograr que se produzca exactamente el mismo nivel de energía que se demanda, pues de lo contrario existiría una caída o sobrecarga del sistema.

⁶⁹ DECRETO SUPREMO 027-2008-EM. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA (COES).

Artículo 3.- Integrantes y Registro

El COES está compuesto por Integrantes Obligatorios e Integrantes Voluntarios. Los Integrantes Registrados son los Integrantes Obligatorios así como los Integrantes Voluntarios que hayan optado por registrarse en el COES.

3.1 Los Integrantes Obligatorios del COES son todos los Agentes del SEIN que cumplen las siguientes condiciones, según corresponda:

a) Los Generadores cuya potencia instalada sea mayor o igual a 50 MW;
b) Los Transmisores que operen sistemas de transmisión que pertenezcan al Sistema Garantizado de Transmisión o al Sistema Principal de Transmisión, con un nivel de tensión no menor de 138 kV y cuya longitud total de líneas de transmisión no sea menor de 50 kilómetros, de acuerdo con los derechos otorgados;
c) Los Distribuidores cuya máxima demanda coincidente anual de sus sistemas de distribución interconectados al SEIN, sea mayor o igual a 50 MW; y,
d) Los Usuarios Libres cuya máxima demanda contratada en el SEIN sea mayor o igual a 10 MW. (...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002468

88. Dentro de sus funciones, se encuentra la administración del mercado de energía de corto plazo y la elaboración del Plan de Transmisión⁷⁰. Estas labores las realiza bajo la supervisión tanto del MEM como del OSINERGMIN⁷¹.
89. El MEM es la entidad encargada de la promulgación de normas de carácter general del sector, además del planeamiento y el otorgamiento de concesiones eléctricas, encontrándose en posibilidad de encargar a PROINVERSIÓN los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión⁷².

70

LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA

Artículo 1.- Definiciones

Para efectos de la presente Ley, todas las expresiones que contengan palabras, ya sea en plural o singular, y que empiezan con mayúscula, tienen los significados que se indican a continuación y son aplicables a los artículos del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (LCE):

(...)

21. Plan de Transmisión.- Estudio periódico, aprobado por el Ministerio, que identifica, mediante un análisis centralizado, los requerimientos de equipamiento de transmisión necesarios para mantener o mejorar la calidad, fiabilidad, seguridad o economía del sistema para un horizonte no mayor de diez (10) años. Este estudio tiene como producto un plan recomendado de obras de transmisión que considere los diversos escenarios de la expansión de la generación y de crecimiento de la demanda futura, el cronograma de ejecución y la asignación de las compensaciones para su remuneración. (...)

Artículo 13.- Funciones de interés público.

El COES tiene a su cargo las siguientes funciones de interés público:

- a) Elaborar la propuesta del Plan de Transmisión para su aprobación por el Ministerio;
- b) Elaborar los procedimientos en materia de operación del SEIN y administración del Mercado de Corto Plazo, para su aprobación por OSINERG;
- c) Asegurar el acceso oportuno y adecuado de los interesados a la información sobre la operación del SEIN, la planificación del sistema de transmisión y la administración del Mercado de Corto Plazo;
- d) Asegurar condiciones de competencia en el Mercado de Corto Plazo; y,
- e) Procurar las mejoras tecnológicas que aseguren el eficiente cumplimiento de sus funciones.

71

LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA

Artículo 21.- Plan de Transmisión

21.1 El desarrollo del Sistema Garantizado de Transmisión se realiza conforme al Plan de Transmisión, el cual se actualizará y publicará cada dos (2) años.

21.2 El Ministerio aprueba el Plan de Transmisión, con la opinión previa de OSINERG. Para la opinión favorable, el OSINERG deberá verificar que el estudio del COES haya cumplido con las políticas y criterios establecidos por el Ministerio. El Plan de Transmisión tiene carácter vinculante para las decisiones de inversión que se adopten durante su vigencia.

21.3 El proceso para la elaboración y aprobación del Plan de Transmisión debe cumplir con las políticas de transparencia de información, audiencias públicas y mecanismos de participación de los Agentes del sistema, organizaciones representativas de usuarios y demás interesados, según lo establece el Reglamento.

72

LEY 28958. LEY QUE SUSTITUYE EL LITERAL B) DEL PÁRRAFO 22.2 DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 28832, LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA.

Artículo Único.- Objeto de la Ley

Sustitúyase el literal b) del párrafo 22.2 del artículo 22 de la Ley N° 28832, por el siguiente texto:

"Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión

(...)

22.2 Para las instalaciones comprendidas en el Sistema Garantizado de Transmisión se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

b) El Ministerio podrá conducir directamente o encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. Si son encargados, estos procesos de licitación se realizarán al amparo de las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para estos efectos. En el caso de instalaciones de Refuerzo, el titular de la concesión de transmisión tendrá la preferencia para ejecutarlas directamente. De no ejercer dicha preferencia, el proyecto de la instalación de Refuerzo se incluirá en los procesos de licitación."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002469

90. La convocatoria a licitación pública se realiza para cualquiera de las siguientes actividades: (i) instalaciones del SGT que deben seguir en operación; (ii) construcción, operación y mantenimiento de nuevas instalaciones destinadas a formar parte del SGT; y, (iii) ejecución de refuerzos sobre instalaciones existentes del sistema de transmisión cuyos titulares no hayan ejercido el derecho de preferencia⁷³.
91. Para que una línea de transmisión se licite a través de un concurso, esta debe encontrarse dentro del Plan de Transmisión, plan que debe contar con la opinión favorable del OSINERGMIN y ser posteriormente aprobado por el MEM.
92. En tal sentido, mientras que el MEM posee el rol de promover y otorgar concesiones en el sector eléctrico⁷⁴, el OSINERGMIN posee un rol de supervisor, fiscalizador y regulador⁷⁵. Así, entre sus funciones se encuentra la

73

DECRETO SUPREMO 027-2007-EM. REGLAMENTO DE TRANSMISIÓN.

Artículo 20.- Proceso de Licitación para Implementar el Plan de Transmisión

20.1 Se convocará a Licitación pública para:

- a) La construcción, operación y mantenimiento de nuevas instalaciones destinadas a formar parte del Sistema Garantizado de Transmisión;
 - b) Otorgar la concesión de SGT de las instalaciones del Sistema de Transmisión que deben continuar en servicio, de acuerdo a lo señalado en el literal d) del numeral 22.2 del Artículo 22 de la Ley;
 - c) La ejecución de Refuerzos sobre instalaciones existentes del Sistema de Transmisión, cuyos titulares no hayan ejercido el derecho de preferencia.
- (...)

74

DECRETO LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.

Artículo 6.- Las concesiones y autorizaciones serán otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas, que establecerá para tal efecto un Registro de Concesiones Eléctricas.

75

LEY 26734. LEY DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN EN ENERGÍA OSINERG

Artículo 5.- Funciones

Son funciones del OSINERG:

(...)

- b) Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas y otras establecidas por la ley.

(...)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

(...)

Décimo Tercera.- La Comisión de Tarifas Eléctricas es responsable, como integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía, de fijar las tarifas de energía eléctrica de acuerdo a los criterios establecidos por el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y sus normas complementarias y reglamentarias. La Comisión de Tarifas Eléctricas se rige por sus normas de creación y sus normas reglamentarias.

(...)

DECRETO LEY 25844 (MODIFICADO POR LA OCTAVA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DE LA LEY 26734 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1996). LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.

Artículo 101.- Es materia de fiscalización por parte del OSINERG:

- a) El cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios establecidos en la presente Ley, el Reglamento y el respectivo contrato de concesión;

(...)

RESOLUCIÓN 459-2005-OS/CD. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OSINERG

Artículo 31.- De la Gerencia de Fiscalización Eléctrica.

La Gerencia de Fiscalización Eléctrica depende de la Gerencia General. Está encargada de dirigir, coordinar y controlar el proceso de supervisión y fiscalización del funcionamiento de las entidades dedicadas a la generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, así como del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES). También está encargada de efectuar la supervisión de las actividades de Post-



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002470

de determinar la remuneración a los transmisores de acuerdo a lo estipulado en su contrato de concesión, considerando tanto los costos de inversión como los de operación y mantenimiento⁷⁶.

93. Las remuneraciones pagadas a las tres empresas pertenecientes al Grupo ISA varían en función al contrato de concesión. Por un lado, en el caso de la empresa de transmisión REP, esta recibe una Remuneración Anual Garantizada, a través de la cual se le compensa tanto por los costos de inversión asociados a la nueva infraestructura construida, como por los costos de operación y mantenimiento⁷⁷; mientras que, por otro lado, en el caso de ISA Perú y CTM, su remuneración se basa en el Valor Nuevo de Reemplazo, monto que ofertaron al obtener el contrato de concesión, ajustado con índices de precios, sumado a los costos de operación y mantenimiento⁷⁸.

III.3.2 Principales características del mercado de transmisión eléctrica

94. En el caso particular del segmento de transmisión, las líneas de transmisión componen el denominado Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, SEIN) que inicialmente –de acuerdo con el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas–, se componía del Sistema Principal de Transmisión (en adelante, SPT) y del Sistema Secundario de Transmisión (en adelante, SST)⁷⁹. El primero es común a todos los generadores y les permite

Privatización y las concesiones en el Sub-sector Eléctrico, así como el permanente y oportuno cumplimiento de los compromisos de inversión y demás obligaciones contractuales derivadas de los procesos de privatización, efectuados al amparo del Decreto Legislativo N° 674 - Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado.

⁷⁶ RESOLUCIÓN 459-2005-OS/CD. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OSINERG

Artículo 48.- Funciones de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria.

La Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria tiene las siguientes funciones:

(...)

- d) Proponer al Consejo Directivo, la aprobación de las tarifas y/o compensaciones, de acuerdo a las normas legales y técnicas aplicables. Entre éstas, tenemos:

- Tarifas en barra en el subsector electricidad.
- Tarifas para los usuarios de servicio público de electricidad
- Tarifas de transporte de hidrocarburos por ductos.
- Tarifas de distribución de gas natural por red de ductos y de distribución de electricidad.
- Tarifas de transmisión del sistema principal y de los sistemas secundarios en el subsector electricidad.

(...)

- m) Elaborar los estudios para fijar y actualizar los Valores Nuevos de Reemplazo de las instalaciones de transmisión y distribución.

⁷⁷ Cabe resaltar que este monto es invariable durante todo el periodo de concesión y se actualiza de manera anual por índices inflacionarios.

⁷⁸ De acuerdo con lo estipulado en los contratos de concesión de ISA (ver fojas 260 a 334 del Expediente 005-2006/CLC), REP (ver fojas 336 a 420 del Expediente 005-2006/CLC) y CTM (ver fojas 471 a 553 del Expediente 005-2006/CLC).

⁷⁹ DECRETO LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.

Artículo 58.- En cada Sistema Interconectado, el Ministerio de Energía y Minas, a propuesta de la Comisión de Tarifas Eléctricas, definirá el Sistema Principal y los Sistemas Secundarios de Transmisión de acuerdo a las características establecidas en el Reglamento.

El Sistema Principal permite a los generadores comercializar potencia y energía en cualquier barra de dicho sistema. Los Sistemas Secundarios permiten a los generadores conectarse al sistema principal o comercializar potencia y energía en cualquier barra de estos sistemas.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

comercializar energía, mientras que el segundo conecta al generador con el SPT o al SPT con los distribuidores.

002471

95. En el año 2006 y desde que se promulgó la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, se añadieron dos nuevos sistemas de transmisión: el Sistema Garantizado de Transmisión (SGT) y el Sistema Complementario de Transmisión (en adelante, SCT)⁸⁰. Del mismo modo, se estableció que los sistemas anteriores estarían vigentes hasta el término de los contratos de concesión y todos los contratos firmados de ese momento en adelante formarían parte del SGT o SCT⁸¹. En particular, todas aquellas nuevas líneas de transmisión que se encuentren contempladas dentro del Plan de Transmisión⁸² formarían parte del SGT, mientras que las líneas de transmisión construidas por iniciativa propia o que no formen parte del referido Plan, pertenecerían al SCT.
96. Con relación a la estructura de mercado de transmisión para la fecha en la que ISA solicitó la aprobación de la operación de concentración empresarial, la Comisión identificó que las cuotas de mercado quedarían distribuidas de la siguiente manera, considerando la participación conjunta de las tres empresas pertenecientes al Grupo ISA:

⁸⁰ LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA.

Artículo 1.- Definiciones

Para efectos de la presente Ley, todas las expresiones que contengan palabras, ya sea en plural o singular, y que empiezan con mayúscula, tienen los significados que se indican a continuación y son aplicables a los artículos del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (LCE):

(...)

29. Sistema Complementario de Transmisión.- Conjunto de activos o instalaciones de transmisión que no conforman el Sistema Garantizado de Transmisión.

30. Sistema Garantizado de Transmisión.- Conjunto de activos o instalaciones de transmisión que se construyen como resultado del Plan de Transmisión. (...)

⁸¹ LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA.

Artículo 20.- Sistema de Transmisión del SEIN

20.1 El Sistema de Transmisión del SEIN está integrado por instalaciones:

- a) Del Sistema Garantizado de Transmisión.
- b) Del Sistema Complementario de Transmisión.
- c) Del Sistema Principal de Transmisión.
- d) Del Sistema Secundario de Transmisión.

20.2 Las instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión y del Sistema Complementario de Transmisión son aquellas cuya puesta en operación comercial se produce en fecha posterior a la promulgación de la presente Ley, conforme se establece en los artículos siguientes.

20.3 Las instalaciones del Sistema Principal de Transmisión y del Sistema Secundario de Transmisión son aquellas instalaciones calificadas como tales al amparo de la LCE y cuya puesta en operación comercial se ha producido antes de la promulgación de la presente Ley.

⁸² De acuerdo con la Ley 28832, el Plan de Transmisión es un estudio cuya elaboración se encuentra a cargo del COES y que identifica las nuevas instalaciones de transmisión necesarias para la sostenibilidad del sistema, el cual debe elaborarse para un horizonte no mayor a 10 años y debe ser aprobado por el MEM.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

Cuadro N°1
Participación de transmisoras identificada por la
Comisión en 2005

002472

Empresas	Facturación	Longitud
Red Energía del Perú SA	78.1%	81.0%
ISA Perú SA		
Consortio Transmantaro SA		
Red Eléctrica del Sur SA	8.9%	7.0%
ETESELVA S.R.L.	6.2%	6.0%
Consortio Energético Huancavelica	6.3%	4.0%
Proyecto Especial Olmos Tinajeros	0.4%	2.0%

Fuente: OSINERGMIN

Elaboración: ST-CLC

97. Una primera conclusión a la que arribó la Comisión del esquema de participaciones antes descrito es que este le permitiría a ISA tener injerencia preponderante en las decisiones que puedan adoptarse al interior del COES, en especial en el Subcomité de Transmisores⁸³.
98. Asimismo, a criterio de la Comisión, esa alta participación en el mercado de transmisión le otorgaba posición de dominio a ISA dentro de su ámbito geográfico⁸⁴. No obstante, dicho Colegiado precisó que el grupo económico liderado por ISA no podría ejercer tal posición de dominio debido a que participaba en un mercado regulado. En tal sentido, en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, la Comisión precisó lo siguiente:

"71. Considerando la ausencia de competencia al interior de mercados donde se prestan servicios con características de monopolio natural (sea por la imposibilidad técnico-económica de su realización o el perjuicio que acarrearía), el marco normativo previene los probables efectos negativos de su ausencia y neutraliza la posibilidad de

⁸³

Así, la Comisión refirió lo siguiente en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC:

"59. Este escenario le podría permitir a ISA tener una injerencia preponderante en las decisiones que se adopten en el referido subcomité, y a través de éste, en las decisiones de los órganos de gobierno del COES, y eventualmente en otros escenarios, en donde el futuro reglamento de la Ley 28832 lo permita.

(...)

64. Así, con la finalidad de evitar la preponderancia por parte de ISA en las decisiones al interior del COES, y los problemas que aquello podría acarrear en su operación y planificación, se debe restringir el derecho de la empresa solicitante a ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones, en cualquier instancia de decisión al interior del COES. Por lo tanto, en concordancia con la formula señalada por el MEM, correspondería condicionar la realización de la presente operación de concentración a que las empresas relacionadas con ISA, en conjunto, ejerzan una única opción de decisión como grupo económico."

(Notas al pie omitidas)

⁸⁴

En particular, la Comisión detalló en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC lo siguiente:

"68 Considerando la situación del mercado de transmisión, caracterizado principalmente por la condición de monopolio natural, resulta evidente la posición de dominio que ISA ostenta en la prestación del servicio de transmisión eléctrica en el ámbito de sus redes, situación que ha sido reconocida por la propia empresa, que se trasladaría a la competencia por el mercado, y que se vería reforzada y/o incrementada de proceder la presente operación de concentración".

40/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1912



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

aprovechamiento de tal característica de mercado por parte de las empresas, estableciendo marcos regulatorios para su accionar a través de la fijación de precios (tarifas), estándares de calidad, entre otros.

(...)

74. En el presente caso, considerando que el servicio de transmisión eléctrica prestado por ISA, a través de las empresas pertenecientes a su grupo económico que operan en el Perú, se encuentra regulado, y que dicha situación no cambiará de concretarse el acto de concentración notificado, pues la prestación del servicio de transmisión eléctrica continuará regulada, no existiría una afectación potencial al interés económico general en la prestación de dicho servicio por parte de un solo grupo económico."

002473

99. Sin perjuicio de lo anterior, durante el procedimiento de evaluación de la operación de concentración empresarial, la Comisión identificó que la participación de ISA generaba economías de escala que le otorgaban una significativa ventaja en la competencia por el mercado para la construcción o ampliación de líneas de transmisión. En tal sentido, la primera instancia consideró que el poder otorgado por la alta participación de ISA en el mercado de transmisión a partir de la concentración se extendería al mercado de licitación de construcción o ampliación de líneas de transmisión⁸⁵.

100. En ese orden de ideas, la Comisión estimó que tanto el incremento de la participación de ISA como la obtención de economías de escala en el mercado de transmisión, disminuían la posibilidad de que los potenciales entrantes puedan realizar ofertas ganadoras, lo cual reduciría el grado de competencia efectiva por el mercado de construcción y/o ampliación de líneas de transmisión⁸⁶. Del mismo modo, la primera instancia asumió que ello generaría un comportamiento oportunista por parte de ISA que haría que la primera convocatoria sea declarada desierta para tener incluso un menor número de competidores en la segunda convocatoria.

101. Bajo dicho escenario, la Comisión dedujo que ISA tendría los incentivos suficientes para efectuar una oferta ligeramente inferior a la de sus competidores. Adicionalmente, señaló que la diferencia entre el monto que ofrecería ISA en las licitaciones y el verdadero monto que representaría su mejor oferta (como consecuencia de sus economías de escala) tendría que ser pagado por los usuarios de las líneas de transmisión y, por ende, de manera indirecta por los consumidores finales de energía eléctrica a quienes se les

⁸⁵ Al respecto, en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC la Comisión mencionó lo siguiente:

"76. En efecto, considerando que de concretarse la operación de concentración bajo análisis, ISA controlaría casi 80% de mercado de transmisión eléctrica en el Perú y más del 65% del tendido de líneas de transmisión; y, que la actividad de transmisión eléctrica presenta condiciones de monopolio natural, caracterizada por la presencia de economías de escala; ISA gozaría de una situación de privilegio para hacerse de la construcción de nuevas líneas de transmisión y/o ampliaciones."

⁸⁶ Al respecto, ver la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, párrafos 78-87.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

trasladarían estos costos adicionales, generándose así un perjuicio al mercado⁸⁷.

002474

102. Al respecto, habiendo transcurrido más de cinco (5) años de aprobada la operación de concentración del Grupo ISA, se verifica que en el mercado de transmisión, las participaciones se mantuvieron relativamente estables, tanto a nivel de facturación como a nivel de kilómetros, tal como se muestra en los cuadros a continuación. Así, se verificó lo siguiente:

Cuadro N°2
Participación de transmisoras por facturación en
2012 (Millones de soles)

Empresas	Facturación (Mill. de S/.)	% Fact.
ISA	446.9	75.30%
Abengoa	56.1	9.45%
REDESUR	36.2	6.10%
Buena Ventura	6.9	1.16%
Compañía Transmisora Norperuana	2.2	0.37%
Depolti	3.1	0.52%
Empresa de Transmisión Callalli	1.7	0.29%
Empresa de Transmisión de Guadalupe	2.3	0.39%
Etenorte	15.9	2.68%
Aguaytía	22.2	3.74%
Transmisora Andina	0	0.00%
Pomacocha Power	0	0.00%

Fuente: OSINERGMIN

Elaboración: ST-SDC

(Ver Cuadro N° 3 en la siguiente página)

87

Ibídem.

42/79

1914

**PERÚ****Presidencia
del Consejo de Ministros****TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**
Sala de Defensa de la Competencia**RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI****EXPEDIENTE 005-2006/CLC**

Cuadro N°3
Participación de transmisoras por kilómetros de
líneas de transmisión a noviembre de 2013

002475

Empresas	Km	Participación Km
ISA	9052.9	69.16%
Abengoa	1837.0	14.03%
REDESUR	534.0	4.08%
Buena Ventura	357.4	2.73%
Compañía Transmisora Norperuana	33.9	0.26%
Depolti	152.7	1.17%
Empresa de Transmisión Callalli	146.7	1.12%
Empresa de Transmisión de Guadalupe	32.7	0.25%
Etenorte	349.8	2.67%
Aguaytía	393.1	3.00%
Transmisora Andina	182.1	1.39%
Pomacocha Power	18.0	0.14%

Fuente: OSINERGMIN

Elaboración: ST-SDC

103. En efecto, de la revisión conjunta de ambos cuadros se verifica que sigue existiendo una participación mayoritaria por parte del Grupo ISA en el mercado de transmisión, lo cual se evidencia tanto en su nivel de facturación como en la extensión de la infraestructura desplegada.

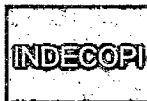
104. Habiéndose efectuado una breve descripción del mercado de transmisión eléctrica resulta posible arribar a las siguientes conclusiones:

- (i) De manera previa al pronunciamiento de la Comisión respecto de la aprobación de la operación de concentración solicitada por ISA, el sistema de transmisión estaba conformado por el SPT y el SST.
- (ii) A partir de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, se crearon dos nuevos sistemas, el Sistema Garantizado de Transmisión (SGT) y el Sistema Complementario de Transmisión (SCT). De acuerdo con el artículo 22.1 de la Ley 28832, el SGT estaría conformado por aquellas líneas de transmisión cuya concesión y construcción sea resultado de una licitación pública. Cabe resaltar que el primer otorgamiento de la Buena Pro bajo este tipo de licitaciones tuvo lugar en el año 2008; es decir, con posterioridad a la Resolución 005-2006/CLC y a la Resolución 001-2007/CLC.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

- (iii) De otro lado, según el artículo 27⁸⁸ de la Ley 28832, el SCT, corresponde a aquellas líneas de transmisión construidas por iniciativa propia de uno o más agentes. Si bien cabría la posibilidad de que la construcción de estas líneas de transmisión se encuentre dentro del Plan de Transmisión, estas también podrían encontrarse fuera de él⁸⁹.

002476

105. Este Colegiado estima que debe realizarse una clara diferenciación entre el mercado dentro del cual se llevó a cabo la operación de concentración y el mercado que la Comisión identificó podría verse afectado por dicha operación. El mercado donde tuvo lugar la concentración es el mercado de líneas de transmisión, mientras que el mercado sobre el cual se impuso una de las condiciones es el mercado de licitaciones para la construcción o ampliación de líneas de transmisión, mercado en el cual, en principio, existiría competencia⁹⁰.

106. Una vez que han sido definidas las características propias del mercado eléctrico y, en particular, del mercado de transmisión, corresponde evaluar cada una de las condiciones impuestas por la Comisión y los cambios de circunstancias alegados por ISA para, finalmente, identificar si, efectivamente, se presentó un cambio de circunstancias que justifique la revocación solicitada por ISA.

III.4 EVALUACIÓN DE LAS MODIFICACIONES PRODUCIDAS EN EL MERCADO DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA INVOCADAS POR ISA

III.4.1 La primera condición impuesta ISA

107. La primera condición impuesta a ISA mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 fue establecida en los siguientes términos:

"No ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

⁸⁸ LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA

Artículo 27.- Instalaciones del Sistema Complementario de Transmisión

27.1 Se consideran como instalaciones del Sistema Complementario de Transmisión aquellas que son parte del Plan de Transmisión y cuya construcción es resultado de la iniciativa propia de uno o varios Agentes. Además, son parte del Sistema Complementario de Transmisión todas aquellas instalaciones no incluidas en el Plan de Transmisión.

⁸⁹ Las líneas de transmisión que conforman el SCT podrían ser parte del Plan de Transmisión, Plan de Inversiones aprobado por el OSINERGMIN, o cuya construcción y remuneración resulte de una libre negociación.

⁹⁰ Este punto será profundizado en el análisis de la segunda condición.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002477

Esta condición resulta idónea, necesaria y proporcional en tanto busca asegurar que la operación del Comité de Operación Económica del Sistema – COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico, lo que finalmente, redundará en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica”.

III.4.1.1 La finalidad perseguida por la primera condición

108. Con relación al objetivo de la Comisión al momento de imponer la primera condición a ISA, se aprecia que en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC se señaló lo siguiente:

“64. Así, con la finalidad de evitar la preponderancia por parte de ISA en las decisiones al interior del COES, y los problemas que aquello podría acarrear en su operación y planificación, se debe restringir el derecho de la empresa solicitante a ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones, en cualquier instancia de decisión al interior del COES. Por lo tanto, en concordancia con la formula señalada por el MEM, correspondería condicionar la realización de la presente operación de concentración a que las empresas relacionadas con ISA, en conjunto, ejerzan una única opción de decisión como grupo económico”.

109. Posteriormente, mediante Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de enero de 2007, la Comisión precisó que la condición antes descrita debía verificarse en cualquier instancia de decisión al interior del COES en la cual ISA pueda tener preponderancia en la toma de acuerdos⁹¹.

110. En tal sentido, en la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, la Comisión señaló lo siguiente:

“i) El objeto o finalidad que motivó la decisión de la Comisión se da en todas aquellas instancias del COES creadas o por crearse en las cuales ISA, en virtud de lo que establezca el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES, pueda ejercer preponderancia en las decisiones.

Con la información disponible, aquella estaría restringida únicamente al Subcomité de Transmisión; sin embargo, considerando que el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la

⁹¹ Mediante dicho pronunciamiento, la Comisión declaró improcedente la solicitud de aclaración de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, formulada por ISA el 18 de diciembre de 2006.

Asimismo en la mencionada solicitud ISA solicitó se le indique lo siguiente:

“a) Cuáles son las otras instancias de decisión al interior del COES, distintas al Subcomité de Transmisión, en que ISA debe ejercer un voto único, absteniéndose de utilizar los votos restantes o votando con una abstención.

(...)

b) Si la condición impuesta dejará de tener efecto si el Reglamento de la Ley N° 28832 adopta una fórmula de participación distinta al voto único.

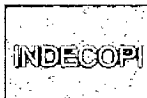
(...)

c) Si la condición impuesta dejará de tener efecto si se modifica la conformación del COES —con el consecuente incremento del número de sus miembros— una vez emitido el Reglamento de la Ley N° 28832 o con el ingreso de nuevos operadores de transmisión no vinculados a ISA. En tal caso, cuál será el número de miembros mínimo que deberá tener el referido Subcomité para que ISA pueda ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos sin limitación alguna.”



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002478

organización del COES le pueden otorgar a ISA la preeminencia en las decisiones en otras instancias distintas a la del Subcomité de Transmisión, corresponde supervisar el cumplimiento de dicho propósito en todas ellas. Lo que se traduce en que se vigilará que ISA no ejerza preponderancia en las decisiones en todas aquellas instancias en las que el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES le otorguen esa posibilidad.

ii) El objeto o finalidad de la condición impuesta en la resolución se debe cumplir en todas aquellas instancias en las cuales el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES le otorguen a ISA preponderancia en las decisiones. De forma práctica, con la información disponible, la Comisión en su resolución adoptó la fórmula de voto; sin embargo, en atención a todas aquellas disposiciones que el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o la organización del COES puedan establecer, corresponderá supervisar que ISA no ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones, en cualquier instancia de decisión al interior del COES, hasta el límite en que se garantice que no podrá imponer en exclusividad su planteamiento.

Por lo tanto, en la instancia correspondiente del COES, se vigilará que ISA utilice los votos que le hayan sido asignados en tanto su utilización no le permita imponer en exclusividad su posición, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o, respectos de éstos, votar absteniéndose.

iii) La aplicación práctica para alcanzar el objeto o finalidad establecido en el numeral (i) del primer resuelve de la Resolución N° 081-2006-INDECOPI/CLC, tendrá vigencia y será supervisada por la autoridad de competencia en tanto: sea el mecanismo de votación considerado para su establecimiento el consignado en el Reglamento de la Ley N° 28832 y/o en la organización del COES, y el ejercicio por parte de ISA de la totalidad de sus votos le otorgue preponderancia en las decisiones de la instancia correspondiente." (Subrayado agregado)

111. De la revisión de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, complementada por la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, se verifica que, para la imposición de dicha restricción, la Comisión tomó en cuenta que en ese momento, el Subcomité de Transmisores del COES estaba compuesto por cinco (5) empresas, de las cuales, luego de producida la operación de concentración, tres (3) pertenecerían al Grupo ISA, lo que permitiría que este grupo empresarial pueda tener una injerencia preponderante en las decisiones en el mencionado Subcomité⁹².

⁹² Así, en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, la Comisión señaló lo siguiente:

"58. Sin embargo, con relación a la nueva estructura que adoptará el COES, y considerando lo establecido en el numeral 2 del artículo 16 de la Ley 28832 y lo señalado por el MEM mediante su escrito del 6 de octubre de 2006; actualmente existen cinco empresas que conformarían el Subcomité de Transmisores del COES (REP, CTM, Eteselva S.R.L., ISA Perú y Red Eléctrica del Sur S.A.), de las cuales, de concretarse la operación, ISA ejercería control sobre tres de ellas (REP, CTM e ISA Perú).

59. Este escenario le podría permitir a ISA tener una injerencia preponderante en las decisiones que se adopten en el referido subcomité, y a través de éste, en las decisiones de los órganos de gobierno del COES, y eventualmente en otros escenarios, en donde el futuro reglamento de la Ley 28832 lo permita.

60. Considerando que la injerencia preponderante en las decisiones en el Subcomité de Transmisión por parte de ISA podría alterar la independencia respecto de intereses particulares en las decisiones al interior del COES, la Secretaría Técnica recomendó a esta Comisión establecer restricciones al accionar del grupo económico conformado por la empresa notificante, a efectos de garantizar la independencia en la toma de decisiones en el COES.

61. A su vez, se señaló que dichas limitaciones deben tener por efecto garantizar que las decisiones en las instancias correspondientes respondan a la mejor alternativa para la operación y/o planificación del COES, y no a intereses

1918



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002479

112. De esta manera, lo que buscó salvaguardar la Comisión con la imposición de dicha condición era el que las decisiones que se adopten al interior del COES "no responda(n) a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico"⁹³.

III.4.1.2 Las circunstancias sobrevinientes verificadas con posterioridad a la imposición de la primera condición

113. De la revisión de la información obrante en el expediente, así como de lo argumentado por ISA en su solicitud de revocación, se advierte que con posterioridad a la imposición de las condiciones por la Comisión, se habrían producido cambios sustanciales en el mercado de transmisión y que incidirían en los riesgos que la primera condición buscó evitar.
114. Así, en primer lugar, conforme fue indicado por el OSINERGMIN⁹⁴ y de acuerdo a la información contenida en la página web del COES, actualmente el número de integrantes del Subcomité de Transmisores se ha incrementado en más del 100% con relación a la cifra existente al momento de la imposición de las condiciones por parte de la Comisión.
115. En efecto, si bien cuando se produjo la operación de concentración por parte del Grupo ISA dicha empresa controlaba a tres (3) de los cinco (5) integrantes del Subcomité de Transmisores, actualmente dicho Subcomité se encuentra conformado por doce (12) empresas, las cuales pertenecen a ocho (8) grupos económicos distintos⁹⁵.

Cuadro N°4
Empresas integrantes del Subcomité de Transmisores del COES

N°	Empresa	F. De ingreso	Grupo económico ⁹⁶
1	Abengoa Transmisión Norte S.A.	12-10-2010	ABENGOA
2	Abengoa Transmisión Sur S.A.	29-11-2013	ABENGOA
3	ATN1 S.A	10-06-2014	ABENGOA
4	Compañía Transmisora Norperuana	19-06-2008	TRANSMISORA

particulares de sus integrantes, lo que se lograría a partir de evitar la preeminencia de los intereses de ISA en cualquier nivel de decisión en el COES."

⁹³ Conforme lo señaló la Comisión en el primer resuelve de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.

⁹⁴ Al respecto, ver página 5 de la opinión técnica remitida por dicho organismo regulador el 9 de enero de 2014.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ De acuerdo con información remitida por OSINERGMIN mediante Oficio 1-2014-OS/OEE.

1919

**PERÚ****Presidencia
del Consejo de Ministros****TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**
Sala de Defensa de la Competencia**RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI****EXPEDIENTE 005-2006/CLC**

	S.R.L.		NORPERUANA
5	Consorcio Energético de Huancavelica S.A.	19-06-2008	GRUPO BUENAVENTURA
6	Consorcio Transmantaro S.A.	10-06-2008	GRUPO ISA
7	Red de Energía del Perú S.A.	10-06-2008	GRUPO ISA
8	Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A.	10-06-2008	GRUPO ISA
9	Pomacocha Power S.A.C.	31-10-2013	POMACOCOA POWER
10	Eteselva S.R.L.	10-06-2008	GRUPO ENERGÉTICO AGUAYTÍA
11	Red Eléctrica del Sur S.A.	19-06-2008	REDESUR
12	Transmisora Eléctrica del Sur S.A.	31-03-2014	CONSORCIO REI-AC CAPITALES

Fuente: COES⁹⁷

Elaboración: ST-SDC

116. De acuerdo con la conformación actual del COES, ISA cuenta únicamente con tres (3) de un total de doce (12) votos posibles, lo cual haría improbable que dicho grupo económico pueda ejercer una posición preponderante en las decisiones tomadas al interior del COES, incluso dentro del Subcomité de Transmisores.
117. En segundo lugar, otra modificación sustancial ocurrida en el mercado de transmisión con posterioridad a la emisión de las condiciones proviene del desarrollo del marco regulatorio del COES y su organización.
118. Así, debe destacarse lo siguiente:
- (i) El 3 de mayo de 2008, se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo 027-2008-EM, mediante el cual se aprobó el Reglamento del COES.
 - (ii) El 18 de julio de 2008, se aprobó el Estatuto del COES.
 - (iii) El 24 de agosto de 2008, se constituyó el Subcomité de Transmisores y se aprobó su Estatuto.
119. Con relación al Decreto Supremo 027-2008-EM, esta norma, en cumplimiento con lo dispuesto por la Ley 28832⁹⁸, estableció los requisitos necesarios para la

⁹⁷ Tomado de: <http://www.coes.org.pe/wcoes/coes/integrantes/listado.aspx>. Fecha de última visita: 01/07/14.

⁹⁸ LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA
Artículo 16.- La Asamblea del COES

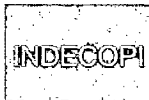
16.1 La Asamblea es el órgano supremo del COES. Tiene como funciones las siguientes:

a) Designar y remover, según corresponda, al Presidente del Directorio y fijar la remuneración del Presidente y de los Directores;
b) Aprobar el presupuesto anual;
c) Designar o delegar en el Directorio la designación de los auditores externos;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

convocatoria⁹⁹, quórum¹⁰⁰ y demás aspectos relativos a la celebración de acuerdos en las sesiones de Asamblea del COES¹⁰¹.

002481

120. De otro lado, en el Estatuto del COES aprobado el 18 de julio de 2008 se precisaron aspectos internos de la organización del COES tales como los derechos y obligaciones de los asociados, el voto al interior de la Asamblea¹⁰² y los mecanismos de impugnación de las decisiones adoptadas, entre otros.

d) Pronunciarse sobre la gestión y los resultados económicos del ejercicio anterior, expresados en los estados financieros;

e) Aprobar y modificar los estatutos del COES.

16.2 La Asamblea está integrada por los Agentes del SEIN, agrupados en cuatro subcomités: uno de Generadores, uno de Distribuidores, uno de Transmisores y uno de Usuarios Libres.

16.3 Los acuerdos de la Asamblea, para cada decisión, se adoptan cuando se alcance en la votación un puntaje superior al 66,7% del puntaje máximo total. El puntaje total a favor de una determinada decisión resulta de sumar el puntaje a favor de todos los subcomités. El puntaje de cada subcomité será igual al cociente del número de sus integrantes que votó a favor de una determinada decisión, entre el número total de los integrantes que lo conforman.

16.4 El Reglamento establece los requisitos de convocatoria, quórum y demás aspectos relativos a la celebración de la Asamblea.

⁹⁹ DECRETO SUPREMO 027-2008-EM (MODIFICADO POR EL DECRETO SUPREMO 058-2008-EM DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2008). REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA (COES).

Artículo 10.- Convocatoria

10.1 El Presidente del Directorio convoca a la Asamblea cuando lo ordena el Reglamento, lo establece el Estatuto, lo acuerda el Directorio, lo soliciten dos (02) Directores o los representantes de, al menos, dos (02) Subcomités.

10.2 La convocatoria a Asamblea ordinaria se efectúa con una anticipación no menor de diez (10) días a la fecha fijada para su realización, y a Asamblea extraordinaria con una anticipación no menor de tres (03) días. En ambos casos, la convocatoria se efectúa por medio de esquila, o publicación en un diario de circulación nacional, señalando lugar, fecha, hora y agenda de temas a tratar. Si se incluye el lugar, fecha y hora para la segunda convocatoria, ésta podrá realizarse en la misma fecha señalada para la primera, mediando entre ambas un lapso no menor de treinta (30) minutos. El Estatuto puede establecer el uso de medios electrónicos para efectuar la convocatoria, siempre que garanticen la constancia de su recepción.

10.3 En caso no se haya incluido los datos para la segunda convocatoria, ésta será efectuada con los mismos requisitos señalados en el numeral anterior dentro de los siete (07) días siguientes a la fecha de la Asamblea no realizada y con una anticipación no menor de tres (03) a la fecha fijada para su realización, indicando que se trata de segunda convocatoria

¹⁰⁰ DECRETO SUPREMO 027-2008-EM (MODIFICADO POR EL DECRETO SUPREMO 058-2008-EM DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2008). REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA (COES).

Artículo 11.- Quórum

11.1 En caso que el Representante Legal del Integrante Registrado no asista a la Asamblea, deberá designar a un sustituto con una antelación no menor de dos (2) días a la fecha de la realización de la Asamblea. Una misma persona puede tener la representación de más de un Integrante Registrado. Dicha representación se otorga mediante Carta Poder con firma legalizada.

11.2 En la misma fecha señalada en el numeral precedente, la secretaría cierra el registro de representantes de cada subcomité, conforme al numeral 9.3 del artículo 9.

11.3 El quórum para la realización de la Asamblea en primera convocatoria es el setenta y cinco por ciento (75%) de los Integrantes Registrados, y en segunda convocatoria es el sesenta por ciento (60%) de los Integrantes Registrados. En ambos casos, si el número resultante no fuera entero, se considerará el número entero inmediato inferior.

¹⁰¹ DECRETO SUPREMO 027-2008-EM. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA (COES).

Artículo 12.- Adopción de Acuerdos

12.1 Para alcanzar la mayoría requerida por la Ley para la adopción de acuerdos de la Asamblea, se requiere computar la suma ponderada de los puntajes de cada Subcomité, considerando un factor de ponderación de 0,25 para cada uno de los cuatro (04) subcomités. El puntaje de cada Subcomité resulta del cociente del número de integrantes que votó a favor de una determinada propuesta entre el número de Integrantes Registrados de dicho Subcomité.

12.2 La secretaría de la Asamblea, tomando en consideración lo establecido en los numerales 9.2 y 11.1 de los artículos 9 y 11, respectivamente, debe determinar la cantidad total de Integrantes Registrados por cada Subcomité y aquellos presentes en la Asamblea.

12.3 Todos los acuerdos alcanzados en la junta de la Asamblea constan en actas suscritas por el Presidente, el Secretario de la Asamblea y los representantes de cada Subcomité.

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002482

121. Finalmente, en el Acta de Constitución del Subcomité de Transmisores, aprobada el 24 de agosto de 2008, se regularon aspectos fundamentales de dicho Subcomité como el quórum para la celebración de sesiones y los mecanismos a utilizar para la adopción de acuerdos.
122. Con relación al quórum, el Acta de Constitución del Subcomité de Transmisores señala que en primera convocatoria se requiere contar con la participación de la mitad del número total de integrantes registrados y en segunda convocatoria el quórum requerido será el 40% de los integrantes registrados¹⁰³.
123. De acuerdo a ello y dada la composición actual del Subcomité de Transmisores se aprecia que para la realización de una sesión, el quórum requerido sería de seis (6) integrantes en primera convocatoria y de cinco (5) integrantes en segunda convocatoria, motivo por el cual las tres (3) empresas que integran el Grupo ISA no podrían reunir el quórum necesario para la realización de una sesión.
124. Adicionalmente, se aprecia que en el Acta de Constitución del Subcomité de Transmisores se establecen dos mecanismos de votación. Así, en el primer mecanismo cada integrante del Subcomité tiene derecho a un voto y se utiliza para la adopción de acuerdos referidos a: (i) la participación del Subcomité en la Asamblea; (ii) la designación anual y la remoción del representante titular y suplente del Subcomité ante la Asamblea; y, (iii) la elección del miembro del Directorio del COES que representará al Subcomité.
125. En la segunda modalidad, el voto de cada integrante es determinado según su aporte al presupuesto del COES. Sin embargo, si el porcentaje acumulado del voto de los miembros del Subcomité que forman parte de un mismo grupo económico les permite determinar conjuntamente el sentido de la votación, su porcentaje acumulado se reducirá hasta el 49% y el 51% restante será distribuido entre los demás miembros del Subcomité¹⁰⁴.

102

ESTATUTO DEL COES**ARTÍCULO NOVENO.- VOTO EN LA ASAMBLEA**

Cada Integrante Registrado tiene derecho a un voto que se ejerce en la forma establecida en la Ley, el Reglamento y este Estatuto.

103

ACTA DE CONSTITUCIÓN DEL SUBCOMITE DE TRANSMISORES**QUINTA.- SESIONES Y QUÓRUM**

(...)

5.6 El quórum mínimo para la realización de las sesiones del Subcomité en primera convocatoria será la mitad del número de los miembros. En caso el número de miembros sea impar, el quórum será el número entero inmediato superior al de la mitad de aquel. En segunda convocatoria el quórum será el 40% (cuarenta por ciento) del número de los integrantes registrados del Subcomité. Si el resultado del cálculo del 40% (cuarenta por ciento) del número de los integrantes registrados del Subcomité resulta un número entero con decimales de 0,1 a 0,4, el quórum será el número entero resultante sin considerar los decimales; y si el resultado de ese cálculo resulta un número entero con decimales de 0,5 a 0,9 el quórum será el número entero inmediato superior.

104

ACTA DE CONSTITUCIÓN DEL SUBCOMITE DE TRANSMISORES

50/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1922



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002483

126. De la revisión de los cambios antes descritos, se puede concluir que con posterioridad a la imposición de la primera condición al Grupo ISA se han producido dos modificaciones sustanciales en el mercado de transmisión eléctrica:

- (i) El número de agentes participantes en el mercado ha presentado una tendencia creciente a lo largo del tiempo, mientras que el número de empresas pertenecientes al Grupo ISA se ha mantenido. En particular, existían cinco (5) empresas cuando se impuso la condición y en la actualidad existen doce (12) empresas dentro del Subcomité de Transmisores. De estas, el Grupo ISA ha mantenido los tres (3) votos con los que contó a partir de la operación de concentración; y,
- (ii) se ha diseñado un marco regulatorio comprendido por el Decreto Supremo 027-2008-EM, Reglamento del COES, el Estatuto del COES y el Estatuto del Subcomité de Transmisores que impide a cualquier grupo económico ejercer una posición preponderante en la toma de decisiones.

127. Verificado lo anterior resulta posible concluir que si el riesgo que buscaba evitar la Comisión con la imposición de la primera condición era que las decisiones al interior del COES "no responda(n) a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico"¹⁰⁵, este peligro a la fecha no existe en virtud al marco regulatorio diseñado para atender dicha problemática, mediante las reglas establecidas para la conformación del quórum para las sesiones y para la toma de acuerdos.

128. La imposibilidad de ejercer preponderancia en el Subcomité fue también reconocida en el Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI, presentado por la Secretaría Técnica de la Comisión por encargo de esta última, en el cual se señaló lo siguiente:

SEXTA.- APROBACIÓN, OBLIGATORIEDAD Y REGISTRO DE LOS ACUERDOS DEL SUBCOMITÉ

6.1 Para adoptar los acuerdos señalados en los numerales 4.1, 4.2 y 4.3 de la cláusula cuarta del presente contrato, cada miembro tiene derecho a un (01) voto que se ejerce en la forma prevista en el marco legal y en el Estatuto del COES. El acuerdo respectivo se aprueba con el voto favorable de al menos la mitad más uno de los integrantes registrados del Subcomité. En el caso de que el número de integrantes registrados fuera impar, se entenderá el acuerdo válidamente adoptado si lo acuerda al menos el número entero inmediatamente inferior al valor que resulta de calcular la mitad más uno de los integrantes registrados.

6.2 Los otros acuerdos que corresponde adoptar al Subcomité se aprobarán con el voto favorable de más del 50% (cincuenta por ciento) de la votación de los miembros concurrentes a la respectiva sesión, para lo cual el peso del voto de cada miembro será proporcional al porcentaje asignado anualmente por el COES a los miembros del Subcomité para determinar las contribuciones que deben efectuar a dicha entidad como integrantes registrados. Si el peso acumulado del voto de los miembros de Subcomité que forman parte de un mismo grupo económico les permitiera determinar conjuntamente el sentido de la votación en una sesión determinada, el porcentaje acumulado de esos miembros será reducido hasta el 49% (cuanrentinueve por ciento) de la votación y el 51% (cincuentiuno por ciento) restante será distribuido entre los demás miembros del Subcomité en proporción al resultado de dividir su porcentaje asignado por el COES entre la suma de los porcentajes de todos ellos, debiendo considerarse para la aprobación de los acuerdos el peso del voto de los otros miembros presentes en la respectiva sesión que se les haya asignado conforme al criterio anterior.

105

Conforme lo señaló la Comisión en el primer resuelve de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.

51/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1923



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

~~002484~~

"60. Por tanto, se observa que con la información disponible y el estado actual de la estructura del COES, los mecanismos de votación del Subcomité no le permitirían a ISA ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones en dicha instancia."

129. Sin embargo, posteriormente recomendó mantener la primera condición puesto que, desde su punto de vista, no existiría un cambio significativo en el mercado eléctrico que justifique su revocación. En particular, indicó lo siguiente:

"73. Con relación a la conformación y reglas de votación del COES, se observa que efectivamente habría variado el número de integrantes y los mecanismos de votación del Subcomité de Transmisión, los cuales impiden que el Grupo ISA ejerza una influencia preponderante en la toma de decisiones en su interior; no obstante, dicho cambio no enerva la vigencia de la primera condición, ya que, como se ha mencionado, ésta fue impuesta con independencia de si, en efecto, la Ley 28832, su Reglamento y/o la organización del COES le otorgaban a ISA, en ese momento, preponderancia en la toma de decisiones. En otras palabras, la condición fue dictada con carácter preventivo, a fin de evitar el riesgo derivado de la alta participación que ISA tiene en el mercado, situación que se mantiene a la fecha.

(...)

75. En consecuencia, esta Secretaría Técnica es de la opinión que la primera condición debe mantenerse y ser de aplicación en aquellos supuestos en los cuales, ya sea de acuerdo con lo establecido normativamente o por la estructura del COES, ISA pueda ejercer una influencia preponderante en la toma de decisiones. (...)"

130. Al respecto, la Sala ha identificado que no solo se incrementó el número de agentes participantes en el mercado de transmisión, escenario completamente distinto al que se presentaba cuando la Comisión impuso la primera condición; sino que además actualmente existe un grupo empresarial distinto al liderado por ISA, el Grupo Abengoa, el cual cuenta también con tres empresas pertenecientes al Subcomité de Transmisores y al que no se le impone la restricción cuestionada en el presente procedimiento. En tal sentido, inclusive mantener la primera condición podría llevar a un tratamiento diferenciado hacia el Grupo ISA frente a otros grupos empresariales en la misma situación, lo cual podría perjudicar injustificadamente su posición al interior del Subcomité de Transmisores.
131. En particular, se ha observado que el Grupo Abengoa ha creado nuevas empresas, lo cual eleva el número de votos dentro del Subcomité de Transmisores¹⁰⁶, mientras que el Grupo ISA, de acuerdo con la primera condición, únicamente podría hacer uso de un voto.
132. Por tanto, se verifica que se han producido cambios de circunstancias en el mercado eléctrico, asociados al ingreso de nuevos agentes al Subcomité de Transmisores, así como al sistema de votación en el referido Subcomité estipulado en el Estatuto del COES que impide a ISA ejercer una influencia

106

En el caso de aquellas decisiones para las cuales cada empresa transmisora representa un voto.

52/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1924



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002485

preponderante en cualquiera de las instancias de decisión del referido organismo. Esta situación diluye el riesgo de mercado que buscó evitar la Comisión a través de la imposición de la primera condición, cumpliéndose así con el primer requisito necesario para proceder a la revocación de la condición evaluada en este extremo.

III.4.1.3 Evaluación de la existencia de daños a terceros como consecuencia del levantamiento de la primera condición

133. Conforme se señaló en la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI mediante la cual se admitió a trámite la solicitud de revocación presentada por ISA, al momento de analizar la pertinencia de revocar las condiciones impuestas a ISA por la Comisión debía evaluarse si con ello se producen o no daños a otros administrados o terceros. Para cumplir con tal finalidad, la Sala dispuso que se requiera la opinión técnica de las entidades que participaron en el procedimiento mediante el cual se autorizó la operación de concentración propuesta por ISA.

134. En línea con lo anterior debe resaltarse la opinión técnica presentada por el MEM sobre el particular:

"(...) de retirarse la primera condición, el grupo ISA no podría influenciar rotundamente las decisiones que se tomen al interior del COES). (...)

Con relación a la primera condición, debe tenerse presente el vigente marco normativo del COES, siendo que a la fecha el grupo ISA no podría influenciar predominantemente en las decisiones del Subcomité de Transmisión, de La Asamblea ni del Directorio Ejecutivo (...)"

135. En el mismo sentido argumentativo, la opinión técnica del OSINERGMIN señaló lo siguiente:

"(...) el levantamiento de la primera condición no tendría un efecto considerable en la conformación y toma de decisiones al interior del COES, debido a que el ordenamiento legal limita de manera importante la capacidad de toma de decisiones de los agentes dentro del COES, incluido el grupo ISA, por lo que el levantamiento de la primera condición, dada la conformación vigente del Subcomité de Transmisión y el marco legal vigente, no generaría efectos adversos para el sector energía".

136. Así, tanto el ente titular del sector –es decir, el MEM–, como el organismo regulador a cargo –el OSINERGMIN–, coinciden en señalar que el eventual levantamiento de la primera condición no afectaría al mercado eléctrico, toda vez que actualmente existe un marco regulatorio que evita la posibilidad de que una empresa o grupo empresarial pueda adoptar decisiones de manera unilateral al interior del COES.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002486

137. En ese orden de ideas y en atención a los fundamentos expuestos, habiéndose verificado que se produjo un cambio de circunstancias relevante en el mercado de transmisión eléctrica que incide en la finalidad que se persiguió con la primera condición¹⁰⁷, la Sala considera que debe revocarse la primera condición impuesta a ISA mediante las Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC y 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 y 10 de enero de 2007, respectivamente.

III.4.2 La segunda condición impuesta a ISA

138. La segunda condición impuesta a ISA mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 fue establecida en los siguientes términos:

"De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas."

III.4.2.1 La finalidad perseguida por la segunda condición

139. De la revisión de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC se aprecia que la segunda condición fue impuesta con el objetivo de evitar que las empresas vinculadas a ISA adopten conductas estratégicas dirigidas a reducir el número de competidores en las licitaciones para la construcción o reforzamiento de líneas de transmisión. Ello favorecería a las empresas del Grupo ISA, pues estas no se verían obligadas a presentar su mejor oferta, limitándose a presentar una oferta ligeramente inferior a la de sus competidores.
140. Según la Comisión, dicha condición se impuso para incentivar que ISA participe en los procesos de licitación presentando su mejor oferta en primera convocatoria. Esto conllevaría a menores costos de construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, con una consecuente reducción en el costo y tarifas del servicio de electricidad, que finalmente redundaría en el bienestar de los consumidores.
141. En la referida resolución, la Comisión consideró que la participación elevada de ISA en el mercado de transmisión se encontraba controlada por la regulación en dicho mercado. Sin embargo, el poder de mercado que ostentaba por su elevada participación en el mercado de transmisión le generaría ventajas respecto de potenciales competidoras en el mercado de licitaciones. En particular, las ventajas estarían dadas por sus economías de escala que redundarían en menores costos de construcción o reforzamiento de líneas de

107

Ello toda vez que actualmente tanto el marco regulatorio vigente como el número de agentes participantes en el mercado han diluido el riesgo que ISA pueda adoptar decisiones unilateralmente al interior del COES.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002487

transmisión. De esta forma, se concluyó que el poder de mercado en transmisión sería trasladado hacia el mercado de licitaciones.

142. A decir de la primera instancia, esta ventaja disminuiría la probabilidad de que otros eventuales postores en las licitaciones pudieran ser los ganadores, por lo que la competencia efectiva se vería reducida. A ello se le sumaría que ISA tendría incentivos para llevar a cabo un comportamiento estratégico dirigido a que la primera convocatoria sea declarada desierta para que, en una segunda convocatoria y, con menos competidores aún, pueda realizar ofertas ligeramente inferiores a las presentadas por estos. De esta forma, los precios ofertados por ISA serían superiores a la mejor oferta que podría presentar considerando sus economías de escala¹⁰⁸, perjudicando con ello los precios finales de la energía, pues los mayores costos serían trasladados hasta el usuario final.
143. En tal sentido, de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC se desprende que la razón por la que la Comisión impuso tal condición respondería al hecho de evitar que, luego de que en una primera convocatoria se hayan eliminado algunos postores, ISA no realice su mejor oferta en una segunda convocatoria, sino que se limite a presentar una oferta ligeramente inferior a aquella del segundo mejor postor.

III.4.2.2 Supuestos considerados por la Comisión

144. Al momento de la imposición de la segunda condición por parte de la primera instancia aún no se habían realizado licitaciones para la construcción o ampliación de líneas de transmisión, en el marco de la Ley 28832, Ley para asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. En tal sentido, la Comisión tuvo que partir de supuestos respecto de este nuevo mercado de licitaciones para la construcción y/o ampliación de líneas de transmisión.
145. En particular, los supuestos en los que se basó la Comisión y que dieron lugar a su preocupación respecto de que la empresa solicitante pueda trasladar el poder de mercado de transmisión a las licitaciones fueron los siguientes: (i) ISA posee una ventaja sobre otros postores en las licitaciones derivada de su alta participación en el mercado de transmisión y economías de escala; (ii) ISA conocería las ofertas realizadas por los otros postores para limitarse a realizar una oferta ligeramente inferior a la mejor oferta del resto; y, (iii) existirá un número reducido de competidores en cada licitación, como consecuencia de la ventaja que los potenciales competidores conocen que ISA ostenta.

108

Cabe resaltar que las licitaciones consisten en presentar una oferta respecto del costo total (costo de inversión y costos de operación y mantenimiento) que será desembolsado por el Estado periódicamente. En tal sentido, la empresa que presente un menor costo total será la ganadora del proceso.

55/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002488

146. Una vez descrita la condición y los supuestos asociados a la misma, corresponde evaluar el tipo de condición impuesta para, posteriormente, evaluar si se han presentado los cambios de circunstancias alegados por ISA.

III.4.2.3 Respetto de la naturaleza de la condición impuesta por la Comisión

147. Tal como se detalló en la sección III.1.2, las condiciones de tipo estructural que impone una autoridad de competencia se encuentran relacionadas con la venta de activos por parte de alguna o algunas de las empresas que solicitaron la operación de concentración. Las condiciones de comportamiento, por su parte, restringen los derechos de propiedad o la libertad económica del grupo concentrado y, dada su naturaleza, son en general impuestas durante un periodo específico.
148. De acuerdo con la doctrina y experiencia comparada, es de esperar que este tipo de restricciones se encuentren sujetas a una limitación temporal, debido a que los mercados son dinámicos y no podría esperarse que el supuesto o situación que llevó a la imposición de una condición permanezca inamovible en el tiempo.
149. Así, por ejemplo, la Competition Commission (CC) del Reino Unido señala lo siguiente en sus lineamientos respecto de la limitación temporal en las condiciones de comportamiento¹⁰⁹:

*"Dado que las condiciones de comportamiento están diseñadas para tener efectos en el comportamiento en el negocio a lo largo del periodo en que estas son impuestas, la duración de estas medidas debe ser un aspecto a considerar. La CC podría especificar una duración determinada si las medidas están diseñadas para tener un efecto transitorio. En casos en que las medidas deban ser aplicadas mientras persista una reducción de competencia sustancial y, dado que tal periodo puede ser rara vez predicho durante la evaluación de la operación, la CC generalmente confiará en que las partes que requirieron la concentración soliciten la variación o cancelación de las medidas impuestas sustentado en un cambio significativo de circunstancias o, posiblemente, la CC recomendará que la OFT revise la necesidad de mantener las medidas luego de un periodo determinado. Sin embargo, la CC podría, adicionalmente, especificar una fecha lejana en que se aplicaría una 'cláusula de vencimiento' más allá de la cual las medidas se levantarían de manera definitiva. El periodo utilizado para definir tal fecha dependerá de las circunstancias del caso."*¹¹⁰ (Notas al pie omitidas)

¹⁰⁹ Competition Commission. "Merger Remedies: Competition Commission Guidelines". 2008. Pg. 26. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284415/cc8.pdf. Fecha de última visita: 01/07/14.

¹¹⁰ Traducción libre del siguiente texto: "As behavioural remedies are designed to have ongoing effects on business conduct throughout the period they are in force, the duration of these measures is a material consideration. The CC may specify a limited duration if measures are designed to have a transitional effect. Where measures need to apply as long as an SLC persists and as this period can rarely be predicted during the course of an inquiry, the CC will generally rely on the merged parties applying for variation or cancellation of the measures on the basis of a significant change of circumstances or possibly recommend that the OFT reviews the need for the measures after a given period. However, the CC may, in addition, specify a long-stop date in a 'sunset clause' beyond which the measures will definitely not apply. The period used for the long-stop date will depend on the circumstances of the case." (Notas al pie omitidas).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002489

150. Esta segunda condición impuesta por la Comisión representa una condición de comportamiento dado que restringe las libertades económicas del Grupo ISA al impedirle participar en la segunda convocatoria de una licitación cuya primera convocatoria haya sido declarada desierta.
151. Por la naturaleza de la condición impuesta, la Sala considera que existen posibilidades de que, luego de ocho años, las condiciones de mercado y las premisas de las que partió la primera instancia hayan podido cambiar, especialmente considerando que el mercado de licitaciones de nuevas líneas de transmisión pertenecientes al SGT aún no existía cuando se emitió la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.
152. Por ende, corresponde a continuación identificar si existieron cambios que afectaron los supuestos en los que se basó la Comisión para presumir un comportamiento estratégico por parte de ISA dirigido a trasladar su poder del mercado de transmisión al de licitaciones.

III.4.2.4 Las circunstancias sobrevinientes verificadas con posterioridad a la imposición de la segunda condición

153. Como se detalló previamente, existía incertidumbre respecto de cuál sería el comportamiento de las empresas y su interacción en el mercado de licitaciones al momento de imponer la condición. Asimismo, existieron cambios legislativos que influyeron en la dinámica que se observaría posteriormente en el mercado de licitaciones.
154. En relación con los cambios normativos, el 20 de enero de 2007 –fecha posterior a la Resolución de la Comisión– se modificó el artículo 22 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, disponiéndose que las licitaciones de transmisión puedan ser realizadas no solo por el MEM, sino también por PROINVERSIÓN, utilizando en este caso las normas propias de dicha entidad, conforme se detalla a continuación:

"Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión

(...)

22.2 Para las instalaciones comprendidas en el Sistema Garantizado de Transmisión se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

b) El Ministerio podrá conducir directamente o encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. Si son encargados, estos procesos de licitación se realizarán al amparo de las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para estos efectos (...)."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002490

155. Asimismo, el Reglamento de Transmisión, aprobado mediante Decreto Supremo 027-2007-EM, detalla en su artículo 20¹¹¹ que el MEM puede encargar a PROINVERSIÓN la realización de los procesos de licitación.
156. En particular, mediante Oficio N°489-2014-MEM-DGE, el MEM especificó que dicha entidad únicamente convoca licitaciones a través de su Comité de Inversión para proyectos de menor envergadura que involucran un monto inferior a los US\$ 20 millones, mientras que el resto de proyectos son encargados a PROINVERSIÓN¹¹².
157. Las licitaciones celebradas por PROINVERSIÓN son realizadas al amparo del Decreto Supremo 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley, que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, así como de su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 060-96-PCM.
158. En relación con el procedimiento para el otorgamiento de concesiones, el artículo 18 del Decreto Supremo 060-96-PCM¹¹³ prevé que las propuestas de los postulantes sean remitidas en sobre cerrado. Esta norma pretende evitar el riesgo de que los competidores puedan conocer las ofertas de los otros agentes económicos interesados sino hasta la apertura de los sobres.
159. La realización de licitaciones utilizando la modalidad de sobre cerrado –aspecto que no se conocía con certeza al momento en que la Comisión tomó su decisión–, representa un mecanismo que impide que se conozca la oferta del resto de postores antes de la adjudicación y, por ende, que se realice un comportamiento estratégico destinado a realizar una oferta ligeramente inferior a la del segundo mejor postor, tal como la primera instancia proyectó que ocurriría. Al respecto, Klemperer¹¹⁴ señala lo siguiente¹¹⁵:

"Un postor que posea ventaja probablemente ganará una subasta con sobre cerrado, pero debe realizar una única oferta final ante la incertidumbre respecto de las ofertas de sus rivales, y dado que desea obtener ganancias, su oferta con sobre cerrado no será la

¹¹¹ Ver nota al pie 18.

¹¹² Sin perjuicio de ello, se ha verificado que el MEM también ha realizado procesos en sobre cerrado cuando ha organizado licitaciones de menor envergadura.

¹¹³ Ver nota al pie 19.

¹¹⁴ KLEMPERER, Paul. "What really matters in auction design". Journal of Economic Perspectives. 2002. Pg. 179-180. Disponible en: <http://cramton.umd.edu/econ415/klemperer-what-really-matters-in-auction-design-jep-2002.pdf>. Fecha de última visita: 07/07/14.

¹¹⁵ Traducción libre del siguiente texto: "An advantaged bidder will probably win a sealed-bid auction, but it must make its single final offer in the face of uncertainty about its rivals' bids, and because it wants to get a bargain, its sealed-bid will not be the maximum it could be pushed to in an ascending auction. So "weaker" bidders have at least some chance of victory, even when they would surely lose an ascending auction (Vickrey, 1961, appendix III). It follows that potential entrants are likely to be more willing to enter a sealed-bid auction than an ascending auction."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002491

máxima que se vería obligado a ofrecer en una subasta ascendente. Por tanto, los postores "más débiles" tienen al menos alguna posibilidad de ganar, incluso cuando estarían seguros de perder una subasta ascendente. De esto se desprende que es más probable que los potenciales entrantes participen en una subasta con sobre cerrado que en una ascendente."

160. Únicamente si se realizara una subasta ascendente o subasta inglesa, en la cual se presenta un precio base y las ofertas van mejorando de manera abierta, resultando ganador aquel cuya oferta no puede ser superada, existe la probabilidad de mejorar ligeramente las ofertas del resto de postores. Esto sucede porque en este tipo de subastas, los competidores conocen las apuestas de sus rivales antes de tomar una decisión sobre su oferta final.
161. Por el contrario, debido a que la modalidad del sobre cerrado impide que cada postor pueda saber la valoración de sus competidores, ello incentivaría el ingreso de un mayor número de competidores.
162. Al respecto, este Colegiado considera que la Comisión impuso la condición debido a que no se conocía con certeza la modalidad bajo la cual se llevarían a cabo las licitaciones. Por ende, ante un escenario incierto en el mercado de licitaciones, resultó válida la imposición de la condición.
163. Sin embargo, el hecho de que las licitaciones finalmente se hayan realizado bajo la modalidad de sobre cerrado, tal como lo predice la teoría de subastas, ha incentivado el ingreso de un mayor número de competidores. Así, por ejemplo, se ha identificado que han existido otros postores además de ISA en todos los procesos de licitación llevados a cabo hasta junio de 2014 y que existieron casos en los que otras empresas obtuvieron la Buena Pro por montos significativamente mejores a las ofertas realizadas por ISA, tal como se detalla en el cuadro a continuación.

(Ver Cuadro N° 5 en la siguiente página)

59/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

193V



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002492

Cuadro N° 5
Detalle de licitaciones adjudicadas por PROINVERSIÓN 2008- 2014¹¹⁶

Año	Proyecto	Longitud (km)	Competidores	Costo de Servicio Total (US\$)
2008	LT. Carhuamayo - Paragsha - Conococha - Huallanca - Cajamarca - Cerro Corona - Carhuaquero 220 kV	696.6	Abengoa (Abengoa Transmisión Norte) Isonor Transmisora S.A.C. Terna Participacoes S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Consorcio Transmisión del Norte	17,971,691 20,739,278 21,660,135 23,075,306 33,883,670
2008	LT. Mantaro - Caravelí - Montalvo 500 kV y Machu Picchu - Cotaruse 220 kV*	965.8	Isonor Transmisora S.A.C. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Terna Participacoes S.A.	29,487,993 29,894,418 35,999,000 43,163,000
2008	Chilca - La Planicie - Zapallal 500kV y 220kV	190	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Isonor Transmisora S.A.C. Consorcio Transmisión del Centro	9,994,834 11,995,000 13,777,000 N.P.
2009	LT. Zapallal - Trujillo 500 kV	543	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Transcobel José Cartellone Construcciones Civiles S.A. - Benito Roggio e hijos S.A. - Isolux Corsán Concesiones S.A. Kepco	25,819,063 32,449,168 32,748,413 N.P. N.P.
2010	LT. Chilca - Marcona - Montalvo 500 kV	900.5	ASA (Abengoa Transmisión Sur) Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Transcobel Korean Electric Power Corporation - KEPSCO Alupar	48,195,000 53,179,562 N.P. N.P. N.P.
2010	LT. Talara - Piura 220 kV	103.2	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. ASA Iberoamérica Eletrabras SNC - Lavalin Ingenieros S.A.	2,276,579 N.P. N.P. N.P. N.P.
2010	LT. Tintaya - Socabaya 220 kV y subestaciones asociadas	207.5	Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA ASA Iberoamérica Eletrabras SNC - Lavalin Ingenieros S.A.	6,694,011 8,365,298 11,495,000 N.P. N.P.
2010	Reforzamiento del sistema norte con segundo circuito de transmisión 220 kV entre Talara y Piura	102.1	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA	2,276,579
2010	LT. Machu Picchu - Abancay - Cotaruse 220 kV	204	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Alupar Abengoa Isonor Transmisora S.A.C. Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A.	9,754,533 12,694,988 14,084,999 N.P. N.P.
2011	LT. Trujillo - Chiclayo 500 kV	328**	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Alupar Invertemento	15,757,119 18,231,209 N.P.
2011	LT. Cajamarca Norte - Cáclic - Moyobamba en 220 Kv	303.5	Alupar Invertemento Abengoa Perú Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Cobra Instalaciones y Servicios S.A.	N.P. N.P. N.P. N.P. N.P.

116

A junio de 2014.

60/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1932

**PERÚ****Presidencia
del Consejo de Ministros****INDECOPI****TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**
Sala de Defensa de la Competencia**RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI****EXPEDIENTE 005-2006/CLC****002493**

Año	Proyecto	Longitud (km)	Competidores	Costo de Servicio Total (US\$)
2012	L.T. Carhuaquero - Cajamarca Norte - Cádlic - Moyobamba 220 kV	401.5	Cobra Instalaciones y Servicios S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Perú Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	16,161,464 18,842,514 22,870,000 N.P.
2013	L.T. Machupicchu - Quencoro - Onocora - Tintaya y Subestaciones Asociadas 220 kV	355.8	Abengoa Perú S.A. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. Cobra Instalaciones y Servicios S.A. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U.	16,684,999 16,968,068 19,307,625 N.P. N.P.
2013	L.T. Mantaro - Marcona - Socabaya - Montalvo 500 kV	900	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA ASA Iberoamérica S.A. (Grupo Abengoa) Consorcio REN - Mota Engil - E.I.P. S.A. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U. Consorcio REI - AC Capitales SAFI S.A. Isolux Energia e Participacoes S.A.	41,516,466 45,990,000 58,600,600 N.P. N.P. N.P.
2014	L.T. La Planicie - Industriales 220 kV	16.6	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA Abengoa Perú S.A. Luz del Sur S.A.A. Cobra Instalaciones y Servicios S.A. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U. Alupar Invertemento	5,449,792 6,050,000 6,081,603 N.P. N.P. N.P.
2014	L.T. Moyobamba - Iquitos 220 kV	636.2	Consorcio Isolux Transmisora Peruana Abengoa Perú S.A. Terna Plus S.R.L. Celeo Concesiones e Inversiones S.L.U. Cobra Instalaciones y Servicios S.A. Consorcio Transmisión Iquitos (Alupar Invertemento S.A. - Graña y Montero S.A.A.)	74,664,051 86,717,508 N.P. N.P. N.P. N.P.

* El proyecto se encuentra paralizado dado que la empresa no habría cumplido con los plazos estipulados en el contrato para la puesta en operación. La empresa concesionaria ha recurrido a arbitraje internacional.

** Incluye las subestaciones Trujillo y La Niña

Fuente: Proinversión

Elaboración: ST-SDC

164. En concordancia con la teoría de subastas, se concluye que la posibilidad de llevar a cabo un comportamiento estratégico que tenga por objeto reducir el número de competidores resulta menos probable si las licitaciones se realizan bajo un esquema de sobre cerrado.

165. Por su parte, la Comisión, mediante Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI, indicó que dada la alta participación de ISA en el mercado de transmisión, se mantendría su preocupación de que las empresas del grupo económico pudieran llevar a cabo un comportamiento estratégico dirigido a desalentar el ingreso de nuevas empresas. En particular, citó bibliografía¹¹⁷ en la

¹¹⁷

En particular, citó los siguientes textos:

- DIXIT, Avinash. The role of investment in entry-deterrence. The Economic Journal. Vol. 90, N 357. 1980. p. 95-106.
- CABRAL, Luis y ROSS, Thomas. Are sunk costs a barrier to entry. Journal of Economics and Management. Vol. 17, N 1. 2008. p. 97-112.
- ARPING, Stefan y DIAW, Khaled. Sunk costs, entry deterrence, and financial constraints. International Journal of Industrial Organization. Vol. 26. 2007. p. 490-501.

61/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1933



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002494

cual se señalaría que la empresa incumbente o establecida (en este caso representada por las empresas del Grupo ISA) podría ejercer un comportamiento estratégico dirigido a impedir el ingreso de nuevos competidores al mercado.

166. De la revisión de la bibliografía citada por la Comisión, se ha encontrado que los autores no son concluyentes en relación con que la empresa incumbente hará uso de un comportamiento estratégico que impida el ingreso de nuevos competidores. Así, por ejemplo, de acuerdo con lo indicado por Arping y Diaw, el efecto de los costos hundidos sobre la posibilidad de que el incumbente impida el ingreso de competidores es incierto¹¹⁸:

*"El resultado final de los costos hundidos sobre la habilidad del incumbente de bloquear el ingreso podría resultar no monótona: un incremento inicial del nivel en que los costos de inversión son costos hundidos podría ayudar a impedir el ingreso; sin embargo, un mayor nivel de costos hundidos podría dar lugar al ingreso (de competidores en dicho mercado)."*¹¹⁹

167. Específicamente, de acuerdo con el modelo planteado por Arping y Diaw, el uso de un comportamiento estratégico para bloquear el ingreso de un competidor dependerá de qué proporción de sus activos representen costos hundidos, posibilidades de financiamiento del entrante, entre otros factores.

168. Más aún, de acuerdo con Klemperer¹²⁰, ante la existencia de subastas, el uso del comportamiento estratégico que pueda bloquear el ingreso dependerá del diseño de la subasta. Específicamente, el autor señala lo siguiente respecto de la existencia del sobre cerrado:

*"...dado que la entrada a una subasta (abierta) ascendente puede ser bloqueada incluso por una pequeña desventaja, el bloqueo de la entrada y las estrategias predatorias de reducir los costos propios o elevar los costos de los rivales o realizar amenazas, pueden ser mucho más rentables que en una subasta de sobre cerrado o en un mercado 'ordinario'."*¹²¹

169. Por todo lo expuesto, a criterio de la Sala, se ha corroborado que el uso del mecanismo de sobre cerrado ha dado lugar a que ingrese un mayor número de

¹¹⁸ ARPING y DIAW (2007). Op. Cit.

¹¹⁹ Traducción libre del siguiente texto: "The overall effect of sunk costs on the incumbent's ability to deter entry may then turn out to be non-monotonic: an initial increase in the degree to which investment costs are sunk may help to deter entry, but a further increase may give rise to more entry."

¹²⁰ KLEMPERER, Paul. "Bidding markets". Competition Commission. Junio 2005. Pg. 15. Disponible en: <http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klemperer/biddingmarkets.pdf>. Fecha de última visita: 06/06/14).

¹²¹ Traducción libre del siguiente texto: "...since entry into an ascending auction can be deterred by even a small disadvantage, entry deterring and predatory strategies of reducing one's own costs, or raising rivals' costs, or making threatening statements, can all be far more profitable than in a sealed-bid auction, or in an 'ordinary' economic market."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002495

competidores en las licitaciones y ello reduce la probabilidad de que ISA lleve a cabo un comportamiento estratégico como el asumido por la Comisión.

170. Sin perjuicio de ello, y tal como fue mencionado por ISA, la predictibilidad de las remuneraciones a los titulares de las líneas de transmisión que forman parte del SGT –que tuvo lugar a partir de la Ley 28832¹²²– ha sido otro factor que ha incentivado el ingreso de nuevos postores interesados en las licitaciones para la construcción o ampliación de las líneas de transmisión y que no podía conocerse con certeza al momento en que la Comisión emitió su opinión, dado que aún no se realizaban las licitaciones bajo este nuevo marco normativo.
171. Al margen de que se ha encontrado que, efectivamente, ha existido un cambio de circunstancias respecto de la situación inicial de mercado que motivó a la Comisión a imponer la condición, se considera pertinente evaluar si en la actualidad las economías de escala que posee ISA en el mercado de transmisión impedirían que otros postores pudieran mejorar su oferta en el mercado de licitaciones.

- **Economías de escala en el mercado de transmisión**

172. De acuerdo con la Comisión, las economías de escala de las que gozaría ISA le permitirían encontrarse en ventaja respecto del resto de competidores al enfrentar menores costos. En particular, la primera instancia indicó que, dado que los costos fijos asociados a la transmisión se repartirían entre más unidades producidas, los costos unitarios se reducirían¹²³.
173. Según lo señalado en la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, los ahorros en costos que se derivarían de la concentración serían aquellos asociados con lo siguiente: compras por volumen, adquisición de repuestos, equipos de prueba, herramientas especializadas, entre otros.
174. Si bien las economías de escala podrían representar cierta ventaja para ISA al compartir costos fijos, no se ha identificado que la primera instancia haya determinado que tales costos le otorgarían a ISA una ventaja que difícilmente podría ser superada por sus potenciales competidores.

122

LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA

Artículo 25.- Componentes de inversión, operación y mantenimiento de la Base Tarifaria

25.1 Los componentes de inversión, operación y mantenimiento de la Base Tarifaria, dentro del periodo de recuperación, son iguales a:

- a) Los valores que resulten del proceso de licitación pública, para el caso de las instalaciones que se liciten, actualizados con sus respectivos índices conforme el procedimiento que se establece en el Reglamento.
(...)

123

Ver nota al pie 14 de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.

63/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1935



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002496

175. La Comisión asumió que el único factor en que se podrían diferenciar las empresas sería en las economías de escala de las que cada una gozaba, en tanto indicó lo siguiente:

"81. El incremento de participación de ISA y la obtención de economías a escala en transmisión, disminuye la posibilidad de realizar ofertas ganadoras por parte de los potenciales entrantes, lo que reduce la competencia real por obtener el mercado (entendido como la construcción y/o ampliación de líneas de transmisión)."

176. Ello fue ratificado por la Comisión dentro del presente procedimiento, pues manifestó que dado que aún se mantiene un alto nivel de concentración no debería eliminarse la segunda condición.
177. A partir de ello, la Sala ha identificado que la primera instancia ha partido de las siguientes premisas para concluir que la segunda condición debe mantenerse: (i) la segunda condición únicamente debería levantarse si la participación del Grupo ISA se reduce o, en otras palabras, si se regresa a una situación similar a la que se encontraba el mercado de transmisión antes de aprobar la operación de concentración; y, (ii) difícilmente existirían otros factores de competencia por el mercado, tales como el costo de capital, que podrían generar que los competidores de ISA tengan alguna ventaja que pudiera superar aquellas que posee ISA por sus economías de escala en el mercado de transmisión.
178. Respecto del primer punto, la Sala estima que no se debe considerar si las participaciones se redujeron a niveles previos a la operación de concentración, sino que el análisis debe centrarse en si dada la situación del mercado al momento de la evaluación de la solicitud de revocación, se mantiene o no la preocupación que motivó su imposición.
179. Respecto del segundo punto, la Comisión parte de la premisa de que las empresas que compiten con ISA serían muy parecidas. En particular, la única diferencia que existiría entre ellas sería el hecho de que ISA ostenta economías de escala en el mercado de transmisión que le generarían ventajas en las licitaciones para la construcción o reforzamiento de líneas de transmisión. Ello se desprende de la afirmación de la primera instancia de que ISA tendría incentivos para hacerse del íntegro de los beneficios derivados de la obtención de economías de escala¹²⁴, lo cual únicamente podría ocurrir si sus competidores no tuvieran alguna ventaja asociada con otros factores que les permitieran competir de manera efectiva con ISA.

124

Ver párrafo 78 de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.

64/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1936



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002497

180. De acuerdo con lo señalado por ISA como respuesta a un requerimiento de información¹²⁵, son diferentes las variables que se toman en consideración al momento de presentar una oferta en una licitación de este tipo, tales como los riesgos vinculados al diseño del proyecto asociados al plazo de construcción, el valor de referencia, entre otros. Además de estos aspectos propiamente asociados al diseño y condiciones de la licitación, también existen aspectos propios de la empresa como el esquema de financiamiento de la empresa (costo de capital propio, costo de deuda o proporción deuda-capital propio).
181. En otras palabras, los potenciales postores deben tener en consideración los ingresos que recibirían del Estado periódicamente para compensar tanto los costos de inversión como de operación y mantenimiento. Asimismo, deben estimar los costos del proyecto cuyas características requeridas se encuentran en las Bases, a los cuales deben sumarle algunas contingencias que podrían elevar los referidos costos. De otro lado, dado que la inversión se realizará en un periodo inicial, mientras que tanto las retribuciones como los costos de operación y mantenimiento tendrán lugar durante el periodo de operación de las líneas de transmisión, debe considerarse la tasa o porcentaje al que se descontarán los flujos futuros¹²⁶.
182. Por estas consideraciones mínimas que debe tener en cuenta un potencial postor para este caso en particular, la Sala considera que es posible que las ventajas que ISA ostenta por sus economías de escala sean superadas –tal como ha ocurrido en la práctica– por otro tipo de ventajas que posean otros postores. Estas estarían asociadas, por ejemplo, con un mejor esquema de financiamiento. Este hecho explicaría las diferencias entre la oferta de ISA y la oferta del ganador de algunas de las licitaciones, cuyos resultados se detallan en el Cuadro N° 5.

III.4.2.5 Consecuencias potenciales de mantener la segunda condición

183. A continuación, corresponde evaluar qué ocurriría si se mantuviera la segunda condición, considerando que ha existido un cambio de circunstancias desde que la Comisión adoptó su decisión.
184. Dado que los mercados son dinámicos, tanto la doctrina como la jurisprudencia sugieren que las condiciones de comportamiento deben encontrarse sujetas a una limitación temporal. En particular, de acuerdo con Heyer¹²⁷, debe realizarse

¹²⁵ Ver escrito 3 presentado por ISA el 16 de diciembre de 2013.

¹²⁶ La tasa a la que se descuenten los flujos del proyecto depende de las posibilidades de financiamiento de cada empresa lo cual depende, a su vez, de la proporción de capital propio y de recursos obtenidos de terceros, así como los costos asociados a ambos tipos de financiamiento.

¹²⁷ HEYER, Ken. "Optimal Remedies for Anticompetitive Mergers". Antitrust, Vol. 26 N 2. 2012. Disponible en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_magazine/spring_2012_heyer_authcheckdam.pdf.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002498

una revisión periódica de las condiciones de comportamiento, pues si estas se mantienen ante un cambio de condiciones, ello podría generar incluso un perjuicio sobre los consumidores:

"...los remedios de comportamiento deberían durar únicamente mientras sea necesariamente razonable prevenir el daño temido. La situación de los mercados no es estática, y es probable que la demanda y las condiciones de costos cambien a lo largo del tiempo. En dichas circunstancias, incluso una medida que era óptima al momento en que esta fue impuesta podría convertirse en una condición que ya no tenga sentido económico, convirtiéndose eventualmente en dañina no solo para la propia empresa, sino también para los consumidores."¹²⁸ (Subrayado añadido)

185. En el caso materia de evaluación, el mantener la segunda condición podría representar un perjuicio no solo para ISA asociado al trato diferenciado que se ejercería sobre esta empresa respecto del resto de postores, sino que también podría generar un perjuicio sobre los consumidores al impedir su participación en una segunda convocatoria. Ciertamente, bajo el supuesto de que el precio de referencia determinado por PROINVERSIÓN no sea suficiente para que alguna empresa realice una propuesta, surgiría la necesidad de realizar una segunda convocatoria, en la cual ISA se vería impedida participar, por lo que las ofertas de los demás postores podrían ser menos agresivas y, consecuentemente, los costos de transmisión y tarifas de energía se elevarían, perjudicando a los consumidores finales.
186. Por el contrario, incluso si ISA se encontrara habilitada de participar en una segunda convocatoria, la Sala estima que dicha empresa no se arriesgaría a dejar de participar en una primera convocatoria, toda vez que ello implicaría un alto riesgo de perder la licitación debido a la existencia de otros postores que podrían realizar ofertas competitivas en una primera convocatoria¹²⁹. Por ende, tendría los incentivos para presentar su mejor oferta en dicha convocatoria.
187. Dado que, por un lado, la Sala considera que ha existido un cambio de circunstancias y que, por otro lado, de mantener la segunda condición existiría un riesgo de afectar la dinámica competitiva en el mercado de licitaciones para la construcción o reforzamiento de líneas de transmisión, corresponde a continuación evaluar si existirían daños a terceros derivados del levantamiento de la segunda condición.

Fecha de última visita: 15/05/14.

¹²⁸ Traducción libre del siguiente texto: "...behavioral remedies should have a term that is only as long as seems reasonably necessary to prevent the feared harm. Market environments are not static, and demand and cost conditions are likely to be changing over time. In such circumstances even a remedy that was optimal at the time it was imposed may turn into one that no longer makes economic sense, eventually becoming harmful not only to the firm, but to consumers."

¹²⁹ Este punto será abordado con mayor detalle en la siguiente sección, al tratarse de una preocupación señalada por una de las entidades consultadas, el OSINERGMIN.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002499

III.4.2.6 Evaluación de la existencia de daños a terceros como consecuencia del levantamiento de la segunda condición

188. Al momento de analizar la pertinencia de revocar las condiciones impuestas a ISA, debe evaluarse si con ello se producen o no daños a otros administrados, a terceros, o al mercado en general. Para cumplir con tal finalidad, la Sala dispuso que se requiera la opinión técnica de las entidades que participaron en el procedimiento mediante el cual se autorizó la operación de concentración propuesta por ISA.
189. A continuación, se detallará la opinión respecto de la segunda condición de cada una de las entidades consultadas. En primer lugar, la primera instancia manifestó lo siguiente:

"De la información analizada se evidencia que el mercado de transmisión eléctrica no ha variado sustancialmente toda vez que continúa siendo altamente concentrado y el grupo ISA aún mantiene una participación de mercado superior al 75%.

(...)

...esta Secretaría Técnica considera que no se ha producido un cambio significativo en las condiciones de mercado que justifique el levantamiento de la segunda condición establecida por la Resolución 081-2006/INDECOPI-CLC.

En efecto, ISA aún mantiene una participación de mercado importante y tendría incentivos para hacerse del íntegro (sic) de los beneficios derivados de la obtención de economías de escala en la actividad de transmisión, lo que podría afectar la competencia por el mercado de construcción y/o ampliación de redes eléctricas, y reduciría los potenciales beneficios que los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica podrían obtener de las ampliaciones y/o construcción de los sistemas de transmisión."

190. En similar sentido, la Defensoría indicó que dado que la participación del Grupo ISA era mayoritaria tal como al momento en que la Comisión impuso la condición, esta debería mantenerse.
191. A criterio de la Sala, el hecho de considerar la variación de la participación de ISA como el único factor que representaría un cambio de circunstancias, sería pretender que la estructura de mercado sea similar a la existente antes de la operación de concentración. En particular, la única forma en que se podría eliminar la condición, de acuerdo con la Defensoría y la Comisión, sería que ISA ostente una participación similar a la que poseía al momento en que solicitó la autorización de la concentración, sin contemplar que las condiciones en el mercado pudieron haber cambiado como, de acuerdo con lo expuesto hasta el momento, habría ocurrido. Más aún, si la condición impuesta no recae sobre el mercado en el cual la estructura de mercado se mantiene, es decir, el mercado de transmisión.
192. Así, respecto de la segunda condición, corresponde evaluar si la preocupación que motivó la imposición de dicha condición persiste. Como fue mencionado



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002500

previamente, la preocupación de un reducido número de participantes en las licitaciones y su incapacidad para hacer frente a ISA, así como el comportamiento estratégico de esta última para declarar desierta la primera convocatoria, se ha diluido debido a un esquema de licitaciones con sobre cerrado, tal como lo predice la teoría económica y se ha demostrado en este caso en la práctica.

193. A su vez, el MEM, entidad encargada de aprobar el Plan de Transmisión y de encargar u organizar por cuenta propia los procesos de licitación, indicó lo siguiente respecto de un eventual levantamiento de la segunda condición:

"Con relación a la segunda condición, para licitaciones de proyectos SGT el grupo ISA no ejercería una presencia destacada frente al resto de postores; sin embargo, para el desarrollo de sistemas complementarios y/o secundarios, el grupo ISA sí podría tener ventajas por economías de escala, debido a que cuentan aproximadamente con el 65% del tendido de líneas de transmisión, por lo que estimamos que dicha condición debería mantenerse."

194. Por un lado, el MEM manifestó que no existirían problemas en las licitaciones de proyectos SGT; sin embargo, por otro lado, identificó que las economías de escala podrían generar ventajas en la construcción de líneas de transmisión que pertenezcan al SCT.
195. Corresponde precisar que, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 28832¹³⁰, el SCT está conformado por las instalaciones que forman parte del Plan de Transmisión y cuya construcción es iniciativa de uno o varios agentes, así como aquellas líneas de transmisión que no forman parte del referido Plan.
196. Sin embargo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 22 de la Ley 28832¹³¹ y el artículo 20 del Reglamento de Transmisión (Decreto Supremo 027-2007-EM)¹³², se licitarán aquellas instalaciones que se incluyan dentro del Plan de Transmisión y que conformen el SGT. Por ende, aquellas líneas de transmisión que conformen el SCT se licitan solo en caso estas formen parte del Plan de Transmisión y bajo determinadas circunstancias estipuladas en el artículo 3.6 del Reglamento de Transmisión¹³³.

¹³⁰ Ver nota al pie 88.

¹³¹ LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA
Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión
22.1 El Sistema Garantizado de Transmisión está conformado por las instalaciones del Plan de Transmisión cuya concesión y construcción sean resultado de un proceso de licitación pública. (...)

¹³² Ver nota al pie 73.

¹³³ DECRETO SUPREMO 027-2007-EM (MODIFICADO POR DECRETO SUPREMO N° 010-2009-EM DEL 6 DE FEBRERO DE 2009). REGLAMENTO DE TRANSMISIÓN.
Artículo 3.- Instalaciones que conforman el Sistema Complementario de Transmisión.
(...)
3.6. Conforme al Decreto Legislativo N° 1012, el Ministerio o PROINVERSIÓN podrá conducir los procesos de licitación

1940



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002501

197. Al margen de que las licitaciones que conforman el SCT se realizan solo bajo situaciones excepcionales, el MEM no indicó las razones por las que ISA ostentaría ventajas que no podrían ser superadas por otros postores y/o los motivos por los que no existiría competencia en este segmento de las licitaciones. En particular, se ha identificado que en la licitación de la Línea de Transmisión La Planicie – Industriales 220 kV, que pertenece al SCT y cuya adjudicación se llevó a cabo en mayo de 2014, si bien ISA obtuvo la Buena Pro, existieron 5 postores además de ISA que pasaron la etapa de precalificación y 2 de ellos presentaron ofertas¹³⁴.

198. En relación con el OSINERGMIN, esta entidad reconoció que el hecho de que ISA presente un comportamiento oportunista asociado a no participar en una primera convocatoria para que las condiciones sean mejoradas en una segunda convocatoria, dependería tanto de las condiciones de la licitación como de los postores potenciales en la primera convocatoria. En particular, indicó lo siguiente:

"ISA podría evitar presentar su propuesta económica en la primera convocatoria si no existe competencia potencial o si espera que el resto de empresas no compitan activamente con el objetivo de mejorar sus condiciones económicas en la segunda convocatoria."

199. Tal como se ha sustentado previamente, el hecho de que los concesionarios de las líneas de transmisión puedan proyectar de manera predecible las retribuciones por la construcción, operación, y mantenimiento de las líneas de transmisión, así como la utilización de un esquema de sobre cerrado, han facilitado el ingreso de postores que en algunos casos han superado las ofertas de ISA, diluyendo así la preocupación de un eventual comportamiento oportunista. En otras palabras, el supuesto bajo el cual existiría una preocupación por parte del OSINERGMIN no ha ocurrido en la práctica.

200. A criterio de la Sala, ISA no se arriesgaría a dejar de participar en una primera convocatoria de tener conocimiento de que existen otros postores precalificados, pues incluso aunque estos aún no posean participación en el mercado de transmisión, se encuentran en capacidad de realizar ofertas competitivas, tal como ha ocurrido en los procesos de licitación llevados a cabo por PROINVERSIÓN hasta junio de 2014.

para la ejecución y operación de las instalaciones del Sistema Complementario de Transmisión, que sean de uso exclusivo de la demanda, que no estén comprendidos el Plan de Transmisión ni en los numerales 3.1, 3.2 y 3.3 anteriores y que hayan sido priorizados por el Ministerio, tomando como referencia, entre otros, los estudios elaborados para el Plan de Inversiones o el Plan de Transmisión. Se deberá contar con opinión previa del OSINERGMIN y COES sobre la necesidad de estas instalaciones.

134

Para mayor detalle respecto de los participantes y sus ofertas, ver Cuadro N° 5.

69/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1941



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002502

201. De otro lado, el OSINERGMIN manifestó adicionalmente una preocupación asociada a una eventual colusión. En particular, señaló lo siguiente:

"...el levantamiento de la Segunda Condición podría tener efectos en las licitaciones y en las decisiones de inversión en el sector. ISA podría evitar presentar su propuesta económica en la primera convocatoria si no existe competencia potencial o si espera que el resto de empresas no compitan activamente con el objetivo de mejorar sus condiciones económicas en la segunda convocatoria.

Al respecto, se debe considerar que los procesos de licitación realizados por PROINVERSIÓN y el MINEM, Abengoa e ISA representaron el 76.9% de longitud de líneas de transmisión adjudicadas y el 74.2% del monto adjudicado acumulado en el periodo de 2009 a junio de 2013...

El levantamiento de la Segunda Condición podría incentivar la realización de prácticas colusorias horizontales por parte de los dos grupos económicos más importantes, ISA y Abengoa, con el objetivo de que los procesos de licitación se declaren desiertos en la primera convocatoria e incrementar el precio referencial en la segunda convocatoria. La estrategia colusoria sería beneficiosa para los grupos en el caso que interactúen repetitivamente de forma tal que se repartan las licitaciones. Dicho escenario es probable debido a la alta concentración de las licitaciones por parte de ISA y Abengoa."

202. Al respecto, la Sala considera que, sin perjuicio de que esta no haya sido una preocupación de la Comisión al momento de imponer las condiciones, se ha identificado que bajo el actual esquema de licitaciones con sobre cerrado no se configura un escenario que facilite la colusión. Ello debido al diseño de las licitaciones y a las características del mercado en sí mismo.

203. En cuanto al diseño de las licitaciones, la modalidad de sobre cerrado reduce la probabilidad de colusión, pues se trata de lo que en teoría de juegos se denomina juego simultáneo, en el cual todos los participantes conocen las ofertas de los demás competidores al mismo tiempo, dificultando así el monitoreo de un eventual acuerdo, contrariamente a lo que sucede en una subasta abierta. Sobre el particular, Klein señala lo siguiente¹³⁵:

*"El sobre cerrado a primer precio podría ofrecer un poco más de protección contra una colusión entre postores que las subastas abiertas. Por ejemplo, en caso exista un acuerdo entre algunos de los postores, bajo un esquema de subasta abierta, estos pueden ver si alguno de los miembros del cartel se desvía del acuerdo y realiza ofertas más agresivas de las acordadas. Los otros miembros del cartel pueden reaccionar inmediatamente realizando ofertas aún más agresivas. La preocupación por este tipo de castigo fortalece la disciplina dentro del cartel."*¹³⁶

¹³⁵ KLEIN, Michael. "Designing auctions for concessions – guessing the right value to bid and the winner's curse". Public Policy for the Private Sector. Banco Mundial. Nota N° 160. Noviembre 1998. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/282884-1303327122200/160klein.pdf>. Fecha de última visita: 02/07/2014.

¹³⁶ Traducción libre del siguiente texto: "First-price sealed bid auctions may offer a little better protection against collusion by bidders than open auctions. Suppose there is a bidding cartel among some of the bidders. In an open auction they can see when one of them breaks ranks and bids more aggressively than agreed. Other members of the cartel can immediately retaliate by also bidding more aggressively. Fear of such retaliation strengthens discipline in the cartel."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002503

204. Asimismo, las características propias del mercado dificultan la formación de un acuerdo colusorio¹³⁷. En primer lugar, los postores conforman grupos económicos heterogéneos, tales como ISA y Abengoa, cuyo nivel de inversiones e ingresos tanto en el Perú como en el extranjero varía significativamente. Si bien ambos grupos económicos poseen importantes inversiones en energía, los costos asociados a la construcción de una misma línea de transmisión no serán los mismos para estas dos empresas, puesto que cuentan con diferentes costos de capital, diferente estructura de deuda-capital, entre otros.
205. Por un lado, Abengoa posee más de 70 años de experiencia en los sectores de energía y saneamiento. Asimismo, tiene presencia en 17 países, en los que posee activos tales como líneas de transmisión, cogeneración de energía, plantas de energía solar, plantas desalinizadoras, entre otros, alcanzando en el 2013 una facturación total ascendente a € 7,356 millones¹³⁸.
206. El Grupo ISA, por su parte, tiene presencia en 8 países en Sudamérica y Centroamérica y posee negocios de transporte de energía eléctrica, transporte de telecomunicaciones, concesiones viales y gestión inteligente de sistemas de tiempo real. En el año 2012, obtuvo ingresos ascendentes a US\$ 2,400 millones¹³⁹.
207. Al margen de que Abengoa e ISA sean empresas heterogéneas en cuanto a su facturación, estructura de capital, giros de negocio y presencia mundial, entre otros, existe un segundo factor que dificulta que estos dos grupos económicos puedan ser parte de un acuerdo colusorio: la competencia potencial y efectiva que enfrentan por parte de otros grupos económicos.
208. De acuerdo con Motta¹⁴⁰ –al referirse a las características de un mercado que facilitan los acuerdos entre competidores–, mientras más bajas sean las barreras de entrada a un mercado, será menos probable que se sostenga un acuerdo. Es decir, si existiera un mercado contestable, en el cual fuera posible el ingreso de nuevos competidores, la amenaza del ingreso reduciría la probabilidad del acuerdo.
209. En este caso, si bien Abengoa e ISA podrían coludirse, por ejemplo, para que una primera convocatoria sea declarada desierta con el objetivo de elevar el

¹³⁷ Para una revisión de las características de un mercado que facilitarían la colusión en un mercado, ver por ejemplo: MOTTA, Massimo. "Competition Policy. Theory and Practice". Cambridge University Press. New York, 2004.

¹³⁸ De acuerdo con información disponible en su página web: <http://www.abengoa.com/>. Fecha de última visita: 21/04/14.

¹³⁹ De acuerdo con información disponible en su página web: <http://www.rep.com.pe/Quienes%20Somos/Grupo%20Empresarial.aspx>. Fecha de última visita: 21/04/2014.

¹⁴⁰ MOTTA, Massimo (2004). Op. Cit.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002504

precio de referencia en una segunda, la probabilidad de que esto suceda se reduce por la existencia de terceras empresas que han participado activamente en los procesos de licitación y que representan una amenaza para un eventual acuerdo colusorio entre estas dos empresas.

210. En efecto, ISA y Abengoa correrían el riesgo de que existieran otros postores en una primera convocatoria con capacidad de realizar ofertas competitivas, imposibilitando así la realización de una segunda convocatoria. En particular, se ha identificado que en 14 de las 15 licitaciones llevadas a cabo desde el 2008¹⁴¹ (ver Cuadro N° 5) participaron otros postores además de ISA y Abengoa y en 11 de estas 15 licitaciones existieron postores además de ISA y Abengoa que presentaron una propuesta económica. Ello reduce significativamente los incentivos a coludir.
211. Asimismo, además de Abengoa, otras empresas que han participado en los procesos de licitación pertenecen a importantes grupos económicos con amplia experiencia en el sector. Tal es el caso de Cobra Instalaciones y Servicios S.A., quien obtuvo en 2012 la Buena Pro para la construcción de la línea de transmisión Carhuaquero – Cajamarca Norte – Cállic – Moyobamba y que pertenece al Grupo Cobra. Este grupo económico tiene presencia en 45 países y posee negocios relacionados con líneas de transmisión; redes de distribución de electricidad, gas, agua, ferrocarril y comunicaciones; gestión integral de hidrocarburos; entre otros. Adicionalmente, cuenta con presencia en otras áreas tales como energías renovables y medioambiente, e ingeniería industrial y plantas, con una facturación total de más de € 4,000 millones en el año 2012¹⁴².
212. Del mismo modo, el consorcio conformado por Isolux Ingeniería S.A. e Isolux de México S.A. de C.V., quien recientemente¹⁴³ obtuvo la Buena Pro para la construcción de la línea de transmisión Moyobamba-Iquitos, pertenece al Grupo Isolux Corsán. Dicho grupo posee experiencia en concesiones, energía, construcción y servicios industriales. Del mismo modo, tiene presencia en 40 países en cuatro continentes y posee una cartera de negocios acumulada de más de € 49, 000 millones, así como una facturación de € 3,202 millones en 2013¹⁴⁴.

¹⁴¹ No se toma en cuenta el proyecto L.T. Cajamarca Norte - Cállic - Moyobamba en 220 Kv, puesto que este fue declarado desierto y se convocó a un nuevo concurso.

¹⁴² De acuerdo con la información detallada en su página web: <http://www.grupocobra.com/business/>. Fecha de última visita: 21/04/2014.

¹⁴³ El acto de adjudicación tuvo lugar el 5 de junio de 2014.

¹⁴⁴ De acuerdo con información disponible en su página web: <http://www.isoluxcorsan.com/es/nuestro-grupo/>. Fecha de última visita: 07/07/2014.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002505

213. De otro lado, existen postores que si bien no han obtenido la Buena Pro hasta el momento, han participado en los procesos de licitación y también pertenecen a grupos económicos con amplia experiencia en mercados de energía y altos niveles de facturación que podrían hacerle frente a ISA. Tal es el caso de Electrobras, empresa estatal brasileña que a través de sus subsidiarias opera en las etapas de generación, transmisión y distribución de energía en Brasil. En particular, en la etapa de transmisión, posee 55,118 kilómetros de líneas de transmisión¹⁴⁵.
214. La participación de estos grupos económicos dentro de las licitaciones ha demostrado que este mercado es contestable, pues a lo largo del tiempo han ingresado nuevos postores a participar de estos procesos.
215. Por consiguiente, se concluye que las diferencias entre los grupos económicos y el número de competidores que participan en cada proceso de licitación dificultan la posibilidad de la formación de acuerdos colusorios en este mercado.
216. Por otra parte, las características propias del bien licitado también reducen la probabilidad de colusión. De acuerdo con Fernández-Baca¹⁴⁶, la heterogeneidad en los productos asociada a diferentes características demandadas elevaría los costos de coordinación, dificultando así la ejecución de un acuerdo.
217. En este caso, las líneas de transmisión licitadas por el Estado peruano son muy diferentes entre sí, puesto que estas se ajustan a las necesidades del sistema eléctrico peruano. En particular, las líneas de transmisión deben ser construidas en diferentes zonas geográficas¹⁴⁷, y poseen diferentes extensiones¹⁴⁸, entre otras características¹⁴⁹ que generan una variación de los costos asociados al proyecto.

¹⁴⁵ De acuerdo con información disponible en su página web: <http://www.elektrobras.com/>. Fecha de última visita: 07/07/2014.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. "Organización Industrial". Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. 2006. Pg. 348-349.

¹⁴⁷ Algunas pueden involucrar la construcción de líneas de transmisión solo en la costa y tienen únicamente como área de influencia Lima Metropolitana tales como la Línea de Transmisión 220 kV La Planicie Industriales, mientras que otras involucran la construcción en la sierra tales como la Línea de Transmisión 220 kV Friaspata – Mollepata y Subestación Orcotuna 220/60 kV, proyecto ubicado en las regiones de Huancavelica, Ayacucho y Junín.

¹⁴⁸ Así, por ejemplo, la Línea de Transmisión Mantaro-Marcona-Socabaya-Montalvo 500 kV involucraba la construcción de 900 kilómetros, mientras que la Línea de Transmisión Talara-Piura 220 kV involucraba únicamente la construcción de 103.2 km.

¹⁴⁹ Otra diferencia entre las líneas de transmisión es la potencia requerida para cada tramo de las líneas de transmisión requeridas. Por ejemplo, en el proyecto denominado Línea de Transmisión Carhuamayo-Paragsha-Conococha-Huallanca-Cajamarca-Cerro Corona-Carhuaquero, se requirió un nivel de tensión de 220 kV, mientras que para el proyecto denominado Línea de Transmisión Trujillo – Chiclayo se requirió un nivel de 500 kV.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002506

218. En este sentido, la forma en que operaría una eventual repartición del mercado sería difícil de acordar, en tanto los costos asociados a cada proyecto son distintos entre sí. Así, por ejemplo, existiría una mayor probabilidad de desvío en aquellos proyectos de mayor envergadura, pues involucran un mayor beneficio de desviarse del acuerdo que proyectos que involucran una menor extensión en las líneas de transmisión.
219. Un último aspecto que dificulta la colusión según Fernández-Baca¹⁵⁰ es la irregularidad y escasa frecuencia en las licitaciones. A pesar de la existencia del Plan de Transmisión, las licitaciones no se realizan con una frecuencia determinada, lo cual dificultaría que los postores puedan realizar un eventual reparto de mercado de las licitaciones.
220. En conclusión, las características del mercado tales como heterogeneidad de los postores y las licitaciones, posibilidad de ingreso de nuevos grupos económicos, entre otras, hacen que la probabilidad de ocurrencia del escenario de colusión planteado por el OSINERGMIN sea muy reducida.
221. En tal sentido, la Sala ha identificado que los cambios normativos asociados a la utilización del sobre cerrado como mecanismo de presentación de propuestas y a la mayor certeza respecto de las retribuciones por la construcción o reforzamiento de líneas de transmisión han generado la participación de un mayor número de competidores y, por ende, de ofertas competitivas en las licitaciones.
222. Asimismo, ante un eventual levantamiento de la condición evaluada y dadas las características del mercado de licitaciones, se ha identificado que no se generaría un daño a terceros y, por el contrario, se evitaría que el resto de postores presente ofertas menos favorables ante un eventual impedimento de participación de las empresas del Grupo ISA en una segunda convocatoria. Por ello, la segunda condición impuesta a ISA mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 debe ser revocada.
223. Del mismo modo, reconociendo que los mercados son dinámicos, se considera pertinente que las condiciones de comportamiento impuestas en adelante por la Comisión se encuentren sujetas a una limitación temporal o, en su defecto, se determine su revisión periódica para establecer si, dadas las circunstancias, corresponde mantenerlas o eliminarlas. Ello con el objetivo de garantizar la idoneidad de las condiciones para asegurar un escenario de competencia en el mercado.

150

FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. "Organización Industrial". Op. Cit. Pg. 349.

74/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1946



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

IV. CONCLUSIONES

002507

224. Tanto la primera como la segunda condición impuesta a ISA consisten en condiciones de comportamiento, las cuales restringen las libertades económicas del referido grupo empresarial. De acuerdo con la experiencia comparada y la práctica nacional en regulación tarifaria, los mercados son dinámicos, por lo que debe establecerse alguna limitación temporal o, al menos, la posibilidad de revisión de las condiciones impuestas.
225. Respecto de la primera condición impuesta por la Comisión, se ha identificado que, por un lado, el número de participantes dentro del Subcomité de Transmisores se ha elevado, mientras que el número de participantes pertenecientes al Grupo ISA se ha mantenido; y, por otro lado, tanto el Reglamento de Transmisión como el Estatuto del COES establecen condiciones para evitar que cualquier grupo económico pueda ejercer decisiones preponderantes en cualquiera de los órganos de decisión al interior del COES.
226. Así, se considera que la preocupación de la primera instancia de que ISA pueda ejercer una posición preponderante en cualquiera de las instancias de decisión del COES se ha diluido a causa de los cambios normativos y del número de participantes en el mercado de transmisión y mantener esta condición involucraría un trato diferenciado respecto de otros agentes tales como Abengoa, cuya participación dentro del Subcomité de Transmisores se ha incrementado a lo largo del tiempo. Por ello, la primera condición impuesta por la Comisión debe ser revocada.
227. Respecto de la segunda condición, se ha identificado que el número de postores en las licitaciones ha sido superior al que inicialmente proyectó la Comisión. Ello se debió a que con la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, se determinó que las remuneraciones a los titulares de nuevas líneas de transmisión serían estables en función al monto ofertado en las licitaciones, lo cual generó un mayor número de agentes interesados en participar de las licitaciones.
228. Del mismo modo, a partir de la modificación del artículo 22 de la Ley 28832 – con posterioridad a la decisión de la Comisión –, se determinó la posibilidad de encargar a PROINVERSIÓN la organización de las licitaciones, entidad que según el artículo 18 del Decreto Supremo 060-96-PCM debe realizarlas mediante sobre cerrado.
229. Este esquema de licitación, de acuerdo con la teoría de subastas, favorece el ingreso de un mayor número de competidores. Ello se ha venido observando desde el año 2008, en que se iniciaron las licitaciones para la construcción o



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002508

reforzamiento de las líneas de transmisión. Así, en la actualidad existen diversos postores además de ISA interesados en participar en las licitaciones, pertenecientes a importantes grupos económicos y en capacidad de presentar ofertas competitivas. Asimismo, la modalidad de sobre cerrado impide que ISA pueda conocer las ofertas de sus rivales para poder realizar ofertas ligeramente inferiores a estos, con lo cual la empresa no podría ejercer un comportamiento estratégico dirigido a presentar una oferta ligeramente inferior a la de sus rivales.

230. A su vez, la utilización del sobre cerrado dificulta la posibilidad de que los postores puedan coludirse, lo cual se suma a las características propias del mercado que dificultan un acuerdo tales como la existencia de un grupo heterogéneo de postores y la heterogeneidad en las líneas de transmisión a licitar.
231. De otro lado, se ha identificado que las economías de escala que ostenta ISA en el mercado de transmisión y que podrían generarle ahorros de costos en la construcción de nuevas líneas de transmisión han sido superadas por otras características de los grupos económicos participantes en las licitaciones, lo cual les ha permitido a estos presentar en ocasiones mejores ofertas que las del Grupo ISA.
232. Si bien la segunda condición tuvo sentido en su momento pues aún no se llevaban a cabo licitaciones bajo el nuevo esquema normativo, la preocupación que motivó la imposición de la condición no se mantiene vigente, lo cual amerita que dicha condición sea revocada.

V. PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

233. La imposición de condiciones en el marco de operaciones de concentración empresarial, establecida en el artículo 5 de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico, así como en el artículo 28 de su Reglamento, constituye una importante herramienta que permite que la Comisión o la Sala puedan establecer restricciones a las empresas participantes del sector eléctrico a efectos de garantizar un adecuado nivel de competencia una vez realizado el acto de concentración.
234. Conforme ha sido expuesto, existen dos tipos de condiciones o remedios que pueden ser aplicados para aprobar una operación de concentración. El primer tipo consiste en remedios estructurales normalmente asociados a la venta de activos, mientras que el segundo consiste en remedios de conducta, los cuales limitan las libertades económicas de las empresas y deberían estar sujetas al monitoreo continuo por parte de la autoridad de competencia para asegurar su cumplimiento.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002509

235. Las condiciones de comportamiento, de acuerdo con la experiencia comparada, se encuentran normalmente sujetas a una limitación temporal. La razón es que estas condiciones se basan en supuestos o proyecciones respecto de la situación del mercado. Dado que los competidores deben adaptarse a un entorno dinámico y que las condiciones de comportamiento restringen su actuación, también surge la necesidad de una evaluación periódica con el objetivo de determinar si corresponde mantener la condición o si, por el contrario, la preocupación que generó su imposición se ha diluido en el tiempo.
236. De este modo, la revisión periódica de las condiciones de comportamiento resulta necesaria toda vez que estas son impuestas sobre la base de un análisis prospectivo, siendo que mientras el horizonte temporal de la proyección sea más amplio, su precisión podría irse reduciendo a lo largo del tiempo.
237. Considerando que en el análisis del presente caso, se ha evidenciado la necesidad de someter las condiciones de comportamiento a un horizonte temporal, luego del cual podrán ser revisadas de oficio o a pedido de parte, la Sala considera que debe establecerse la siguiente regla interpretativa cuando corresponda aplicar condiciones en el marco del artículo 5 de la Ley 26876:
- (i) *En el caso se sujete la aprobación de una operación de concentración empresarial al cumplimiento de una condición de conducta, debe entenderse que dicha restricción deberá estar asociada a un horizonte temporal, luego del cual la autoridad deberá revisar las características y el entorno competitivo del mercado, a efectos de determinar si resulta pertinente o no mantener la restricción impuesta.*
 - (ii) *Ello, sin perjuicio de que, en aplicación del procedimiento de revocación referido en la Ley 27444, las empresas puedan solicitar cuando lo estimen pertinente, la revocación de las condiciones impuestas, debiendo para tal efecto identificar el cambio de circunstancias que se habría producido en el mercado eléctrico y que ameritaría el levantamiento de las condiciones establecidas válidamente en su oportunidad.*
238. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI¹⁵¹, atendiendo a que la presente

151

DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI

Artículo 14.- Funciones de las Salas del Tribunal

14.1. Las Salas del Tribunal tienen las siguientes funciones:

(...)

- d) Expedir precedentes de observancia obligatoria que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

77/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1949



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002510

resolución interpreta de modo expreso y con carácter general el artículo 5 de la Ley 26876, corresponde declarar que esta constituye un precedente de observancia obligatoria en la aplicación de los criterios detallados en los puntos (i) y (ii) del numeral anterior.

239. Finalmente, en atención a lo señalado por el segundo párrafo del artículo 43 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI¹⁵², corresponde solicitar al Directorio de INDECOPI que disponga la publicación en el diario oficial "El Peruano" de la presente resolución por la que se aprueba el precedente de observancia obligatoria descrito en la parte resolutive.

VI. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: declarar la confidencialidad de (i) las actas de las sesiones de Asamblea del COES; (ii) las actas de las sesiones del Subcomité de Transmisores del COES; y, (iii) el listado de las agendas, acuerdos, y asistentes del Subcomité de Transmisión del COES.

SEGUNDO: disponer la revocación de las condiciones impuestas mediante la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC del 16 de noviembre de 2006 y la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de enero de 2007, dictadas como consecuencia de la aprobación de la operación de concentración solicitada por ISA S.A. E.S.P. para la adquisición de control de la empresa Consorcio Transmantaro S.A. consistentes en:

- (i) No ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, de manera que las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. solo puedan utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.
- (ii) De ser el caso, no participe de la segunda convocatoria de licitaciones (o equivalentes) para la construcción y/o ampliación de infraestructura de transmisión eléctrica, que en primera convocatoria hayan sido declaradas desiertas por razones de insuficiencia en las ofertas técnicas y/o económicas.

TERCERO: en aplicación de las consideraciones expuestas en la presente resolución, aprobar un precedente de observancia obligatoria que interpreta los

152

DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI, Artículo 43.-

(...)

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

78/79

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800

e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

1950



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0623-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2006/CLC

002511

alcances de la aplicación del artículo 5 de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico, en los siguientes términos:

- (i) *En el caso se sujete la aprobación de una operación de concentración empresarial al cumplimiento de una condición de conducta, debe entenderse que dicha restricción deberá estar asociada a un horizonte temporal, luego del cual la autoridad deberá revisar las características y el entorno competitivo del mercado, a efectos de determinar si resulta pertinente o no mantener la restricción impuesta.*
- (ii) *Ello, sin perjuicio de que, en aplicación del procedimiento de revocación referido en la Ley 27444, las empresas puedan solicitar cuando lo estimen pertinente, la revocación de las condiciones impuestas, debiendo para tal efecto identificar el cambio de circunstancias que se habría producido en el mercado eléctrico y que ameritaría el levantamiento de las condiciones establecidas válidamente en su oportunidad.*

CUARTO: solicitar al Directorio de INDECOPI que disponga la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano"

Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, Sergio Alejandro León Martínez, José Luis Bonifaz Fernández y Julio Carlos Lozano Hernández.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Presidenta