

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Control de concentraciones en el Perú: Balance desde el año 1997 hasta la actualidad.

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

AUTOR

Natalia Alessandra Romano Vergara

ASESOR:

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20101404

AÑO

2019

RESUMEN

El artículo tiene como eje principal el control de concentraciones en el sector eléctrico y se realizarán apuntes desde el derecho administrativo. Así, el asunto particular a desarrollar en el texto comprenderá una revisión general del procedimiento de autorización (etapas, recursos, infracciones al procedimiento), y se incorporará en dicho análisis resoluciones emitidas por la Comisión y/o Tribunal relevantes en la materia desde el año 1997 hasta la actualidad. La investigación atiende a un tema altamente sensible en el derecho de la competencia, pues en defensa de la libre competencia son dos herramientas las empleadas para promover una eficiente asignación de los recursos en el mercado: el control de conductas y el control de estructuras. A pesar de la importancia y el tiempo que viene empleando la autoridad de competencia ambas herramientas, en Perú no se ha realizado un estudio del procedimiento de autorización de concentraciones en el sector eléctrico. Como aporte académico, considero necesario presentar el detalle del procedimiento de autorización y su reflejo en la casuística desarrollada por Indecopi. Esto nos permitirá ver de forma más clara el real alcance que ha tenido el control previo hasta la actualidad.

Para lograr el objetivo propuesto, el artículo comprenderá la base del control de concentraciones y las razones de su implementación. Otorgándole al control previo una base firme, el propósito de la investigación no se centra en criticar su aplicación o debatir sobre su conveniencia, siendo ambos temas ampliamente debatidos desde el año 1997 e incluso hasta la actualidad (2019) a partir de la publicación del Decreto de Urgencia 013-2019, sino que se pretende de forma objetiva presentar la labor realizada por la autoridad de competencia en aplicación de dicho control. Así, el artículo busca a modo de guía, introducir los detalles del procedimiento, como los plazos, recursos y resultados, así como un análisis de los casos que permitan ilustrar de una mejor manera el verdadero aporte de la agencia de competencia en esta área.

Tabla de contenido

I. Introducción.....	4
II. Herramienta de la política de competencia: el control previo.	4
a) Reformas estructurales en el sector eléctrico	6
i. Consenso de Washington	7
ii. Ley de Concesiones eléctricas: artículo 122 (primera versión).....	8
b) El surgimiento de la Ley 26876 a partir de las reformas estructurales.....	10
i. Problemas: del monopolio estatal al monopolio privado. Caso Mantaro. (Banco Mundial).....	11
ii. Modificación del artículo 122 e implementación del control previo en el sector eléctrico.	11
c) Base constitucional: Artículo 61 ¿es el control previo constitucional?	12
III. Procedimiento de autorización.....	15
a) Alcances generales de la Ley 26876	16
i. Umbrales: control y participación.-	16
ii. Efectos.-	18
b) Plazos en el régimen de concentraciones	18
c) Obligaciones en el régimen de concentraciones: obligación de notificar y obligación de suspender la operación hasta pronunciamiento.	21
d) Casuística.....	23
i. Improcedencia de la notificación.....	25
ii. Notificación inadmisibile	28
iii. Operación aprobada con condiciones	30
IV. Conclusiones.....	33
Bibliografía.....	35

I. Introducción

El artículo tiene como eje principal el control de concentraciones en el sector eléctrico y se realizarán apuntes desde el derecho administrativo. Así, el asunto particular a desarrollar en el texto comprenderá una revisión general del procedimiento de autorización (etapas, recursos, infracciones al procedimiento), y se incorporará en dicho análisis resoluciones emitidas por la Comisión y/o Tribunal relevantes en la materia desde el año 1997 hasta la actualidad.

De forma previa al desarrollo de la materia, considero necesario precisar que en este trabajo no se busca discutir la pertinencia o no de la inclusión del control en la actual política de competencia, pues posición de la autora reconocer que no es un tema pacífico y siempre va a suscitar discusiones. En esa línea, la motivación principal respecto al artículo es consolidar los aspectos más importantes de un control previo implementado desde el año 1997 y presentar así no solo detalles del procedimiento, sino ejemplos que permitan al lector comprender en qué casos, por ejemplo, se declaró improcedente o en qué situaciones fueron aprobadas las operaciones con condiciones y con dicha información, consolidar la información en un documento que pueda servir como guía de la aplicación en el Perú del control previo o, en todo caso, una memoria informativa.

Es preciso añadir que a la fecha de presentación del presente artículo, noviembre del 2019, un nuevo instrumento legal referente al control de concentraciones ha sido incorporado en el sistema como es el Decreto de Urgencia 013-2019, el cual establece un nuevo régimen de control de concentraciones empresariales para Perú. Dicha norma entrará en vigencia en un plazo de 9 meses (desde agosto del 2020) y se mantendrá vigente por 5 años.

Es así que este artículo incorporará detalles del nuevo procedimiento que tiene como base el Decreto de Urgencia, con la limitación de que, como aún este régimen no tienen aplicación práctica, las distinciones se realizarán a nivel de lo dispuesto en la norma y no a través de casos prácticos. Sin perjuicio de ello, el Decreto de Urgencia también será objeto del artículo y permitirá al lector tener un alcance más actualizado sobre el régimen de concentraciones en el Perú.

II. Herramienta de la política de competencia: el control previo.

En un mercado perfectamente competitivo, tanto los vendedores como los compradores son precio-aceptantes, ello pues las decisiones de consumo de los agentes, ya sean vendedores o compradores, afectan el precio de mercado del bien (Krugman 2008: 187). Sin embargo, los mercados no funcionan en competencia perfecta, pues las condiciones de un mercado perfecto -como es la concurrencia de productos homogéneos, gran número de vendedores y compradores, información perfecta y ausencia de barreras importantes de acceso al mercado- no son observables en el mercado real. Ya sea por diversas circunstancias como la diferencia en los bienes ofertados en términos de calidad o precio, la información tiende a ser asimétrica o por las barreras existentes en el mercado, sí es posible aseverar que existen agentes en el

mercado capaces de fijar las condiciones de venta de forma unilateral o conjunta, sin que el elemento competencia determine su comportamiento. Esto nos permite identificar a agentes que cuentan con posición en el mercado de poder la cual neutraliza o supera la posibilidad de competencia (Quintana 2013: 14-15).

La políticas de competencia, considerando la imposibilidad de presenciar un mercado perfecto, busca garantizar que la competencia en el mercado no esté restringida de una manera que sea perjudicial al proceso competitivo de asignación de bienes y servicios por precios, y finalmente, esta distorsión afecte al consumidor. Las distorsiones observables en el mercado realizadas por los agentes económicos para aumentar sus ganancias se encuentran representadas en prácticas colusorias verticales y horizontales, abuso de posición de dominio y operaciones de concentración con efectos dañinos en la competencia.

Ahora bien, respecto a estas distorsiones, la política de competencia ha promovido la adopción de controles que, ya sean aplicados ex-ante o ex-post, puedan hacer frente a los problemas y se alcance, en la medida de lo posible, una mayor transparencia en los mercados y en las interacciones entre vendedores y compradores. Como parte de la política se encuentra el control de conductas, abocado a identificar si el poder de mercado ha sido obtenido a través de conductas prohibidas por el ordenamiento que se consideran restringen de manera inválida la competencia en perjuicio del consumidor y del proceso competitivo como los cárteles, restricciones verticales y el abuso de posición de dominio.

Desde otro ángulo, el control de estructuras o también conocido como control de concentraciones es otro instrumento de la política de competencia que se materializa en un procedimiento de evaluación previa por parte de la autoridad de competencia de las operaciones de concentración de los agentes del mercado (Zuñiga 2018: 221). En este procedimiento, la autoridad de competencia deberá evaluar los efectos de la propuesta trasladada por los privados y determinar si los cambios en la estructura del mercado impactarán de forma negativa en la competencia.

El control de estructuras no siempre ha sido identificado como parte de la política de competencia y su adopción suele ser cuestionado desde sus orígenes, ello considerando que en un primer momento lo único que se encontraba bajo el control de la autoridad de competencia era la investigación y sanción de una conducta anticompetitiva. Así, la primera norma de competencia Sherman Act de 1890 únicamente enfocó sus esfuerzos en declarar ilegal la existencia de cárteles conocidos como la asociación de agentes económicos participantes en determinado mercado que, a través de acuerdos de no competencia, buscaban obtener beneficios al margen del daño al mercado.

A pesar de este primer propósito, las autoridades de competencia detectaron que las empresas, con el propósito de evadir la norma que sancionaba la colusión de agentes económicos distintos, procedían a la creación de nuevas entidades donde podían convenir los intereses de los agentes y hacer uso de su poder de mercado sin caer en el supuesto de una conducta anticompetitiva realizada entre varios agentes. Identificada esta afectación a la

competencia, fue propuesta y adoptada Clayton Antitrust Act en 1914, norma mediante la cual se prohibieron las fusiones y adquisiciones que pudieran disminuir sustancialmente la competencia, siendo este el primer antecedente de la existencia de un sistema ex-ante o de control de concentraciones.

En la actualidad, sin perjuicio de los avances en la legislación comparada, la política de competencia sigue resguardando los mismos objetivos. Entre dichos objetivos, que la dinámica de los mercados se rija únicamente por la oferta y demanda, y si por dicha interacción, algún agente obtiene el dominio de determinado mercado, su conducta podrá ser evaluada de forma posterior y determinar si tiene o no efectos anticompetitivos. Sin embargo, también identifica esta política que los agentes económicos participantes en el mercado pueden tener incentivos para alcanzar el poder del mercado con un efecto perjudicial a la competencia a través de una fusión o adquisición y, a partir de este dominio monopólico, contar con incentivos a imponer precios altos, reducción de la innovación, eliminación de otros competidores, entre otros. Con ello en mente, la finalidad de la política de libre competencia que es la protección del proceso competitivo para el mayor bienestar de los consumidores encuentra en el control de conductas y el control de estructuras herramientas para vigilar el desarrollo del mercado en términos competitivos.

Ahora bien, expuestos los alcances de la política de competencia a nivel general y con el objetivo de analizar su desarrollo en el Perú a través del control previo en el sector eléctrico, resulta necesario contextualizar y encontrar la base que sustentó la implementación del control previo, adopción que hasta el día de hoy genera debate. Para ello, es preciso iniciar el análisis en las reformas estructurales desarrolladas en la década de los noventa y a partir de las mismas, observar sus efectos en el sector de interés del trabajo, el sector eléctrico.

a) Reformas estructurales en el sector eléctrico

Durante los años noventa, fue implementado en Perú un agresivo proceso de reformas estructurales que tuvo como principal objetivo la reducción de la intervención del Estado en la economía. En esa línea, el sector eléctrico peruano experimentó profundos cambios estructurales, pues pasó de ser una industria integrada por empresas estatales a ser una industria con activos de propiedad tanto pública como privada y desintegrada en sus actividades productivas como son la generación, transmisión y distribución.

Sin embargo, de forma previa a dicha reforma estructural, resulta necesario identificar los elementos determinantes al momento de adoptar dichos cambios normativos. Un elemento fundamental de los años ochenta fue el Consenso de Washington, el cual contenía lo que se conoce como “prescripciones (que) son más bien lineamientos para una sana política económica” (Noejovich 2010: 86).

Estos lineamientos orientaron la actividad del Estado en su participación en el mercado. Por

ello, para entender el paso del monopolio estatal al mercado abierto a los privados, resulta fundamental exponer las propuestas que eran consideradas convenientes para los países identificados como en vías de desarrollo y con una crisis por la excesiva e ineficiente participación estatal y a partir de la aplicación de dichas propuestas, puedan resurgir y reinsertarse en el mercado mundial.

i. Consenso de Washington

El Consenso de Washington fue reconocido como un “conjunto de temas de política económica concordadas en la reunión de funcionarios de los organismos financieros internacionales y de expertos, realizada en noviembre de 1989 en la ciudad de Washington, bajo la convocatoria del economista inglés John Williamson” (Luyo 2012: 77). Las políticas del Consenso de Washington, expresión del neoliberalismo según Oscar Ugarteche (2004: 51-52) y, por otro lado, políticas que las principales instituciones de Washington tales como el Tesoro de los Estados Unidos, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, consideraban claves para la restauración del crecimiento en América Latina (Kuczynski y Williamson 2003: 49), se resumen en los siguientes puntos:

1. Disciplina fiscal.
2. Reordenamiento de las prioridades del gasto público.
3. Reforma tributaria.
4. Liberalización de las tasas de interés.
5. Tipo de cambio competitivo.
6. Liberalización del comercio y apertura del mercado externo.
7. Liberalización de las inversiones extranjeras.
8. Privatizaciones.
9. Desregulaciones.
10. Derechos de propiedad.

De los 10 puntos expuestos, lo fundamental para el sector eléctrico y para el desarrollo del presente artículo, resultó la apertura a la entrada de inversiones y la privatización de empresas estatales y la desregulación bajo el principio de la libre competencia, siendo que sobre esta última, el autor Jaime Luyo precisa que incluía a todos los sectores de la economía, y en particular, el sector energía.

Cabe preguntarnos ¿qué sustentó la aplicación de estos puntos en la nueva dinámica del país a partir de los 90?. En palabras de Oscar Ugarteche, era necesario cambiar de discurso respecto a la presencia estatal en la economía, pues el pasado era corrupto y se encontraba representado por diversos gobiernos como el de Alan García y los gobiernos militares. Siendo ello así, el Consenso de Washington representaba un cambio en la presencia del Estado, el cual reduciría su participación en la actividad económica del país, dando prioridad al libre mercado y la libre interacción de los agentes económicos (Ugarteche 2004: 85).

ii. Ley de Concesiones eléctricas: artículo 122 (primera versión)

Considerando que el Consenso de Washington alentaba a identificar sectores estratégicos y actuar sobre los mismos, dejando de lado elementos como el monopolio estatal o el predominio de altas prerrogativas en manos del Estado, la decisión desde el gobierno consistió en implementar una serie de reformas estructurales.

Las reformas estructurales, entendidas como políticas que se aplican en sectores claves de economía nacional, involucran un cambio tanto a nivel legal como económico y en ese orden de ideas, los distintos sectores que fueron identificados como fundamentales para el resurgimiento nacional no solo experimentaron cambios a nivel normativo, sino a través de instrumentos económicos como la regulación tarifaria.

Sobre las reformas estructurales, el autor Carlos Boloña desarrolla que las mismas se dieron en tres grandes olas:

(...) La primera inició el 12 de marzo de 1991 y duró hasta abril de ese mismo año. Se aprobaron en ella 61 decretos supremos, de los cuales 23 se referían al comercio exterior, ocho al mercado cambiario y tres al mercado financiero, 14 al ámbito fiscal, cinco a las empresas públicas y ocho a normas laborales. En esta primera ola se incluyeron normas como la reducción de aranceles, y eliminación de medidas para-arancelarias, la liberalización del mercado cambiario, la eliminación de los monopolios públicos, la liberalización del mercado laboral, y la primera norma de privatización de empresas públicas, cuya lista original de 80 empresas se redujo a 21 por presión y posición de los miembros de tendencia socialista en el gabinete. El mérito de esta primera ola fue la de ser pionera y haber convencido al gabinete pluripartidario y al país que éste era el camino a seguir.

(...)

La tercera ola de reformas estructurales tuvo lugar entre el 5 de abril y el 30 de diciembre de 1992. En esta etapa se dictaron 745 decretos-ley: 281 de ellos en diciembre. Las reformas se orientaron al sector comercio, sector financiero, sector público, sectores productivos, sectores sociales, y al restablecimiento del Estado de Derecho. (1993:55).

Sin perjuicio del conjunto de normas consideradas como relevantes en este contexto como el Decreto Legislativo 662 o Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras y el Decreto Legislativo 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, resultó primordial para el sector eléctrico la incorporación en el marco jurídico de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada a través del Decreto Ley 25844 y publicada el 19 de noviembre de 1992. A través de la Ley de Concesiones Eléctricas, que formó parte de la tercera ola de reformas estructurales reseñada por Carlos Boloña, se buscó promover, principalmente, la división de las actividades del sector eléctrico, el otorgamiento de concesiones y autorizaciones para el desarrollo de las actividades y, en línea con el nuevo marco de reducción del intervencionismo estatal, un nuevo rol del Estado como regulador.

Así, este marco tuvo como principal objetivo alcanzar la desintegración vertical de las actividades del sector eléctrico en generación, transmisión, distribución y comercialización, considerando que, de manera previa a la reforma del sector, la propiedad y manejo del sector eléctrico se encontraba monopolizado de forma casi absoluta por las empresas públicas

Electroperú S.A. y Electrolima S.A. (Santivañez y Sumar 2012:83). Es necesario recordar que el modelo de monopolio estatal no era sostenible pues la actividad eléctrica en el Perú mostraba un deterioro como consecuencia de la escasa inversión en infraestructura debido a los problemas fiscales, asimismo las tarifas no cubrían los costos de producción, las inversiones en mantenimiento eran limitadas y por acción del terrorismo, la infraestructura se vio severamente destruida (Dammert 2005: 62).

En esa línea, un primer aspecto de la reforma en el sector eléctrico implicó, principalmente, la apertura los privados a través de la desintegración de activos y nuevos roles para las entidades estatales y, con el otorgamiento de concesiones y autorizaciones a favor del sector privado, se promovió la diversificación de los agentes participantes en el mercado.

Considerando el traslado de las actividades del Estado empresario al sector privado, una reforma institucional también fue emprendida y esta consistió, como segundo punto a tratar, en la creación de entidades, así como la reorganización de las existentes. Como resultado, para el sector eléctrico es importante resaltar la creación del Osinerg, como entidad responsable de la fiscalización y supervisión de las empresas del sector, y de forma posterior, de la fijación de tarifas de las actividades eléctricas reguladas. Con este nuevo agente en el sector, el Ministerio de Energía y Minas centró sus funciones en el otorgamiento de concesiones y en la promulgación de normas de carácter general sobre el sector. La reforma en el sector eléctrico, entonces, promovió el cambio de rol del Estado que con la nueva figura de los títulos habilitantes, pasó a ser un ente regulador.

Un último aspecto de la reforma fue la segmentación de actividades y las diferencias establecidas por esquema regulatorio entre las actividades de generación, transmisión, y distribución. Así, la LCE en su artículo 8 permitió el establecimiento de un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia (generación), y un sistema de precios regulados en aquellos suministros de naturaleza monopolio natural, permitiendo asumir costos eficientes (transmisión y distribución).

- Las actividades de transmisión y distribución tienen características de monopolio natural, por lo que es deseable, en términos de eficiencia, que solo una empresa preste tales servicios en su zona de concesión. En consecuencia, se estableció una regulación tarifaria para dichas actividades.
- Por su parte, se consideró que la actividad de generación posee características que hacen deseable la existencia de competencia. Asimismo en la actividad de generación se estableció un esquema regulatorio diferenciado por tipo de usuarios, donde los consumidores de energía pueden ser calificados como usuarios regulados o usuarios libres¹.

¹ Conforme al detalle expuesto por Osinergmin en el documento La Industria de la Electricidad en el Perú, forman parte del mercado de clientes libres los usuarios con una potencia contratada igual o superior a 2500 kW, estableciéndose la posibilidad de contratar, con la base de precios, de manera libre el suministro, ya sea con una empresa de distribución o directamente con una generadora, estableciéndose un precio entre las partes. Con la meta de promover la competencia en el sector, la obligación de acceso abierto a las redes de transmisión y distribución fue establecida. Ello para hacer viable que las empresas de generación

En línea con las reformas, se identificó la necesidad de una herramienta que garantice el propósito de la Ley de Concesiones Eléctricas, la cual buscaba evitar las ineficiencias propias del sistema previo a la liberalización representado por la participación en el mercado de empresas estatales como Electroperú y por ello, era preciso asegurar que las actividades segmentadas no serían efectuadas por un mismo titular y así garantizar que la segmentación esté asociada a la presencia de diversos agentes en el mercado. Dicha intención motivó el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas, el cual citaremos a continuación en su versión original.

Ley de Concesiones Eléctricas

Artículo 122°.- Las actividades de generación y/o de transmisión perteneciente al Sistema principal y/o de distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de éste, salvo lo dispuesto en la presente Ley.

Este artículo en su versión original, con las carencias que en la siguiente sección serán identificadas, tenía como objetivo evitar tanto el monopolio estatal previo como en manos privadas, entendiéndose en esa época que la figura del monopolio resultaba contraria a todo discurso de libre mercado. Sin perjuicio, reitero, de que esta idea sería desterrada posteriormente, resultaba necesario recordar el espíritu del artículo 122 en la Ley de Concesiones Eléctricas.

b) El surgimiento de la Ley 26876 a partir de las reformas estructurales

Con la vigencia del artículo 122 de la LCE, correspondía entonces iniciar el traslado de las actividades en manos del Estado a los privados a través de diversos procesos de privatización de las empresas públicas. El Banco Mundial, en tanto apoyó económicamente y académicamente en la discusión de las reformas estructurales, asumió un rol vigilante sobre las acciones desarrolladas por el Estado peruano.

El enfoque, recordemos, era “alcanzar la suficiencia en el suministro eléctrico por medio de una economía integrada al comercio internacional y estructuramiento de mercados competitivos” (OSINERGMIN 2016: 105). Si analizamos detenidamente los objetivos antes planteados observamos que la reforma del sector eléctrico y el principal instrumento, la LCE, a través de la suficiencia en el suministro, pretendía, principalmente, garantizar el acceso al servicio a una mayor parte de la población y que la electrificación también acompañe el desarrollo de un país después de una crisis que buscaba resurgir a partir de la industria. Asimismo, el enfoque reconocía el factor competencia como uno fundamental para dinamizar el mercado eléctrico siendo que el ingreso de nuevos agentes permitiría la desaparición o reducción, por lo menos, del monopolio y que en este nuevo mercado atractivo para los

puedan comercializar energía con clientes libres ubicados físicamente en otra zona del Sistema Interconectado de transmisión eléctrica (de forma particular, en las áreas de concesión de las empresas de distribución). Sobre el “mercado regulado” es aquel constituido por los clientes del Servicio Público de Electricidad con demandas de hasta 200 kW de potencia que son atendidos de forma exclusiva y con tarifas reguladas, por las operadoras del área de distribución correspondiente. Cabe añadir que los usuarios que consumen entre 200 kW hasta 2500 kW tienen la opción de elegir su condición de usuario libre o regulado. Ver más detalle en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, aprobado mediante Decreto Supremo 022-2009-EM (Osinermin 2017: 142).

agentes económicos, se priorice la competencia por acceder al mercado y permanezcan los agentes que garanticen asignaciones eficientes.

i. Problemas: del monopolio estatal al monopolio privado. Caso Mantaro. (Banco Mundial)

Considerando dichos objetivos particulares, el Banco Mundial realizó un préstamo de ajuste estructural sobre la privatización del sector eléctrico a favor del Perú. El desembolso del Banco Mundial fue programado para ser realizado por tramos, a medida que se verificaba el cumplimiento satisfactorio de los objetivos de privatización. El Banco Mundial a través del Informe de Ejecución N° 19441 del 15 de junio de 1999, presentó la evaluación de la implementación de los proyectos e indicó que uno de los factores que afectaban el proyecto era el retraso en concretar el proceso de privatización y que el Estado rehusaba a proceder con la privatización de la Central Hidroeléctrica del Mantaro, sobre la cual “(sus) activos totalizaron el 39% de los activos totales del sector a privatizar. La oferta de venta de esta planta era necesaria para el tercer tramo del desembolso”².

El Banco Mundial, identificó, entre los argumentos contra la privatización de la Central Hidroeléctrica del Mantaro, que era “políticamente complicado privatizar Mantaro porque (i) se erige como el legado monumental de la inversión del sector público en Perú, (ii) podría ser comprado por inversionistas extranjeros (especialmente chilenos o españoles), que ya tienen un fuerte dominio de los servicios públicos del Perú, y (iii) el apoyo público a la privatización se encuentra en su mínimo histórico”³.

Entonces, la posición dominante en el mercado de la Central del Mantaro y el riesgo de que dicho activo recaiga en agentes extranjeros, como los agentes económicos chilenos o españoles que a la fecha ya tenían presencia en Perú, activó preocupación en el Estado de que esta nueva etapa de privatización traería de vuelta la figura del monopolio pero, en esta ocasión, en manos de los privados.

ii. Modificación del artículo 122 e implementación del control previo en el sector eléctrico.

Sin perjuicio de que el espíritu original del artículo 122 era garantizar la segmentación de actividades y diversidad de agentes en la medida que las condiciones propias (monopolio natural o no) lo permita, la realidad superó lo anhelado por el legislador a través de dicho artículo, conforme se expuso en la sección previa.

² Traducción libre “ whose assets totaled 39% of total sector assets to be privatized. Offer for sale of this plant was required for third tranche disbursement.” Página 4 del Informe de Ejecución N° 19441 del 15 de junio de 1999.

³ Traducción libre “because (i) it stands as the monumental legacy of public sector investment to Peru, (ii) it might be bought by foreign (especially Chilean or Spanish) investor, who already have a strong hold on Peru's utilities, and (iii) public support for privatization in general is at an all-time low.” Página 10 del Informe de Ejecución N° 19441 del 15 de junio de 1999.

¿Cuál fue el problema identificado? Si bien un mismo agente no podía, bajo la concepción inicial del artículo 122, participar de varios segmentos de la actividad eléctrica de forma tal que se garantice la pluralidad de agentes y se evite concretar un monopolio, en la práctica, era posible que varios agentes, pertenecientes a un mismo grupo económico, adquieran diversos activos en el sector y así el grupo económico alcance una posición fuerte en el mercado eléctrico. Resultó evidente que era sumamente factible que los agentes participantes de los segmentos, sin perjuicio de ser objetivamente distintos en su razón social, por ejemplo, respondan a una misma unidad de interés empresarial y actúen bajo dicho único interés.

La disposición requirió de una herramienta de control para garantizar la permanencia de dicha segmentación y el traslado a los privados de las acciones del sector eléctrico. En esa línea se planteó la modificación e inclusión de un segundo párrafo.

El Proyecto de Ley 3100/97-CR de la Comisión de Energía, Minas y Pesquería consideró necesario dotar de mayor fuerza el propósito del artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas, y encontró que, ante los vacíos en la legislación por ausencia de herramientas de control que eviten que se produzcan concentraciones en el subsector eléctrico que distorsionen la competencia y la libre concurrencia, era necesario la implementación de un control previo el cual se materializó en la Ley 26876 y en la modificación del artículo 122 de la LCE (Congreso de la República 1997).

Ley de Concesiones Eléctricas

Artículo 122°.- (...) Quedan excluidos de dicha prohibición, los actos de concentración de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución, que no impliquen una disminución de daño o restricción a la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

De la lectura del artículo 122 y tras la promulgación de la Ley 26876, se concretizó la herramienta de control requerida por el sector eléctrico; no obstante, esta herramienta de control adoptó como criterio evaluador para la prohibición de las actividades de concentración el análisis de daño o restricción a la competencia. Con esta modificación, el sector eléctrico pasó de ser un sistema que prohibía la integración, a uno que admitía dichos supuestos de integración siempre que la autoridad de competencia no observe en su análisis daños a la competencia.

Es decir, era posible que un mismo agente pueda participar de varios segmentos de la actividad, siempre y cuando pase por un previo control a manos de la autoridad de competencia la cual determinará si el ingreso de este nuevo agente es perjudicial o no para la estructura del mercado del sector eléctrico. Quedó así descartado que no era posible una integración en el sector eléctrico en manos de los privados, siempre y cuando esta acción sea sometida a evaluación de la autoridad de competencia.

c) Base constitucional: Artículo 61 ¿es el control previo constitucional?

Ahora, una vez incorporado en el sistema el control previo exclusivo para el sector eléctrico, es posible trasladar la discusión que existió respecto a la constitucionalidad de dicha herramienta. Un país que observaba de forma incipiente a la autoridad de competencia realizar un control ex-post sobre las actividades económicas, podría cuestionar la nueva competencia del Indecopi en relación a las operaciones aún no realizadas en el mercado como implicaba la existencia de un control previo. Así, resulta conveniente estudiar el artículo 61 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución) el cual no solo es la base de la defensa de la libre competencia, sino permite conocer las herramientas de las que se dispone para lograr la protección de la libre competencia en el marco de la Economía Social del Mercado.

Es conveniente recordar que la Economía Social de Mercado tiene como objetivo que las fuerzas económicas existentes se orienten sin intervención del Estado hacia el equilibrio de la oferta y demanda en bienes y servicios. Por ello, el constituyente estableció la libre iniciativa privada como un principio fundamental del sistema económico vigente, el cual se sustenta en un régimen de economía social de mercado y en este régimen, encontramos que los agentes, en ejercicio de la libre iniciativa privada, cuentan con libertad de emprender las actividades económicas que más les convengan. Por otro lado, la Constitución también determinó que el Estado asuma el rol de viabilizar y garantizar las libertades a través del establecimiento de marco jurídico e institucional propio de promotor del mercado.

Asimismo, el derecho de propiedad y la libertad de contratar fueron reconocidos como pilares de una economía social de mercado y estos otorgaron la posibilidad de desarrollo económico pues a través de una adecuada asignación de derechos de propiedad (garantizada con la protección de la propiedad) y la libre transferencia de dichos derechos (protegida por la libertad de contratar) era posible alcanzar una mayor generación de riqueza y por consiguiente un aumento del bienestar social. Sin perjuicio de lo anterior y pese a la relevancia de los derechos y libertades económicas en el desarrollo de una economía social de mercado, lo cierto es que estos no podían ser ejercidos de manera irrestricta y la misma Constitución estableció las limitaciones a su ejercicio.

Una limitación fundamental al ejercicio de los derechos y libertades se encuentra en el principio rector de la libre competencia que tiene sustento constitucional en el artículo 61 de la Constitución que establece: “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”. En línea con lo anterior, podemos entender a la libre competencia como aquella situación en la cual los agentes económicos, con el fin de obtener las preferencias de los consumidores en el mercado, rivalizan entre ellos.

Competencia, entonces, es aquella situación a tutelar donde se promueve la libre interacción de la oferta y la demanda y representa un valor fundamental de la Economía Social de Mercado pues, ante la disminución de agentes en el mercado y el aumento del grado de concentración, “mayor será la probabilidad que las firmas establecidas en el mercado cambien su comportamiento estratégico con respecto a sus formas de competir en él” (Tello

2008: 15). Aún más, la libre competencia implica que exista para los consumidores y productores una libertad de elección en un mercado determinado por la oferta y la demanda. De igual manera, en un sistema de libre competencia, las empresas alcanzan ventajas competitivas como la mejora en los procesos o la superioridad tecnológica que genera eficacia y por ende lleva a una eventual reducción de precios que puede permitir un mayor acceso a los consumidores e implica una probable ampliación de ganancias. Si no existiera libre competencia en el mercado como bien protegido constitucionalmente, los incentivos para lograr competitividad o desaparecerían o se verían disminuidos, siendo el principal perjudicado el consumidor que deberá, como principal consecuencia, aceptar precios más altos por una menor calidad.

Es así que es posible observar que, en el marco de libertades propio del régimen de economía social de mercado, existe el deber positivo asignado al Estado de vigilancia de la libre competencia. Por ello, estando reconocido el papel fundamental de la competencia para la desintegración de los mercados, como el eléctrico ahora abierto al sector privado, el Estado dio inicio al establecimiento de políticas y desarrollo normativo con el objetivo de proteger el proceso competitivo, así como la persecución de los actos anticompetitivos que realicen los agentes económicos en el mercado. En consecuencia, el Estado, en vigilancia y defensa de la libre competencia implementó durante los noventa, y hasta la actualidad, herramientas que permitan la protección del objetivo constitucional de defensa de la competencia.

Ahora, la protección que busca dar la Constitución a la libre competencia no se restringe a las prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio como parte de un control posterior sobre las conductas. Al respecto, el artículo 61 de la Constitución resiste tres secciones en su análisis, como lo desarrolla la Comisión de Libre Competencia en la Resolución 012-99-INDECOPI/CLC del 03 de diciembre de 1999.

La Comisión de Libre Competencia, al sustentar la base constitucional de la política de competencia realizó un análisis del artículo 61 de la Constitución en la Sección 5.2 de la Resolución 012-99-INDECOPI/CLC que es conveniente replicar. Al respecto, fue indicado que la segunda parte de dicha disposición suele ser la más reconocida pues recoge expresamente el control de conductas, como ha sido desarrollado, siendo este combate una de las funciones que debe cumplir el Estado para facilitar y vigilar la competencia. Por otro lado, se reconoció que la tercera sección del artículo limita el mantenimiento o imposición de monopolios públicos o privados bajo disposición legal o por intervención del Estado. Por último, sobre la primera parte del artículo “El Estado facilita y vigila la libre competencia”, la Comisión consideró que dicha sección representaba para el Estado la obligación de mantener la competencia en el mercado, siendo que dicha sección podía abarcar tanto la evaluación de la conducta de las empresas como la evaluación de la estructura del mercado, y por ello, dicha disposición acogía también el desarrollo de herramientas de tipo preventivo y no únicamente represivo.

Consecuentemente, en ejercicio de este deber de protección y como herramienta preventiva, se estableció un régimen de control de estructuras o autorización previa de operaciones de

concentración empresarial en el sector eléctrico, mediante la aprobación de la Ley 26876 y su Reglamento, con la tarea la evaluación de las operación de concentración en el sector eléctrico y detectar aquellas que puedan disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en las actividades del mercado eléctrico.

Como ha sido materia de esta sección, el régimen de control previo, como parte de la libre competencia, sí era (y, actualmente, es) una limitación válida al ejercicio de la libre iniciativa privada y libre contratación de los agentes involucrados en una operación, así como al derecho de propiedad, pues someter la concreción de una operación en el mercado al pronunciamiento con carácter de autorización implica que los agentes involucrados en el sector eléctrico no cuentan con una libertad irrestricta de disposición de sus propiedades, sean acciones, activos, entre otros, con otros agentes que son parte del mercado o desean ingresar al sector eléctrico. No obstante, como ha sido dispuesto, esta limitación responde a la promoción de valores fundamentales como la competencia y alcanzar una mayor eficiencia en el mercado, evitando, en última instancia, que se realicen actos que generen daños al proceso competitivo en perjuicio de los usuarios.

III. Procedimiento de autorización

El control de concentraciones es una forma de intervención del Estado, con sustento en el poder de policía para alcanzar los objetivos de la política de competencia. Así, la intervención toma como herramienta el procedimiento administrativo de autorización para materializar la intervención y alcanzar sus objetivos de control.

Como primera paso, podemos observar que la intervención estatal requiere del policía de la Administración Pública, el cual supone el ejercicio de potestades de limitación de los derechos de los administrados, para garantizar la satisfacción de los intereses generales y las metas de la propia Administración. Así, Fernando Garrido Falla define a la policía administrativa como “aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, para garantizar el mantenimiento del orden público, limita los derechos de los administrados, mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos” (Garrido Falla 1959: 12).

El mismo autor, indica que las actividades pueden, o realizarse bajo libertad sin restricciones o bajo autorización previa. Así, la policía administrativa hace uso de medidas para efectivizar su control en situaciones de especial interés a través de las autorizaciones. la cual incide en la decisión sobre el ejercicio o no de derechos individuales en la vida en sociedad (Garrido Falla 1959: Páginas 25-26). Bajo esta figura encontramos el procedimiento de autorización, del cual hace uso la autoridad de competencia para controlar y prevenir aquellos actos de concentración que, por sus características y tras el análisis legal y económico, resulten contraproducentes al mercado.

La autorización, definida también por Laguna de Paz como el acto mediante el cual la Administración realiza un control preventivo, ajustándose a los principios de legalidad y oportunidad, sobre una actividad que es de libre iniciativa (Laguna de Paz 2006: 52), puede resultar en dos sentidos en el control de concentraciones: siendo una autorización aprobada o con condiciones o la denegación de la solicitud. Para ello, la autoridad debe proceder a realizar un análisis tanto estructural que tiene como objetivo determinar si procede continuar con el análisis si se llega a identificar el acto de concentración que incide en el control y si se superan los umbrales requeridos y, en segunda instancia, un análisis funcional, en el cual la autoridad evaluará los efectos de la operación en la competencia desarrollada en el sector eléctrico.

a) Alcances generales de la Ley 26876

Entonces, mediante la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico vigente desde el año 1997, que regula en el Perú las concentraciones en el sector eléctrico se busca alcanzar el objetivo 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. Así, entendemos que este objetivo implica evitar la concentración de poder de mercado en uno o pocos agentes que tenga como consecuencia el daño, disminución o pueda impedir la competencia y a través de esta herramienta se busca mantener o promover las condiciones de competencia existentes en el mercado hasta antes de la operación.

Para ello, en su análisis de la solicitud de autorización, se sigue un esquema que puede ser estructurado en dos etapas:

i. Umbrales: control y participación.-

La primera etapa comprende determinar si el acto de concentración presentado es uno que incide en el control y para ello se recurrirá a la definición de acto de concentración tanto a nivel horizontal como vertical según las formas dispuestas en la Ley 26876 que confieran el control directo o indirecto de una empresa del sector. Es importante precisar que la norma peruana no considera acto de concentración empresarial al crecimiento de una empresa por inversión propia o por financiamiento proveniente de recursos de terceros que no participan directa ni indirectamente en el desarrollo de actividades del sector eléctrico. Al respecto, un ejemplo de dicha situación es que la autoridad de competencia, frente a la inversión de la empresa de distribución eléctrica Luz del Sur en nuevos proyectos de generación greenfield como el de la hidroeléctrica de Santa Teresa en Cusco, no manifestó oposición en tanto no se encontraba como una operación verificable por el control de estructuras⁴.

⁴ Mayor detalle de la discusión llevada a cabo en el año 2015 en <<https://gestion.pe/economia/luz-sur-ve-razon-legal-le-impida-central-quillabamba-106722>>. Fecha de consulta: 12 de octubre de 2019.

En líneas generales, los actos de concentración verificables por la autoridad de competencia se encuentran listados en el artículo 2 de la Ley 26876 y entre ellos se encuentran 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 otra figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de "joint venture", asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, (...) o cualquier otro contrato de colaboración empresarial (...).”

De forma particular, los actos de concentración vertical en la Ley 26876 son aquellos que involucran a dos o más agentes que realizan sus actividades económicas en diferentes niveles de la cadena productiva. Una situación que sirve como ejemplo es si un grupo económico propietario de una empresa de generación eléctrica adquiere el control de una empresa de distribución eléctrica. Por otra parte, los actos de concentración horizontal son aquellos que involucran a dos o más empresas que realizan sus actividades económicas en un mismo nivel de la cadena productiva, siendo el caso si un grupo económico propietario de una empresa de generación eléctrica adquiere el control de otra empresa de generación eléctrica.

Acto seguido se analizará los umbrales dispuestos en el artículo 3 de la Ley 26876, siendo para este caso la participación en el mercado de los interesados criterios objetivos y cuantificables para concluir con el análisis de procedencia sobre la Solicitud. El empleo de este criterio en el sector eléctrico no suele traer cuestionamientos pues, al ser este mercado determinado y regulado por Osinergmin, se cuenta con información de los agentes participantes en el mercado eléctrico y es posible determinar con exactitud el mercado relevante sujeto a análisis por la autoridad de competencia.

Finalmente, es necesario concluir de manera previa al análisis de fondo, si dicha operación ya identificada como posible de analizar por la autoridad de competencia puede producir una modificación en la estructura de control de las empresas participantes. El cambio en la estructura de control es fundamental en la medida en que, de no existir dicho cambio, la operación efectuada no tendría repercusión en las condiciones de competencia en el mercado peruano.

Por la Resolución SBS 5780-2015 de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP⁵, según el literal h) del artículo 2 del Reglamento de la Ley 26876, se considera control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica de forma directa o indirecta. Ahora bien, para efectos del análisis de competencia, se considera que dicha influencia preponderante y continua debe recaer sobre decisiones que tengan incidencia sobre la estrategia competitiva de una

⁵ El literal h) del artículo 2 del Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico establece que el control será evaluado en los términos y alcances establecidos en la Resolución SBS 001-98. Conforme a lo dispuesto en la Segunda Disposición Final y Transitoria, toda referencia a la Resolución SBS 001-98, así como a las normas especiales sobre vinculación y grupo económico deberá ser entendida como referida a la Resolución SBS 5780-2015, que la sustituye.

empresa⁶.

El control, asimismo, puede ser i) control exclusivo o ii) control conjunto. El control conjunto implica que una empresa se encuentra sometida a la voluntad de una pluralidad de agentes con poder de influir en el desempeño competitivo del agente objeto del control, sin que ninguno de los controladores por si solos tengan una influencia exclusiva o determinante. por otro lado, el caso de control exclusivo implica que una sola persona pueda ejercer individualmente y unilateralmente una influencia decisiva en el desempeño competitivo de la empresa, sin requerir para ello de otros factores o voluntades.

ii. Efectos.-

La segunda etapa comprende los análisis de los efectos de la operación en los mercados relevantes en el sector eléctrico en los cuales se analiza, a través de herramientas económicas, las posibles alteraciones a los niveles de concentración y como este acto que incide en la estructura de control de un agente económico del sector eléctrico, no representa un daño, perjuicio o una pérdida de eficiencia en las actividades del sector regulado.

Debemos señalar que el artículo 9 de la Ley 26876 recoge la teoría de los efectos⁷, en virtud de la cual se encuentran comprendidos dentro de su ámbito de aplicación: los actos de concentración empresarial cuyos efectos involucren a empresas que directa o indirectamente realicen actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica en el territorio peruano, aun cuando se ejecuten en el extranjero.

Entonces, de acuerdo a lo anterior, el primer paso en el análisis de una operación de concentración empresarial y donde resulta necesario mayor despliegue de herramientas legales es determinar si a través de la operación sometida a consulta se procede a la **adquisición de control o la modificación en la estructura de control de una empresa** que realiza actividades en el sector eléctrico. En el análisis de los efectos, es requerido, principalmente, un análisis económico del impacto en la estructura del mercado.

b) Plazos en el régimen de concentraciones

Un aspecto fundamental del procedimiento de autorización es verificar los plazos. La velocidad y realidad de los negocios no se encuentra alineada perfectamente con los plazos del procedimiento de autorización realizado por la autoridad de competencia. Sin que esta realidad no implique el descarte del control o signifique un reproche a la autoridad, sí obliga

⁶ Tales decisiones podrían ser, conforme a lo expuesto en la Sección 3.2.2. "Formas de control" del Informe 039-2019/ST-CLC-INDECOPI y la Sección VI La Adquisición de Control Genera una Operación de Concentración del Informe 011 -2001-INDECOPI/CLC, por ejemplo, la aprobación del presupuesto de la empresa, el plan estratégico, la definición de planes de inversión, el nombramiento de personal directivo como gerentes, funcionarios y miembros del Directorio.

⁷ La Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *Mandeville Island Farmsv. American Crystal Sugar Co.* precisó que para la aplicación de la Sherman Act el análisis debería ser enfatizado en los efectos y no en la localización de la conducta del agente denunciado.

a replantear el manejo estricto de determinadas figuras como la obligación de suspensión la cual, finalmente, es aplicable a operaciones que pueden involucrar la participación de diversas autoridades, la sujeción a plazos, condiciones y otros aspectos propios de la autonomía privada.

Así, el plazo ha sido objeto de crítica y reformas según el nuevo Decreto de Urgencia, para lo cual presentaremos dos flujogramas en el cual es posible observar una ligera mejora en términos de tiempo entre el procedimiento bajo la Ley 26876 y el Decreto de Urgencia promulgado en el año 2019. Sin ánimos de realizar mayores críticas a un instrumento legal aún no utilizado en la realidad nacional, es fundamental quedar atentos a los nuevos plazos a implementar y verificar si los mismos permiten el dinamismo comercial requerido por las operaciones comerciales a nivel nacional y mundial y, si además la autoridad puede desarrollar sus actividades de investigación con la rigurosidad exigida por el análisis económico y legal de las concentraciones.

Bajo la Ley 26876, el procedimiento de autorización tiene las siguientes fases claves:

1. Tras el envío de la notificación, la Comisión cuenta con 5 días hábiles - desde la notificación - para decidir si la información proporcionada por el o los agentes participantes de la operación se encuentra completa. Si la Comisión identifica que faltan elementos para considerar como completa la notificación, la Comisión requerirá a el o los notificantes que en un plazo máximo de 5 días completen la notificación.
2. Tras considerar como completa la notificación, la Comisión cuenta con 10 días hábiles para requerir información adicional o documentos necesarios para la evaluación de la operación, los cuales deberán presentar la o las notificantes en un plazo de 10 días hábiles a partir de la solicitud de la autoridad.
3. Una vez cuente con la información, la Comisión tiene un plazo máximo de 30 días hábiles para emitir su decisión, que puede encontrarse en los siguientes sentidos: i) la aprobación de la operación; ii) aprobar la transacción pero sujeta a condiciones; o, iii) negar la operación. Si es considerado como necesario, la Comisión puede prorrogar este plazo en 30 días hábiles adicionales.
4. Finalmente, las partes pueden apelar la decisión de la CLC ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en un plazo de 15 días a partir de la decisión final de la CLC. La Sala cuenta con 30 días hábiles para emitir su pronunciamiento.

El periodo formal de revisión de las operaciones de concentración en el sector eléctrico es 30 días hábiles a partir de la confirmación de la presentación de una notificación completa, prorrogable hasta 30 días hábiles adicionales.

Un detalle fundamental en el caso de la Ley 26876 es que está sujeto el procedimiento a la aplicación del silencio administrativo negativo. Es decir, si el INDECOPI no emite una decisión dentro del período de revisión formal, la solicitud de aprobación para la transacción se considerará denegada.

Bajo el Decreto de Urgencia 013-2019, el procedimiento en el marco de la nueva disposición tiene dos momentos claves:

Primera fase

1. También llamada como procedimiento simplificado o *fast track*: Tras la presentación de la notificación, la Comisión en un plazo de 10 días hábiles -contados a partir de la presentación- debe decidir si la información está completa. Si identifica la autoridad que la notificación está incompleta, la parte notificante cuenta con 10 días hábiles para completar la notificación. Si la parte notificante no cumple con la solicitud, se considerará que la solicitud no se ha presentado. Si se completa la solicitud, la notificación se acepta en un plazo máximo de cinco (5) días laborables.
2. Acto seguido, la Comisión dispone de un máximo de 30 días hábiles para emitir su decisión. Para emitir una decisión, la Comisión en esta primera etapa evalúa:
 - i) si la concentración está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento; y
 - ii) si la operación suscita preocupaciones sobre sus importantes efectos restrictivos para la competencia en el mercado.
3. Así, si la concentración empresarial no está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento o sus efectos no plantean preocupaciones de la autoridad, el procedimiento finalizará y se autorizará la operación. Por el contrario, si la concentración empresarial está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento y la autoridad identifica efectos restrictivos significativos para la competencia, la Comisión debe continuar hasta la segunda fase.

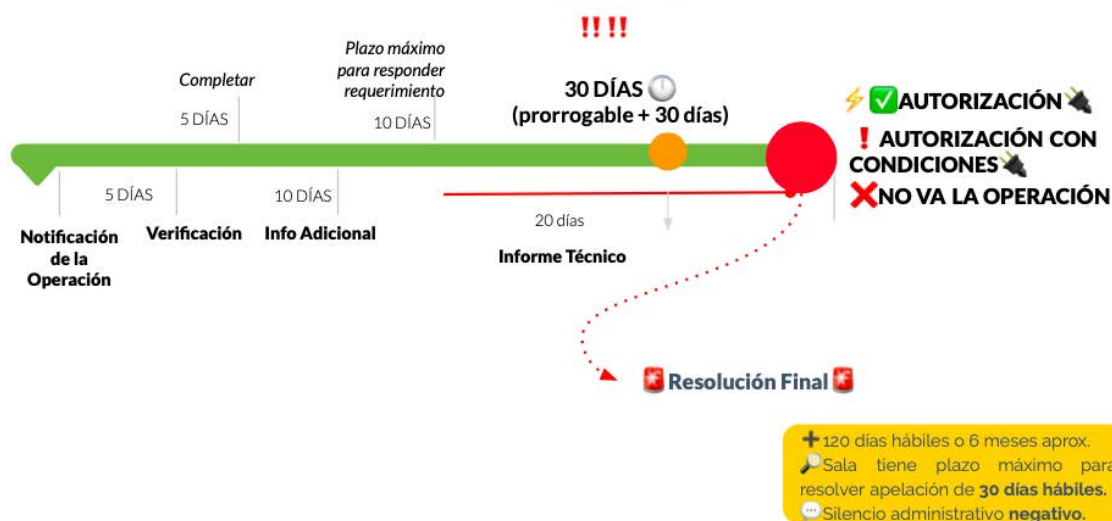
Segunda fase

4. La segunda fase no supera los noventa (90) días hábiles y es posible que la Comisión la prorrogue por un período máximo de treinta (30) días hábiles, existiendo para ello una justificación previa. La Comisión, finalmente, emite su decisión, ya sea: i) aprobando la operación; ii) aprobar la transacción pero sujeta a condiciones; o, iii) negar la operación.
5. Finalmente, las partes pueden apelar la decisión de la CLC ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en un plazo de 15 días a partir de la decisión final de la CLC. La Sala cuenta con 90 días hábiles para emitir su pronunciamiento.

Así, el periodo formal de revisión es en la primera fase 45 días hábiles, aproximadamente, y el periodo de la segunda fase es 120 días hábiles.

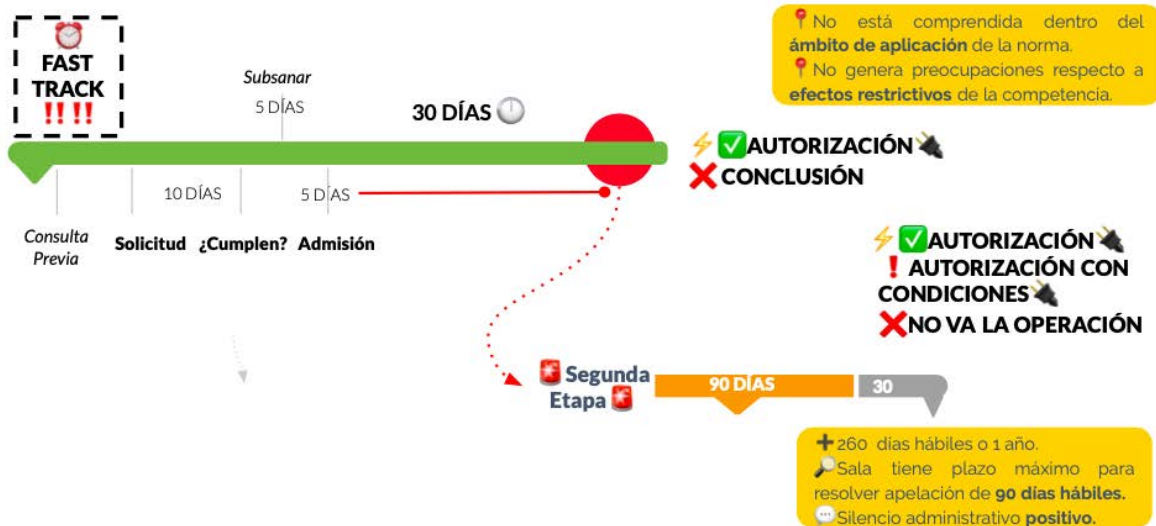
Un elemento adicional incorporado por el Decreto de Urgencia en tema de procedimiento es que, a diferencia de lo dispuesto en el régimen del sector eléctrico, si la Comisión no emite una decisión dentro del plazo de revisión formal, la aprobación de la transacción se considera concedida.

PROCEDIMIENTO 26876



Elaboración propia

PROCEDIMIENTO D.U.013-2019



Elaboración propia

- c) Obligaciones en el régimen de concentraciones: obligación de notificar y obligación de suspender la operación hasta pronunciamiento.

Para garantizar la realización del control previo, según el artículo 3 de la Ley 26876, dos son los mínimos indispensables en el desarrollo del procedimiento: (i) la obligación de notificar el acto de forma previa a la concentración y (ii) la prohibición legal de no perfeccionar la operación / suspender la operación hasta el pronunciamiento de la autoridad de competencia.

Es así que la *obligación de notificar* como instrumento preventivo comprende poner a disposición de la autoridad de manera previa al cierre de la operación toda la información relevante de la operación de concentración que le permita evaluar y promover la defensa de la competencia. Como referencia en sistemas comparados, la Comisión Federal de Competencia Económica de México en el artículo 87 de la Ley Federal de Competencia Económica prevé que dicha notificación o acto del privado de informar a la autoridad sobre la operación debe ser realizada antes de los siguientes hechos:

Ley Federal de Competencia Económica

Artículo 87.- Los Agentes Económicos deben obtener la autorización para realizar la concentración a que se refiere el artículo anterior antes de que suceda cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. El acto jurídico se perfeccione de conformidad con la legislación aplicable o, en su caso, se cumpla la condición suspensiva a la que esté sujeto dicho acto;
- II. Se adquiera o se ejerza directa o indirectamente el control de hecho o de derecho sobre otro Agente Económico, o se adquieran de hecho o de derecho activos, participación en fideicomisos, partes sociales o acciones de otro Agente Económico;
- III. Se lleve al cabo la firma de un convenio de fusión entre los Agentes Económicos involucrados, o
- IV. Tratándose de una sucesión de actos, se perfeccione el último de ellos, por virtud del cual se rebasen los montos establecidos en el artículo anterior.

La notificación de los actos previstos como notificables por la norma de control de concentraciones tiene carácter obligatorio en el sistema peruano. Aún más, el incumplimiento de dicha obligación tiene naturaleza de infracción pues afecta de forma directa una de las herramientas del control para que este sea efectivo, poner en conocimiento de la autoridad. Es así que esta notificación constituye una carga para el o los agentes económicos que deseen operar en el mercado, el cual deberá considerar la disposición de información a la autoridad de forma previa a la operación.

La *obligación de suspensión*, por otro lado, actúa de forma complementaria a la obligación de notificar, pues busca garantizar que los agentes económicos involucrados no procedan a cerrar el acto de concentración sin antes haber recibido el pronunciamiento expreso de la autoridad autorizando u autorizando con condiciones la operación propuesta mediante la notificación.

Como la OECD precisa sobre el marco de concentraciones de la Comisión Europea: “The duty to notify is complemented by the so-called standstill obligation. This obligation entails that parties may not implement a concentration before the Commission has declared the concentration compatible with the common market, i.e. approved it” (OECD 2018:2). En esa línea, la normativa peruana de control de concentraciones dispone sobre la obligación de suspensión que, en caso los agentes decidan hacer caso omiso a la obligación, la operación realizada será considerada como una sin efectos para el mercado eléctrico peruano, ello aunado a la sanción a los agentes económicos por proceder de forma contraria a la obligación establecida.

Es preciso anotar que ambas obligaciones se replican en el régimen establecido bajo el Decreto de Urgencia 013-2019, tal es así que entre las infracciones establecidas en el artículo 26 del citado decreto, se encuentra no presentar la solicitud de autorización (obligación de notificar) así como ejecutar una operación sin contar con la autorización de la autoridad de competencia. Para ilustrar las obligaciones, a continuación se detallan las infracciones vinculadas a las obligaciones de notificación y suspensión que bajo el nuevo régimen también deben ser respetadas y así garantizar un efectivo control por parte de la autoridad de competencia.

Decreto de Urgencia 013-2019

Artículo 26.- Infracciones administrativas

Las infracciones administrativas, sancionadas por el Indecopi, en el ámbito de aplicación del presente decreto de urgencia, se distinguen entre leves, graves y muy graves, y se configuran en los siguientes supuestos:

1. Leves

- a. No presentar la solicitud de autorización mediante el procedimiento de control previo, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto de urgencia.
(...)

2. Graves

- a. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de haber sido sometida al procedimiento de control previo.
- b. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de que se emita la resolución del órgano competente.
- c. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de que se produzca el silencio administrativo positivo.

3. Muy graves

- a. Incumplir o contravenir una condición, un acuerdo o un compromiso establecido en una resolución emitida en aplicación del presente decreto de urgencia.
- b. Ejecutar una operación de concentración empresarial habiendo sido denegada su autorización.
(...)

d) Casuística

Ahora bien, un punto final de la presentación del régimen de control de concentraciones es un reporte de los casos analizados hasta la fecha por la autoridad de competencia. En el cuadro que a continuación se dispone se puede observar que la experiencia en el control de concentraciones no es numerosa; sin embargo, para el ámbito del derecho si ha traído algunas novedades en el sentido de conocer qué operaciones pueden ser vistas o no por la autoridad de competencia así como el ámbito de actuación de la autoridad de competencia respecto a la imposición de condiciones o revisión de las mismas. En ese sentido, en esta sección se prestará especial atención al aspecto procedimental en las autorizaciones del sector eléctrico.

RESOLUCIÓN	SOLICITANTE	DETALLE	SENTIDO DE LA RESOLUCIÓN
002-1998- INDECOPI-CLC	Etecen	Solicitud de Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. - ETECEN por su participación en el capital social de la empresa concesionaria del contrato de construcción y explotación de la Línea de Transmisión Eléctrica Mantaro-Socabaya.	Improcedente*

015-1998- INDECOPI-CLC	Cono Sur	Solicitud de Compañía Eléctrica Cono Sur S.A. para la adquisición del total de acciones de Generandes Perú S.A. correspondientes al Chase Manhattan International Finance Limited, 4.7% de acciones.	Improcedente*
012-99- INDECOPI/CLC	Endesa	Solicitud de Empresa Nacional de Electricidad de España S.A. para la adquisición de acciones de Enersis S.A. y la adquisición de acciones de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de Chile por Enersis S.A.	Autorizada con condiciones
029 -2001- CLC/INDECOPI	PSEG Global	Solicitud de PSEG Global Inc. para la adquisición de la generadora Empresa de Electricidad de los Andes S.A. en el caso de ser la ganadora del Concurso Público.	Autorizada
030-2001- CLC/INDECOPI	Tractebel	Solicitud de Tractebel S.A. para la adquisición de la generadora Empresa de Electricidad de los Andes S.A. en el caso de ser la ganadora del Concurso Público	Autorizada
016-2002- INDECOPI/CLC	ISA	Solicitud de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P para la adquisición de la concesión de las transmisoras Eléctrica Centro Norte S.A. y Eléctrica del Sur S.A.	Autorizada
020 -2002- CLC/INDECOPI	Tractebel	Solicitud de Tractebel S.A. para la adquisición de las generadoras Empresa Generadora del Arequipa S.A. y Empresa Generadora del Sur S.A.	Autorizada
022-2002- INDECOPI/CLC	Electroandes	Solicitud de Electroandes S.A. para la adquisición en usufructo del Proyecto Yuncán.	Improcedente
003-2006- INDECOPI/CLC	Aguaytía	Solicitud de PIDC Aguaytía, LLC por medio del cual Duke Energy Corporation controlará a la empresa Aguaytía 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.	Autorizada
026-2006- INDECOPI/CLC	Etevensa- Edegel	Solicitud de Edegel S.A.A. y Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla S.A. Etevensa, a través de la cual Edegel absorberá a Etevensa, asumiendo a título universal y en bloque su patrimonio	Autorizada
052-2006- INDECOPI/CLC	ISA	Solicitud de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. para la posible adquisición de acciones del Consorcio Transmataro S.A.	Inadmisible
081-2006- INDECOPI/CLC	ISA	Solicitud de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. para la posible adquisición de acciones del Consorcio Transmataro S.A.	Autorizada con condiciones
058-2009/CLC- INDECOPI	Enel	Solicitud de Enel S.P.A. para la adquisición del control exclusivo sobre Endesa S.A. y a través de ésta sobre Edegel S.A.A., Empresa Eléctrica de Piura S.A. y Edelnor S.A.A.	Autorizada
082-2009/CLC- INDECOPI	Else	Solicitud de Electro Sur Este S.A.A. (ELSE) para la transferencia de la Central Hidroeléctrica Hercca de propiedad de Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. – EGEMSA a propiedad de ELSE.	Improcedente
027-2011/CLC- INDECOPI	Sempre	Solicitud de Sempra Energy International Holdings B.V. para el control exclusivo sobre Luz del Sur S.A.A., Empresa de Distribución de Cañete S.A. y el proyecto de generación Central Hidroeléctrica Santa Teresa.	Autorizada
007-2014/CLC- INDECOPI	Kallpa	Solicitud de Kallpa Generación S.A. para la adquisición de la Central Térmica Las Flores, de propiedad de Duke Energy Egenor.	Autorizada
034-2014/CLC- INDECOPI	Enersis	Solicitud de Enersis S.A. para la adquisición del 100% de las acciones de Inkia Holdings (Acter), titular indirecto del 39% de Generandes Perú S.A., que a su vez es titular del 54,20% de las acciones emitidas por Edegel S.A.A., siendo esta última titular del 80% de las acciones de Chinango S.A.C.	Autorizada
039-2014/CLC- INDECOPI	Duke	Solicitud de Duke Energy Egenor Sociedad en Comandita por Acciones para la adquisición de la Central Hidroeléctrica Las Pizarras de titularidad de la Empresa Eléctrica Río Doble S.A.	Inadmisible
038-2017/CLC- INDECOPI	Cube	Solicitud de Cube Renewables Iberia S.L.U. para la adquisición de los derechos políticos del 51% de las acciones de GTS Majes S.A.C. y de GTS Repartición S.A.C., que posee actualmente Grupo T-Solar Global S.A.	Autorizada
001-2018/CLC- INDECOPI	ATN	Solicitud de ATN S.A. para la adquisición del 100% del capital social de Hidrocañete S.A.	Autorizada
027-2018/CLC- INDECOPI	ISQ	Solicitud de ISQ Global Fund GPGP, LTD. y ISQ Global Fund II GP, LLC. para la adquisición del 100% de las acciones de Inkia Americas, principal accionista de Inkia Americas Holdings Ltd., titular del 100% de acciones de IC Power Holdings (Kallpa) Ltd., quien a su vez es titular del 74,84% de las acciones de Kallpa y Samay I.	Autorizada
007-2019/CLC- INDECOPI	Nautilus	Solicitud de Nautilus Inkia Holdings LLC para llevar a cabo una operación de concentración empresarial en el sector eléctrico, precisando que adquiriría de Energía del Pacífico S.A. el 25,16% de las acciones de las empresas peruanas Kallpa Generación S.A. y Samay I S.A.	Autorizada

*En el RESUELVE de las resoluciones, si bien no se determinó la improcedencia de la solicitud presentada de forma expresa, la Comisión de Libre Competencia determinó que ambas operaciones no constituían operaciones de concentración sujetas a la aplicación de la Ley 26876.

Conforme al cuadro expuesto líneas arriba, la mayor parte de las operaciones sujeta a aprobación de la autoridad de competencia han sido aprobadas. Sin embargo, es preciso anotar que este cuadro no refleja la totalidad de operaciones comerciales realizadas en el sector eléctrico y ello principalmente por el empleo de los umbrales, los cuales limitan las

operaciones que son objeto de revisión del Indecopi.

Veintidós operaciones en veintidós años. Es cierto, como ya se precisó, que el número no resulta avasallante, pero sí es preciso identificar pronunciamientos de la Comisión y Sala que se alejan del promedio “positivo”. ¿Qué debió pasar en la autorización presentada por Duke Energy en el 2014 para que sea declarada por la Comisión como inadmisibles? ¿Que no consideró ISA en el año 2006 para que su solicitud sea declarada como improcedente? ¿Cuál ha sido el tratamiento de la autoridad de competencia respecto a las operaciones aprobadas con condiciones? ¿Ha generado la Sala de Defensa de la Competencia precedentes administrativos en materia de control de concentraciones bajo la Ley 26876?. Con las preguntas expuestas, el propósito de la última parte de este artículo es identificar las razones concretas del por qué determinadas operaciones sujetas a evaluación no terminaron de ser analizadas o concluyeron en forma distinta a una aprobación sin condiciones.

i. Improcedencia de la notificación

● *Resolución 082-2009/CLC-INDECOPI*

A través de la Resolución 082-2009/CLC-INDECOPI del 26 de noviembre de 2009, la Comisión se pronunció sobre la solicitud presentada por Electro Sur Este S.A.A. (ELSE) para la transferencia de la Central Hidroeléctrica Hercca de propiedad de Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. – EGEMSA a propiedad de ELSE.

Al respecto, el primer paso es determinar si la notificación se encuentra sometida al ámbito de aplicación de la Ley 26876. Para ello, la autoridad de competencia identifica como fundamental determinar si estamos, en el marco de la operación, frente a actos de concentración según del artículo 2 de la Ley 26876 que tienen como efecto una modificación permanente en la estructura de control de las empresas participantes. Así, las operaciones identificadas en el artículo 2 (fusión, constitución de empresa en común, entre otros) deberán ser operaciones cuyo resultado implique la adquisición por parte de una empresa del control sobre otra u otras empresas o, eventualmente, la creación de una empresa global que absorba a las demás que participan en el mercado. Acto seguido corresponde observar si la operación notificada supera los umbrales establecidos en el artículo 3 de la Ley 26876.

La Comisión identificó que la operación notificada consistía en la transferencia de propiedad de la Central Hidroeléctrica Hercca de propiedad de EGEMSA a propiedad de ELSE. EGEMSA y ELSE, según la Comisión en el numeral 20 de la Resolución 082-2009/CLC-INDECOPI, eran empresas cuyo capital social pertenecía mayoritariamente al FONAFE (el 100% y el 99.59%, respectivamente). FONAFE, recordemos, era la entidad encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado, y a través del directorio en el año 2009, podía ejercer titularidad de las acciones representativas del capital social de todas las empresas en las que participa el Estado y administrar los recursos provenientes de dicha titularidad; entre otras funciones que denotaban la importancia del FONAFE en la dirección

de las empresas estatales. Así, era posible concluir que FONAFE podía decidir sobre la aprobación del presupuesto de EGEMSA y de ELSE, la aprobación de sus normas de gestión, la designación de los representantes en sus respectivas juntas generales de accionistas, entre otros e Indecopi concluyó, considerando las funciones expuestas, que ambas empresas se encuentran bajo el control directo del FONAFE.

Considerando que ambas empresas se encontraban bajo el control del FONAFE, la transferencia de la Central Hidroeléctrica Hercca implicaría un cambio en la titularidad formal de un activo al interior de un grupo económico y no se produciría con dicha transferencia una modificación permanente en la estructura de control de las empresas involucradas. Siendo que el control continuaría estando en manos del FONAFE, no se configuraría un acto de concentración en los términos indicados por la Ley 26876 y esto implicó determinar la notificación como improcedente.

- Resolución 022-2002-INDECOPI/CLC

En el año 2002, Electroandes presentó a la Comisión una solicitud de autorización ser la posible adjudicataria de la Buena Pro en el “Concurso Público Internacional PRI-71-01 Promoción de la Inversión Privada en el Proyecto Yuncán”. El Proyecto Yuncán se encontraba en proceso de privatización y de acuerdo con las bases del concurso, la operación consistía en la adquisición en usufructo de activos no productivos, actualmente en etapa de construcción, cuya titularidad pertenecían a la Empresa de Generación de Energía Eléctrica del Centro o EGECEN.

Sin embargo, Electroandes solicitó a la Comisión que considere las normas introducidas por el Decreto Supremo 087-2002-EF respecto al concepto “empresa que realiza actividades” en el marco de los procesos de promoción de la inversión privada. Así, si bien EGECEN era titular de una concesión, los activos materia de la concesión que eran tanto objeto de proceso de promoción de la inversión privada y cuya adquisición podría dar origen a una operación de concentración, no se encontraban operativos, por lo que no cabía considerar a EGECEN una “Empresa que Desarrolla o Realiza Actividades” en el sector eléctrico.

Habiéndose superado el análisis de si nos encontrábamos frente a un cambio en la estructura de control pues, efectivamente, la operación consistía en un traspaso de activos entre distintos titulares, era preciso identificar que el artículo 3 de la Ley 26876 requiere que los umbrales deberán ser evaluados considerando a las empresas que desarrollen actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía.

La Comisión detectó que, para procesos de promoción de la inversión privada, era necesario incorporar al análisis lo dispuesto en el Decreto Supremo 087-2002-EF en su artículo 2. En esa línea, el artículo 2 del referido decreto, se incorporó una definición distinta de “Empresa que Desarrolla o Realiza Actividades” que la contemplada en el literal f) del artículo 2° del Reglamento de la Ley 26876, en tanto ésta última, considera como tales a las empresas que son titulares de concesiones o autorizaciones, mientras la primera exigía adicionalmente, que

los activos se encuentren operativos⁸.

Considerando esta nueva definición particular de los procesos de promoción de la inversión privada, la autoridad de competencia determinó que una de las partes no calificaba como empresa que desarrolla o realiza actividades de acuerdo a lo previsto en el Decreto Supremo 087-2002-EF.

Si bien la operación implicaba la participación de Electroandes que formaba parte del grupo económico PSEG el cual contaba con activos operativos tanto en el mercado de generación como en el de distribución eléctrica, EGEN, su contraparte en el proceso, no contaba con activos operativos y no era posible calificarla como “una empresa que desarrolla o realiza actividad”. Lo anterior determinó que la adquisición del Proyecto Yuncan por Electroandes no constituyera una operación de concentración y se declaró improcedente la notificación de concentración⁹.

Conclusiones sobre la improcedencia de las solicitudes

Se han presentado los dos casos que han sido objeto de análisis por la autoridad de competencia y han concluido en la improcedencia de la Notificación presentada. En ambos casos el análisis se centra en la etapa A o etapa “Umbrales: participación y control”. Esta etapa, como bien se explicó en la sección anterior implica el análisis a dos niveles, tanto a nivel de identificar que es una operación que responde a un cambio permanente en la estructura de control y si la participación de los agentes de la operación que realizan actividades en el sector eléctrico superan los umbrales establecidos en el artículo 3 de la Ley 26876, así como identificar que, efectivamente, se encuentran operando en el sector eléctrico¹⁰.

Incorporando lo observado en los dos casos, a manera de guía, las siguientes preguntas deberán ser respondidas para afirmar que efectivamente nos encontramos frente a una operación objeto de análisis por la autoridad de competencia:

- ¿Frente a qué operación nos encontramos?
Para ello, considerar la lista de operaciones en el artículo 2 de la Ley 26876.
- ¿Esta operación implica un cambio en la estructura de control? ¿De qué forma se está materializando el control?
Este es un punto fundamental pues la operación identificada deberá ser una que

⁸ **Decreto Supremo N° 087-2002-EF**

Artículo 2.- “Para efectos del presente Decreto Supremo, se entenderá por “Empresa que Desarrolla o Realiza Actividades” a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de concesiones o autorizaciones para desarrollar las actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica y que sus activos se encuentren operativos”.

⁹ Dicha definición se encuentra en correspondencia con lo afirmado por la Comisión en la Resolución N° 011-2002-INDECOPI/CLC, en el procedimiento seguido por Empresa de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. – ISA, que explicaba “...el Reglamento, define la necesidad que los activos de la empresa que desarrolla actividad, se encuentren operando en el mercado eléctrico peruano. Si por el contrario, la empresa sólo fuera titular de un proyecto, en fase de investigación o implementación de la obra, dicha empresa no estaría obligada por ley a solicitar una autorización previa a la Comisión”.

¹⁰ Con la excepción ya citada para el caso de procesos de promoción de la inversión privada.

otorgue al nuevo adquirente de control 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.

- ¿Quién tiene el control de cada uno de los agentes participantes de la operación?
Nos permite identificar si nos encontramos frente a un cambio en la dirección o si la transferencia ocurre al interior de un mismo grupo económico, con lo cual, la operación no sería relevante para la autoridad de competencia.
- ¿Esta operación implica un cambio permanente en la estructura de control?
Con este punto, podemos descartar toda aquella operación que tenga como objeto un cambio temporal.
- Acto seguido, según el artículo 3 cabe preguntar ¿Las empresas de la operación son empresas que desarrollan actividades en el sector eléctrico?
Nos permite descartar operaciones que si bien involucran en una parte a empresas que operan en el sector eléctrico, en la contraparte consisten en proyectos o empresas que no tienen participación en la industria y por ello, no implica el ingreso o salida de agentes del mercado eléctrico.
- ¿Son empresas que superan por sí mismas o en conjunto los umbrales de participación posean, previa o posteriormente al acto de concentración, una participación igual o superior al 15% del mercado, de manera conjunta o separada, en el caso de concentraciones horizontales, o una participación igual o superior al 5% en cualquiera de los mercados involucrados, en el caso de las concentraciones verticales?.

Solo en tanto se responda afirmativamente al cambio permanente en la estructura de control y los agentes se encuentren dentro de los umbrales de participación así como operando en el sector eléctrico, podremos concluir que nos encontramos con una operación que sí se encuentra sometida al ámbito de aplicación de la Ley 26876 y corresponde continuar con la evaluación de los efectos en la competencia.

ii. Notificación inadmisibles

- Resolución 039-2014/CLC-INDECOPI

Duke Energy Egenor Sociedad en Comandita por Acciones presentó una notificación de concentración en el sector eléctrico mediante el cual pretendía adquirir la Central Hidroeléctrica Las Pizarras de titularidad de la Empresa Eléctrica Río Doble S.A. Acompañó su solicitud con el “Formulario para la Notificación de Concentraciones en el Sector Eléctrico”.

Indecopi identificó que Duke, en el numeral 8 del Formulario, no cumplió con identificar si el acto de concentración se realizaría bajo el esquema de adquisición del 100% de las acciones de Río Doble o la adquisición de los activos de la Central Hidroeléctrica Las Pizarras u otra forma de concentración. En esa línea, en el artículo 14 del Reglamento de la Ley 26876 se detallan los requisitos de admisibilidad necesario para el inicio de procedimiento de autorización previa e identifica los elementos obligatorios que deben

acompañar la notificación de la operación de concentración y que, a su vez, se encuentra detallada en el formato aprobado por la Comisión.

De forma particular, el literal d) del artículo 14 del Reglamento¹¹ exige que las empresas describan los pormenores de la operación de concentración y así lo recoge el numeral 8 del Formulario aprobado por la Comisión, mediante el cual se exige que se indique de forma específica el acto de concentración por el cual se solicita su autorización.

La Comisión, habiendo identificado que Duke no cumplió con identificar la operación ni en el momento de la notificación ni tras el requerimiento realizado por la Comisión, fundamenta por qué es importante identificar el tipo de operación de realizar.

La estructura exacta de la transacción, en postura de la Comisión, es importante no solo para conocer el mecanismos de la transacción y conocer qué está siendo adquirido, sino para, posteriormente tener información concreta que permita realizar cálculos para determinar el grado de concentración en el mercado analizado medido a través del Herfindahl-Hirschman Index. Por ejemplo, si nos encontramos frente a una operación que incide en el número de agentes, los cálculos para determinar el grado de concentración en el mercado variarán y se podría pasar de un mercado moderadamente concentrado, antes de la concentración, a un mercado altamente concentrado, después de la operación.

Como Duke no precisó el acto a concentración a realizar ni en el momento de presentar la notificación ni tras el requerimiento de información y el plazo máximo de 5 días, la Comisión determinó que, al no existir dentro del plazo de 5 días una subsanación de la solicitud de autorización, la consecuencia es considerar como no presentada la notificación de la operación de concentración. Con ese razonamiento, determinó la Comisión que la no presentación de la totalidad de la información solicitada en el Formulario, debe considerarse como no presentada la notificación efectuada, declarándose inadmisibles.

- Resolución 052-2006-INDECOPI/CLC

La empresa Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. presentó una solicitud para la adquisición de acciones del Consorcio Transmantaro S.A.

¹¹ **Reglamento de la Ley 26876**

Artículo 14.- Información que debe acompañarse a la Notificación.

La Notificación solicitando la autorización previa de la Operación de Concentración deberá estar acompañada obligatoriamente, por lo menos, de la siguiente información, la misma que será presentada de acuerdo al formato que para tal efecto aprobará la Comisión: a) identificación de las Personas o empresas que efectúan la Notificación y de las otras partes que intervienen en la Operación de Concentración; b) descripción de la estructura de propiedad y control de cada una de las Personas o Empresas que Participan en la Operación de Concentración, incluyendo la de las empresas que pertenezcan al mismo Grupo Económico; c) descripción de los vínculos personales, de propiedad, y/o de gestión existentes entre cada una de las Personas o empresas comprendidas en el punto anterior respecto de otras empresas que operan en el mercado o en los mercados relacionados; d) descripción de los pormenores de la Operación de Concentración y relación de los mercados afectados por la operación; e) información relativa a los mercados afectados por la Operación de Concentración: ámbito geográfico del mercado afectado, grado de competencia existente en el mercado, elementos que determinan la facilidad o dificultad de acceso al mercado en el que se ha de verificar la concentración, entre otros; f) descripción detallada de los efectos de la operación sobre el mercado, así como de las eficiencias económicas generadas; y, g) copia de los documentos definitivos o más recientes relativos al cierre de la Operación de Concentración; copia de los análisis o estudios llevados a cabo por las empresas involucradas en la operación a efectos de evaluar la Operación de Concentración en cuanto a las condiciones de competencia, los competidores y la situación de mercado; h) Otros documentos que solicite la Comisión.

De igual forma que el caso anterior, ISA solicitó la autorización previa y acompañó la notificación con el Formulario para la Notificación de Concentraciones en el Sector Eléctrico. Recordemos que el artículo 14 del Reglamento es el que determina la documentación obligatoria que debe acompañar a la Notificación y considerando eso, la Comisión identificó que ISA no cumplió con identificar en el Formulario las eficiencias derivadas en la operación, información identificada como requisito de admisibilidad en el literal f) del artículo previamente citado.

Incluso tras el plazo máximo de prórroga otorgado, ISA no proporcionó la totalidad de la información solicitada en el numeral 40 del Formulario en lo que se refiere a la medición o estimación de las potenciales eficiencias económicas generadas con la operación. La Comisión afirmó que estos requisitos de admisibilidad no son posibles de ser subsanados en la etapa de postulación del procedimiento y que la medición o estimación de las potenciales eficiencias de la operación es indispensable para que la Comisión determine si corresponde autorizar o no la concentración. Considerando lo anterior, la información es esencial para tener como notificada la operación y sin ella no se puede determinar el inicio del procedimiento, por ello determinó la inadmisibilidad de la solicitud presentada por ISA.

iii. Operación aprobada con condiciones

- Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC

Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante, ISA) 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 Consorcio Transmantaro S.A. (en adelante, CTM) a través de la compra de la totalidad de sus acciones. Ambas empresas contaban con presencia en el sector eléctrico peruano a la fecha de notificación, ISA a través de Red de Energía del Perú S.A. e Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A. y CTM como concesionaria de la línea de transmisión Mantaro – Socabaya.

La Comisión identificó que la operación propuesta era una que incidía en la estructura de control de CMT y que la operación superaba el umbral del 15% establecido en la Ley 26876, por tanto se encontraba dentro del ámbito de aplicación de la Ley y resolvió declarar procedente la solicitud de autorización previa. Acto seguido determinó que restaba analizar 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, considerando sus probables eficiencias y efectos sobre la competencia.

Para la Comisión “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”¹². Sin embargo, también identificó que dicha operación podría generar una preponderancia por parte de ISA en las decisiones al

¹² Ver numeral 41 de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.

interior del COES así como una posición predominante de ISA en el mercado de transmisión eléctrica, la cual le otorgaría ventajas a futuro frente a potenciales agentes que quisieran realizar sus ofertas en los concursos de construcción y/o ampliación de redes eléctricas.

Considerando estos problemas, 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, Red de Energía del Perú S.A. e ISA Perú (Grupo ISA). Las referidas condiciones fueron las siguientes:

- 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”.

- 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”.

Ahora bien, el caso ISA nos trae un elemento particular como es la imposición de condiciones

por parte de la autoridad de competencia a las operaciones de concentración empresarial. Sin embargo, estas condiciones, con el tiempo, fueron cuestionadas por ISA lo cual llevó a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia a pronunciarse a través de la Resolución 0623-2014/SDC-INDECOPI. Tal fue la importancia de la revisión de las condiciones en el procedimiento de autorización que se determinó el establecimiento de un precedente de Observancia Obligatoria.

Recordemos que, principalmente, Indecopi consideró que el Grupo ISA tras la concentración se encontraría en una mejor posición competitiva y por ello le impuso condiciones respecto a su participación al interior del COES así como en los procesos de licitación. La realidad, como analizó la Sala, llevó al Grupo ISA a solicitar el inicio de un procedimiento de revocación y/o eliminación de las condiciones impuestas por la Comisión pues el Grupo ISA no tenía la mejor posición asumida por el Indecopi.

Respecto a las condiciones impuestas en las licitaciones, la competencia entre los postores fue absoluta y postores distintos al Grupo ISA se adjudicaron los proyectos más grandes, pese a que, a través de la condición impuesta, se había obligado al grupo ISA a plantear su oferta más agresiva en la primera convocatoria. ¿Por qué sucedió esto? Porque los otros agentes, contrario a lo previsto por la Comisión, sí estaban en condiciones de plantear una mejor oferta.

En ese sentido, la Sala identificó que existen dos tipos de condiciones posibles de ser impuestas por la Comisión en los procedimientos de autorización de concentraciones empresariales:

- El primer tipo consiste en remedios estructurales normalmente asociados a la reasignación de los derechos de propiedad y en aplicación de estas condiciones se puede exigir la venta de activos.
- Por otro lado, existen los remedios de conducta que se encuentran vinculados con la restricción de derechos de propiedad o libertad económica 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.

La Sala expuso que las condiciones de comportamiento, de acuerdo con la experiencia comparada, se encuentran normalmente sujetas a una limitación temporal. La razón es que estas condiciones están basadas en supuestos o proyecciones respecto de la situación del mercado. Ahora, dado que los competidores realizan sus actividades en un entorno dinámico, 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.

Entonces, a diferencia de las condiciones estructurales, cuyos efectos son irreversibles y ya no son seguidas por parte de la autoridad de competencia una vez implementadas, las condiciones de comportamiento sí son revisables en tanto exista un cambio de circunstancias

que justifique la pertinencia o no de dicha condición. Es en ese sentido que la solicitud de ISA era posible de ser analizada en tanto se identificaron circunstancias sobrevinientes que hacían posible la modificación o revocación de las condiciones impuestas. Para ello, se incorporó además lo dispuesto por la Ley 27444 que determinó que es posible iniciar el procedimiento de revocación “Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca a los destinatarios del acto y no se dañe a terceros”.

Así, las condiciones impuestas por la autoridad de competencia sí son posible de ser revisadas siempre y cuando no estén referidas a temas estructurales sino al comportamiento en el mercado de los agentes objeto de las condiciones. Esto, sin lugar a dudas, implicó un aporte al procedimiento de control de concentraciones. Reconocer que el dinamismo del mercado hace posible la revisión de las condiciones nos recuerda que nos encontramos frente a operaciones que, si bien son aprobadas en un determinado momento en el tiempo, tienen como horizonte temporal uno superior.

IV. Conclusiones

El control de concentraciones es una herramienta que tiene vigencia en el Perú desde el año 1997; sin embargo, su aplicación no ha generado un mayor revuelo pues desde su configuración, fue planteado exclusivamente para el sector eléctrico.

Es cierto que durante, aproximadamente 20 años, la discusión sobre la conveniencia o no de la aplicación del control ha existido, pero no ha sido hasta el año 2016 que, a través de diversos proyectos de ley se ha vuelto a plantear la discusión sobre un posible control sobre las operaciones de fusión, adquisición y otras que incidan en la estructura de control de forma permanente.

Este tema va a generar discusión aun de forma posterior a la aplicación del nuevo régimen, incorporado a través del Decreto de Urgencia 013-2019, y desde este artículo no consideramos necesario exponer nuestra postura en torno al debate, sino revisar qué se ha logrado desde el año 1997 con el control sobre las operaciones en el sector eléctrico.

Sin perjuicio de ello, es importante resaltar que el control de concentraciones desde el sector eléctrico si ha permitido a la autoridad de competencia evaluar las condiciones del mercado y de una forma u otra, otorgar una garantía de que el comportamiento de los agentes en el mercado están orientados a alcanzar una mayor eficiencia económica.

Así, si bien la experiencia ha sido poco numerosa, el control de concentraciones ha incidido en una industria particularmente sensible, la cual ha venido desarrollando de forma eficiente sus actividades hasta el día de hoy. Y es posible reconocer al Indecopi como agente fundamental en esta consolidación de la industria en la actualidad.

El control siempre va a ser cuestionado, ahora solo queda encontrarnos atentos a la autoridad

y verificar que sus decisiones estén sujetas a parámetros objetivos dispuestos en los instrumentos normativos. Desde ahí el balance del control de concentraciones en el sector eléctrico resulta positivo. Esperemos que con el nuevo régimen, la autoridad continúe en dicho camino.



Bibliografía

Competition Commission.

2008 “Merger Remedies: Competition Commission Guidelines”. 2008. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284415/cc8.pdf.

DAMMERT, Alfredo, GARCÍA CARPIO, Raúl y MOLINELLI, Fiorella.

2011 “Regulación y supervisión del sector eléctrico”. Publicación editada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú . Lima. 2011.

FERNÁNDEZ-BACA, Jorge.

2006 “Organización Industrial”. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

GARRIDO FALLA, Fernando

1959 Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas en Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N° 28, 1959, págs. 11-50.

HEYER, Ken.

2012 “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.

JIMÉNEZ – LAIGLESIA, José María; JIMÉNEZ – LAIGLESIA, Juan y MASÍA, Jorge,

2009 “Examen de concentraciones en el sector energético español”. Publicado en: “Derecho de la Competencia y Energía Eléctrica”. Editorial Thomson Reuters. Navarra.

KRESALJA, Baldo, y César OCHOA

2012 El régimen económico de la Constitución de 1993. Lima: PUCP. Fondo Editorial.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin y OLNEY, Martha L.

2008 Fundamentos de economía, Editorial Reverté, 2008.

LUYO, Jaime

2012 “De las crisis a las Reformas regulatorias en el Sector energía”. En Círculo de Derecho Administrativo. Año 2012.

MORÓN URBINA, Juan Carlos.

2011 “La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica”. Revista Derecho PUCP No 67. Editada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2011.

QUINTANA, Eduardo.

2013 Libre Competencia. 2013, Indecopi.

SALINAS RIVAS, Sergio. “La ley antimonopolio y antioligopolio en el sector eléctrico. ¿sobre regulando el mercado?”. Revista Ius et Veritas. No 33.

SANTIVÁÑEZ SEMINARIO, Ricardo y Paul SUMAR Gilt

2012 Cuarenta años de evolución del marco legal peruano de la transmisión eléctrica. Disponible en <http://www.santivanez.com.pe/wp-content/uploads/2012/07/04transmicion-electrica.pdf>

UGARTECHE, Oscar

2004 Adiós Estado, Bienvenido Mercado. Lima: Friedrich Ebert Stiftung, 2004.

ZUÑIGA FERNÁNDEZ, Tania

2018 “El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación”. En IUS ET VERITAS, número 56.

