

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado**

Informe sobre Expediente N° 0622-2010/SC1

Autor: Manuel Eduardo Cruz Castillo.

**Asesor/a**

Alejandro Martin Moscol Salinas

**Lima, 2021**

## **RESUMEN**

Considero que el presente expediente tiene especial relevancia debido a que recientemente se ha aprobado la Ley N° 31112, el cual establece el control previo de operaciones de concentración empresarial; y mediante la cual se derogó la Ley 26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. De esta manera, mi elección del presente expediente se encuentra justificada en el hecho de que, una vez que entre en vigencia la Ley antes mencionada, se necesitará de profesionales que cuenten con conocimiento tanto del lado corporativo de una fusión y adquisición, así como del lado regulatorio, referido al control de concentraciones. En atención a lo antes mencionado, el objetivo principal de la investigación materia del presente es, en primer lugar, profundizar en la definición de operación de concentración en el Perú, así como del concepto de control. Del mismo modo, en segundo lugar, es determinar la necesidad del respeto de los principios del derecho administrativo sancionador para un eficaz procedimiento sancionador. Se utilizaron como principales métodos de interpretación jurídicos para poder arribar a las conclusiones pertinentes, los métodos de interpretación literal, teleológico y sistemático a través de la comparación con otras normas, ya sean nacionales o de derecho comparado. Ello en relación a que la interacción entre los distintos métodos de interpretación permite un análisis que le otorgará mayor riqueza a las conclusiones, teniendo en especial consideración que nacionalmente no poseemos mucho desarrollo tanto normativo como doctrinario respecto de un régimen de control de concentraciones. La conclusión principal del presente informe es que INDECOPI tuvo un criterio correcto al momento de determinar que se debía imponer la sanción, ya que el acto realizado lo ameritaba, sin embargo, finalmente, la misma no fue correctamente cuantificada tomando en consideración el administrado imputado.

## ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN – INFORMACIÓN GENERAL DEL EXPEDIENTE	3
II.	IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	3
2.1	ANTECEDENTES	3
2.2	INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	6
III.	PROBLEMAS JURÍDICOS	17
IV.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	18
4.1	CUESTIÓN PREVIA	18
4.1.1	FUNDAMENTO Y OBJETIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA – SECTOR ELÉCTRICO	18
4.1.1.1	SECTOR ELÉCTRICO	18
4.1.1.2	APLICACIÓN DE LOS OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA AL CONTROL DE CONCENTRACIONES	21
4.1.1.3	OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA	23
4.1.2	NATURALEZA Y PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	26
4.2	¿CUÁNDO DEBE ENTENDERSE QUE HA OCURRIDO UNA “OPERACIÓN” O “ACTO” DE CONCENTRACIÓN”?	30
4.2.1	¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR CONCENTRACIÓN?	32
4.2.2	¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR CONTROL?	34
4.3	¿LAS ACCIONES ADOPTADAS POR PARTE DE ENEL RESULTABAN RAZONABLEMENTE SUFICIENTES PARA DETERMINAR QUE ACTUARON CONFORME A LO QUE SE ESPERABA Y POR ENDE NO SE EJERCIÓ UN CONTROL EFECTIVO?	39
4.4	¿SE VULNERARON PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, TIPICIDAD Y RAZONABILIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL TRÁMITE DEL PROCEDIMIENTO?	45
4.4.1	¿SE VULNERARON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD?	45
4.4.2	¿SE VULNERÓ EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD?	52
4.5	¿INDECOPI POSEE FACULTADES EXTRATERRITORIALES QUE LE PERMITE CUESTIONAR ACTOS CELEBRADOS EN TERRITORIO EXTRANJERO?	55
4.5.1	¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR EL “PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD”?	56
4.5.2	¿CUÁL ES EL ALCANCE DE LA NORMA PERUANA A LOS ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO BAJO LA DENOMINADA “TEORÍA DE LOS EFECTOS”?	58
V.	CONCLUSIONES	60
VI.	ANEXOS	63
VII.	BIBLIOGRAFÍA	64

## I. INTRODUCCIÓN - INFORMACIÓN GENERAL DEL EXPEDIENTE

<b>Denunciante</b>	: De oficio
<b>Denunciado</b>	: Enel S.P.A
<b>Materia</b>	: Libre Competencia – Control de Concentraciones
<b>N° Expediente</b>	: 0622-2010/SC1
<b>Origen</b>	: INDECOPI

El presente expediente tiene como principales áreas del derecho las siguientes:

- Libre Competencia
- Societario
- Administrativo Sancionador
- Internacional Público

## II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

### 2.1 Antecedentes

1. Endesa S.A. (en adelante, “Endesa”) es una compañía española, la cual desde los años 90 opera en la República del Perú a través de sus subsidiarias Empresa Eléctrica de Piura S.A. (en adelante, “Eepsa”), Edegel S.A.A. (en adelante, “Edegel”) y Edelnor S.A.A. (en adelante, “Edelnor”).
2. En el año 2007, Enel S.P.A. (en adelante, “Enel”) y la empresa Acciona S.A. (en adelante, “Acciona”) eran, directa o indirectamente, accionistas de Endesa, con una participación en el accionariado del mismo de 9,993% y del 21,036% respectivamente. De esta forma, ninguna de las antes mencionadas compañías ejercía control sobre Endesa.
3. Con fecha 26 de marzo de 2007, Enel y Acciona suscribieron el documento denominado “Acuerdo sobre acciones de Endesa S.A.” (en adelante, “Acuerdo Inicial”), en virtud del cual se obligaron a formular una oferta pública de adquisición (“OPA”) conjunta sobre las acciones de Endesa, y a su vez acordaron un proyecto de gestión conjunta de Endesa en caso la OPA resulte positiva.
4. La OPA fue autorizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España con fecha 25 de julio de 2007, lo que tuvo como resultado que Enel eleve su participación en Endesa a poco más del 67% del capital; mientras que Acciona elevaría su participación a poco más del 25% del capital.

5. Como parte del Acuerdo Inicial, Enel concedió a Acciona una opción de venta de sus acciones, en virtud de la cual Acciona tendría el derecho de transmitir a Enel la totalidad de las acciones de Endesa que sean de su titularidad, anticipando posibles conflictos que pudieran derivar del control conjunto que ejercían.
6. Con fecha 20 de febrero de 2009, Enel y Acciona, junto con sus respectivas subsidiarias, suscribieron el documento denominado “Contrato de Compraventa de Acciones y Transmisión de Activos entre Acciona, Finanzas Dos, S.A., Enel, Enel Energy Europe, SrL y Endesa (en adelante, el “Contrato de Compraventa de Acciones”).
7. En virtud del Contrato de Compraventa de Acciones, se convino en ejercer la opción de venta, sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas, dentro de las cuales se incluía la obtención de las autorizaciones sin condiciones que correspondan de las autoridades de defensa de la competencia, sean nacionales o comunitarias.
8. Asimismo, se pactó que una vez que se cumplan con las condiciones suspensivas antes referidas, se fijaría la fecha de formalización de la transferencia dentro de los quince (15) días siguientes a la constancia de cumplimiento de las condiciones suspensivas.
9. Como parte del Contrato de Compraventa de Acciones, con fecha 21 de abril de 2009, Enel notificó a la Comisión de Defensa de la Competencia de INDECOPI (en adelante, la “Comisión”) la operación que se estaba llevando a cabo, dando cumplimiento con ello a la Ley N° 26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (en adelante, la “Ley de Concentraciones”). Se informó que la fecha tope para el cumplimiento de todas las condiciones suspensivas en el Contrato de Compraventa de Acciones era el 20 de agosto de 2009.
10. Con fecha 18 de junio de 2009, Enel y Acciona, junto con sus sendas subsidiarias, comunicaron que se habían cumplido todas las condiciones suspensivas del Contrato de Compraventa Acciones, por lo que fijaban como fecha para la ejecución del mismo el 25 de junio de 2009.
11. En la medida que en la fecha de cierre pactada la Comisión aún no había emitido la resolución correspondiente autorizando la operación sin condicionamientos, en la sesión de Consejo Directivo de Endesa Latinoamérica S.A., empresa holding a través de la cual se ejerce el control indirecto en Eepsa, Edegel y Edelnor, de fecha 22 de junio de 2009, se acordó que la operación no produciría los efectos legales propios de una concentración, oponibles ante autoridades o terceras personas, en territorio peruano.

12. Para poder dar cumplimiento de ello, se acordó que en las sociedades peruanas, en tanto no se obtenga la autorización por parte de la Comisión, (i) no se modificarían los órganos de administración de dichas sociedades; (ii) no se alterará la política comercial de dichas sociedades; ni (iii) en forma general, se efectuará acto alguno que implique modificar la estructura de control vigente en las sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.
13. Tanto el 15 como el 18 de junio de 2009, Enel, Acciona y Endesa notificaron a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España, dando cuenta de la fecha de cierre, la ejecución del acto jurídico de transferencia de acciones materia del Contrato de Compraventa de Acciones y los cambios producidos en la conformación del Consejo Directivo de Endesa.
14. En paralelo, el día 25 de junio de 2009, Eepsa, Edegel y Edelnor comunicaron, por separado, a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (en adelante, "Conasev"), lo acontecido en España, es decir, el cambio de control de Endesa. En dichos documentos se hizo expresa referencia a que los efectos de la referida operación se encontraban sujetos a los requisitos que fuesen aplicables bajo la legislación peruana.
15. Con fecha 2 de julio de 2009, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió un informe en el cual concluye que la operación no implica el ingreso de un nuevo agente al mercado eléctrico, y en la medida de ello, recomendaba a la Comisión autorizar sin condicionamientos la operación notificada.
16. Del mismo modo, el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, "Minem") y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, "Osinergmin") emitieron su opinión favorable respecto de la aprobación de la operación, en la medida que el desarrollo de actividades en el sector eléctrico peruano no se vería afectado.
17. En el mismo sentido, con fecha 16 de julio de 2009, la Comisión emitió la Resolución N° 058-2009/CLC-INDECOPI, mediante la cual se indicó lo siguiente:
  - a) Que correspondía notificar a la Comisión y solicitar la respectiva autorización en la medida que se está adquiriendo una compañía que actúa indirectamente como generador y distribuidor de energía a través de tres (03) empresas, con una participación aproximada de 24% en el mercado.
  - b) La operación resulta eficiente en la medida que el nuevo accionista solo se dedica al rubro de energía, lo que disminuye los costos de coordinación o convencimiento al anterior accionista Acciona, que no solo se dedicaba a dicho rubro; así como una mayor eficiencia administrativa y operativa.

- c) Sin perjuicio de ello, no se encuentra acreditado el hecho de que la toma de control de Enel generará el desarrollo de proyectos de energía renovable en el Perú, como se había señalado en la solicitud de autorización.
  - d) No existe un cambio en las condiciones de competencia en el mercado, ya que Enel operará a través de las mismas empresas a través de las cuales opera Endesa.
  - e) En el mercado de precios regulados – generadores a distribuidores – no existe un incremento de la concentración. No obstante ello, la fijación administrativa de precios disciplinaría cualquier intento de abusar de una posición de dominio en el mercado.
  - f) En el mercado de clientes libres, el índice de concentración no varía, ya que no implica el incremento o disminución del número de agentes independientes que participa en el mercado.
  - g) En conclusión, no se generaría facilidades para el ejercicio de poder de mercado y/o la realización de prácticas colusorias, por lo que corresponde autorizar la operación sin condicionamientos.
18. No obstante la aprobación de la operación, con anterioridad a la fecha de dicha resolución, mediante Resolución N° 051-2009/CLC-INDECOPI de fecha 9 de julio de 2009, la Comisión inició un procedimiento administrativo sancionador en contra de Enel, por haber realizado una operación de concentración luego de haber solicitado la autorización de la Comisión, pero antes de que autorice la misma.

## **2.2 Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador**

1. Mediante Resolución N° 051-2009/CLC-INDECOPI de fecha 9 de julio de 2009, la Comisión inició un procedimiento administrativo sancionador en contra de Enel, por haber realizado una operación de concentración luego de haber solicitado la autorización de la Comisión, pero antes de que se otorgue la autorización. Para ello se arguyó que con fecha 25 de junio de 2009, Enel y Acciona habrían realizado la transmisión de las acciones contemplada en el Contrato de Compraventa de Acciones, en la medida que con dicha fecha comunicaron de ello a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España.
2. En la medida que la Comisión contaba con plazo para autorizar la operación hasta el 16 de julio de 2009, y la transferencia se habría realizado con fecha 25 de junio de 2009,

fecha a la cual todavía no se otorgaba la autorización correspondiente, entonces correspondería iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Enel.

3. Mediante escrito de fecha 6 de diciembre de 2009, Enel presentó sus descargos respectivos frente al cargo imputado por la Comisión. En este sentido, argumentó lo siguiente:

- a) Cuestión Previa

- Que debe definirse control como la capacidad para influir, de manera preponderante y decisiva, en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas, identificando ellas, entre otras, como el nombramiento de directivos, aprobación de presupuestos anuales y plan de negocios actuales.
- Que debe definirse el acto u operación de concentración bajo la Ley de Concentraciones como aquel acto jurídico, en cualquiera de sus formas, que conlleva como consecuencia un cambio duradero y permanente, en la posibilidad o capacidad para influir, de manera preponderante y decisiva, en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o empresas afectadas.
- Que el principio de suspensión de la concentración tiene como propósito que no se ejerza de manera efectiva el control de una empresa hasta que la autoridad correspondiente otorgue de manera expresa la autorización correspondiente.



- Que la suspensión de la concentración se encuentra regulada en el artículo 3<sup>1</sup> de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11<sup>2</sup> del Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI – Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (en adelante, el “Reglamento de la Ley de Concentraciones”).
- Que la suspensión alcanza a los actos u operaciones de concentración y que la dispensa de la suspensión condicionada al no ejercicio de los derechos de voto salvaguarda el principio de suspensión de la concentración, es decir, que no se ejerza de manera efectiva el control mediante la operación.
- Que la Ley de Concentraciones no otorga un mecanismo de dispensa de la suspensión para supuestos en específico, lo que si ocurre en el derecho comparado.
- Que existe un principio del derecho consuetudinario internacional que regula el ámbito espacial de la norma, lo que significa que la ley doméstica se aplica únicamente en el lugar en que se promulga.
- Que en relación a ello, se desarrolló la teoría de los efectos, la cual implica que las autoridades de la competencia locales puedan sancionar los efectos que determinadas operaciones realizadas en el extranjero puedan tener en su jurisdicción, es decir, se pueden restringir actos anticompetitivos ocurridos en el exterior si tiene efectos en el interior.

---

<sup>1</sup> **Artículo 3.-** Antes de realizar actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, con las condiciones y características establecidas en el párrafo siguiente, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno.

*Deberá solicitarse la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquéllos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados.*

*No será necesaria la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, en los siguientes casos:*

*a). Si la concentración importa, en un acto o sucesión de actos, la adquisición directa o indirecta de activos productivos de un valor inferior al 5% del valor total de los activos productivos de la empresa adquirente, calculados de acuerdo a los criterios que se establezcan en el Reglamento de la presente Ley, tomando en consideración la influencia y las condiciones de competencia en el mercado.*

*b). Si la concentración implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación directa o indirecta por parte del adquirente de menos del 10% del total de las acciones o participaciones con derechos a voto de otra empresa. No obstante lo expuesto, se requerirá necesariamente de autorización, si el acto de concentración permite adquirir el control directo o indirecto de la empresa que desarrolla alguna de las actividades eléctricas mencionadas.*

<sup>2</sup> **Artículo 11.- Efecto de la Notificación.** Una vez notificada, la Operación de Concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto por los Artículos 18 o 25 del presente Reglamento según fuere el caso. Dicha Notificación no importa prejuzgamiento u opinión por parte de la Comisión o de la Secretaría sobre los méritos de la concentración, o de la existencia de posibles infracciones al Decreto o cualquier otra norma aplicable.

- Que de acuerdo a normas de derecho internacional privado, las sociedades se rigen por las normas de donde fueron constituidas y las obligaciones por la ley que escojan las partes.
- Que la aplicación de la teoría de los efectos no es ajena al derecho de competencia peruano, ya que el artículo 4<sup>3</sup> del Decreto Legislativo N° 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, reconoce expresamente la misma.
- Que la teoría de los efectos no sujeta o condiciona la realización de conductas en el extranjero, sino únicamente valora los efectos de tales conductas en la competencia local.
- Que el artículo 9<sup>4</sup> de la Ley de Concentraciones reconoce la teoría de los efectos.
- Que la Comisión solo se encuentra facultada para evaluar los efectos que tendría la operación en jurisdicción peruana y sancionar ello si los efectos resultan anticompetitivos, mas no se encuentra facultada para cuestionar la validez del acto jurídico que se rige bajo las normas de donde se celebró.
- Que el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y el artículo 11 del Reglamento de la Ley de Concentraciones deben interpretarse de manera que se salvaguarde el principio general de territorialidad, de manera que no se entienda que condicionan actos jurídicos celebrados en el extranjero. De esta manera, la prohibición de consumación del acto jurídico debe entenderse únicamente para aquellos actos celebrados bajo ley peruana; y la consecuencia legal de privar los efectos a los actos jurídicos resultaría aplicable para aquellos celebrados en el extranjero.
- Que únicamente dicha interpretación es coherente con los demás principios de la Ley de Concentraciones y su reglamento.

b) Fundamentos de Descargo

- Que el artículo 6<sup>5</sup> de la Ley de Concentraciones no puede ser interpretado de tal forma que se sostenga que resulta punible el mero perfeccionamiento de

<sup>3</sup> **Artículo 4.- Ámbito de aplicación territorial.-** La presente Ley es de aplicación a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aún cuando dicho acto se haya originado en el extranjero.

<sup>4</sup> **Artículo 9.-** Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional.

<sup>5</sup> **Artículo 6.-** La Comisión de Libre Competencia del INDECOPÍ podrá imponer a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la presente Ley, multas por un importe no mayor a 500 UIT cuando: omitan la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado, suministren datos inexactos en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión, o no proporcionen la información dentro de los plazos establecidos.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión podrá importar multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad eléctrica en el territorio

un acto jurídico celebrado en el extranjero sin considerar si ha surtido efectos en el territorio nacional.

- Sostener lo contrario a lo anterior resultaría lesivo para los principios básicos del derecho administrativo sancionador, tales como el principio de razonabilidad, de legalidad y tipicidad.
- Que, en dicha línea, la administración se encuentra impedida de imponer una sanción que no se encuentra expresamente determinada, lo que no sucede teniendo en consideración la interpretación adecuada de los supuestos de hecho.
- Que la Ley de Concentraciones y el Reglamento de la Ley de Concentraciones no tipifican como sanción el perfeccionamiento del acto de concentración sujeto a ley extranjera, por lo que no corresponde la sanción, ya que resulta extensivo e ilegal concluir que resulta punible la celebración de un acto jurídico celebrado en el extranjero.
- Que alargar la fecha establecida para el cierre de la operación para esperar la autorización de la Comisión podía llevar a un incumplimiento de Enel frente a Acciona, al ya haberse pactado el plazo en el cual debía de cerrarse el Contrato de Compraventa de Acciones.
- Que las condiciones suspensivas hacían referencia únicamente a la aprobación de las autoridades de competencia nacionales – de España – y comunitarias – de la Unión Europea.
- Que los asesores de Enel en Latinoamérica recomendaron que se tomaran las medidas del caso para que la operación no cause los efectos legales de una concentración sobre Eepsa, Edegel y Edelnor, antes del pronunciamiento de la Comisión.
- Que se dispuso mediante sesión del Consejo de Administración de Endesa Latinoamérica S.A. – holding latinoamericana -, que en el Perú no se debía ejercer control sobre las empresas antes mencionadas.
- Que en las comunicaciones respectivas a Conasev se indicó oportunamente que los efectos se encontraban condicionados a los requisitos que fuesen aplicables bajo legislación peruana.
- Que entre los días 25 de junio de 2009 y 16 de julio no se ejerció control, tal como fue indicado.
- Que la consecuencia legal de la norma peruana es la privación de los posibles efectos que podría ocasionar la operación de concentración en territorio

---

*nacional, involucradas directa o indirectamente en la concentración -en los términos establecidos en el Artículo 3 de la presente Ley-, correspondientes al año inmediato anterior a la decisión de la Comisión, a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la misma, que: realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, realicen un acto de concentración declarado incompatible por tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia mediante decisión de la Comisión o no cumplan con las medidas ordenadas mediante decisión adoptada por la Comisión.*

nacional, lo que Enel cumplió, adoptando las precauciones exigibles y estrictamente necesarias. De esta manera, las medidas adoptadas impedían a Enel ejercer actos de control de manera efectiva.

- Que debido a la aprobación del Minem, Osinergmin y la Comisión de la operación, aun en el negado supuesto que Enel haya realizado actos de control, dichos actos no afectarían las condiciones de competencia en el mercado peruano.

4. Mediante Resolución N° 001-2010/CLC-INDECOPI, la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI declaró fundado el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Enel, por lo tanto, informando a Enel que se le sancionaría con una multa de hasta mil (1,000) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), tomando en consideración los siguientes argumentos:

- Que el artículo 6° de la Ley de Concentraciones le otorga a la Comisión la facultad para sancionar.
- Que el artículo 9° de la Ley de Concentraciones establece que se encontrarán comprendidos en su ámbito de aplicación aquellos actos de concentración que, no obstante realizarse en el extranjero, involucran directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades en el territorio nacional.
- Que la Comisión Nacional de Mercado de Valores de España publicó con fecha 25 de junio de 2009 que se habría llevado a cabo la operación de concentración.
- Que el denunciado ha aceptado que el acto de concentración ha ocurrido y que el mismo ocurrió de manera previa al pronunciamiento de la Comisión, por lo que corresponde sancionar.
- Que, en relación al principio de territorialidad invocado, el artículo 9° de la Ley de Concentraciones, mediante la teoría de los efectos, extiende el ámbito de aplicación de la norma al extranjero.
- Que no se colisiona con el principio de territorialidad invocado, ya que, en el caso de actos de concentración, los efectos son inmediatos, en la medida que se modifica la estructura de control de las empresas involucradas. De esta manera se adquiere la potestad de decidir si ejercer el control o no.
- Que el artículo 6° de la Ley de Concentraciones establece como hecho sancionable el que se realice el acto de concentración antes del pronunciamiento y no señala que se deben evaluar los efectos que esta concentración traería consigo.
- Que las acciones adoptadas por Enel para no ejercer control no evitan que se materialice la concentración, por lo que dichas acciones no son efectivas.

- Que tener en cuenta únicamente los efectos de la concentración, podría llevar a pensar, incluso, que dos empresas ubicadas en el territorio nacional pueden decidir concentrarse y no notificar si consideran que no realizarán cambios en su organización o funcionamiento.
- En atención a lo anterior, no es necesario verificar los efectos en territorio nacional para determinar que la conducta de Enel es sancionable.
- Que la multa establecida debe ser suficiente para disuadir la repetición de la conducta.

5. Mediante apelación de fecha 03 de febrero de 2010, Enel presento sus descargos a la Resolución N° 001-2010/CLC-INDECOPI, indicando para ello lo siguiente<sup>6</sup>:

a) Resumen Ejecutivo

- La Comisión determinó que no se debió llevar a cabo la operación de concentración, sin importar bajo que ley se celebró o en que territorio. En la medida de esto, cualquier acto celebrado sin el permiso de la comisión constituiría un acto jurídico ineficaz.
- Lo anterior significaría que disposiciones de una ley doméstica se aplicarían a actos jurídicos celebrados en el extranjero y sujetos a ley extranjera. Esto resultaría lesivo al principio de territorialidad y soberanía.
- Que en la medida que la norma no prevé mecanismos de dispensa, se tomaron las previsiones que resultaban necesarias para evitar los efectos de la concentración en territorio nacional.
- Que la manera en que se determinó la multa resulta asistemática e ilegal ya que la sanción llevaría a que empresas prefieran llevar a cabo clandestinamente una operación en la medida que la sanción es menor.
- Que en la imposición de la sanción no se tomó en cuenta la graduación de la sanción, teniendo en consideración que no existía afectación a las condiciones de competencia y libre concurrencia al mercado.

b) Antecedentes

- Que para la Comisión la modificación de la estructura de control es la consecuencia de un acto de concentración, cuando ello solo debe ser visto como un presupuesto fáctico a efectos de concluir si se ha producido un acto de concentración.

---

<sup>6</sup> En la presente sección solo se desarrollarán aquellos argumentos nuevos que esbozó el denunciado, en la medida que repitieron todos aquellos enumerados en el punto 3. del presente acápite.

- Que la Comisión ha concluido que realizar el acto de concentración luego de presentada la solicitud, pero antes de la respuesta de la Comisión, constituye una infracción más grave que el no notificarla en absoluto.
  - Que la Comisión solo tomó en consideración dos aspectos para la determinación de la sanción, los cuales son que la sanción debe disuadir la reincidencia; y que habría intencionalidad por parte de Enel al conocer la norma que prohibía el acto.
- c) La imputación es infundada: la Ley de Concentración no prohíbe la ejecución de actos jurídicos llevados a cabo en el extranjero y sujetos a ley extranjera sino únicamente la materialización de sus efectos en territorio peruano.
- Que para analizar si ha ocurrido un acto de concentración, primero se debe verificar que ha ocurrido un acto de control.
  - Que el artículo 9° de la Ley de Concentraciones no extiende la aplicación territorial de la norma y no cuestiona la validez y eficacia del acto jurídico celebrado en el extranjero, sino solo evalúa, autoriza, condiciona o impide los efectos que el acto de concentración pueda tener en territorio nacional.
  - Que la Comisión ha interpretado que la Ley de Concentraciones prohíbe la materialización de actos jurídicos celebrados en el extranjero, lo que le otorgaría alcances extraterritoriales.
  - Que la interpretación de la Comisión vulnera principios del procedimiento administrativo general, como el de razonabilidad, proporcionalidad, legalidad y tipicidad.
  - Que la modificación permanente de la estructura de control de una empresa es un presupuesto fáctico que debe ser evidenciado para concluir que se ha producido un acto de concentración.
  - Que se pueden tomar medidas para que no se produzcan los efectos de una concentración.
  - Que Enel ha adoptado las previsiones necesarias para evitar ejercitar actos de control exclusivo.
- d) La sanción impuesta es nula por ser ilegal y desproporcional
- Que la Comisión ha incurrido en múltiples vicios al momento de imponer la multa.
  - Que la Comisión ha interpretado, erróneamente, que la norma señala que para el caso de una empresa que realiza acto de concentración sin notificar, la multa límite es quinientos (500) UIT; mientras que para una empresa que realiza el acto de concentración luego de solicitar la autorización, pero de

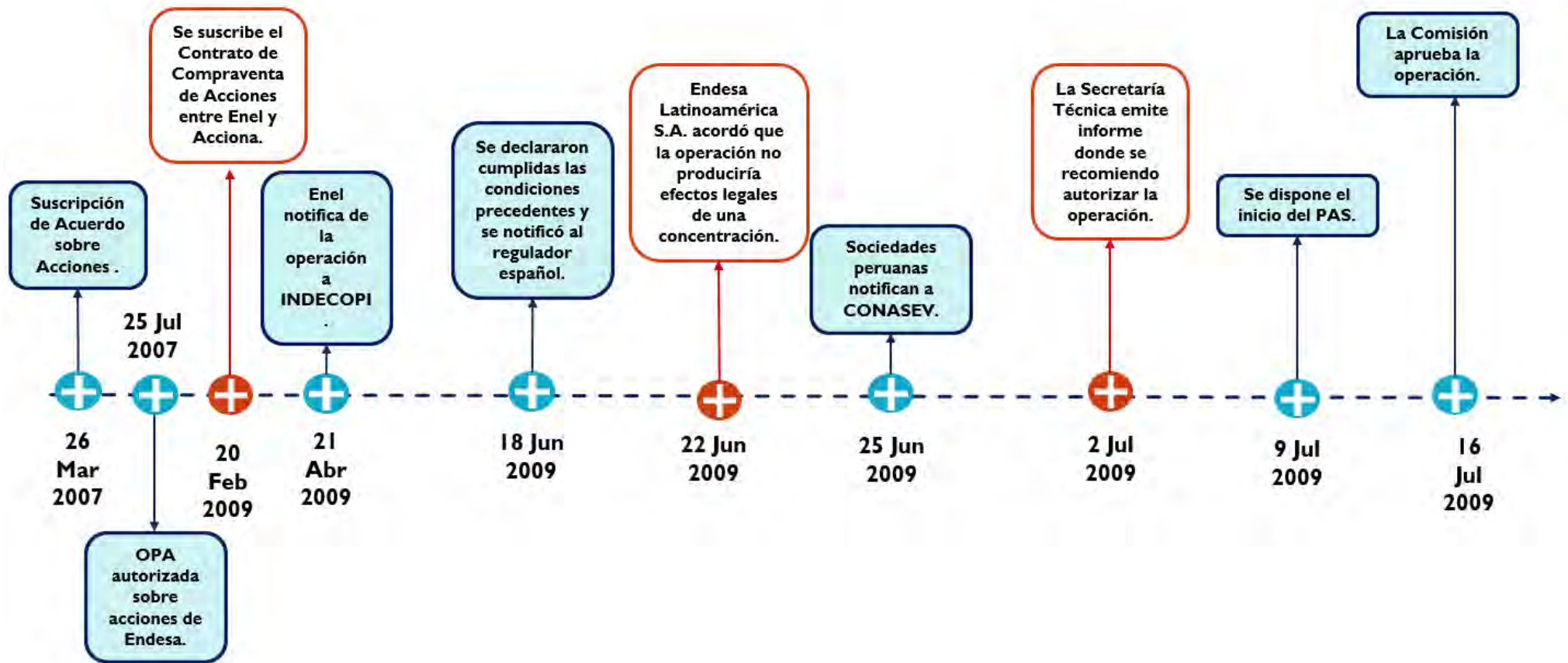
manera previa a la respuesta de la Comisión, la multa máxima es el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos en el año.

- Que el segundo supuesto resulta más grave que el primero, teniendo en consideración los ingresos brutos de Enel.
- Que no es jurídicamente posible que una misma conducta se encuentre tipificada en dos párrafos de una misma norma y con consecuencias jurídicas diferentes, en relación a la omisión de presentar la autorización del todo, la cual se podría sancionar con hasta quinientos (500) UIT; o hasta con el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos del año.
- Que el supuesto más grave de sanción solo calzaría para aquel supuesto en que no se notificó, o que se notificó, pero no se esperó la autorización, y hubo efectos negativos en la competencia.
- Esta interpretación salvaguardaría la contradicción y guarda perfecta armonía con los objetivos perseguidos por la normativa de control de concentraciones. Pensar lo contrario llevaría a pensar que es preferible no notificar del todo.
- Que solo puede ser sancionado el supuesto si es lesivo para las condiciones de competencia, lo que no ocurre en el presente supuesto.
- Que toda duda respecto de la aplicación de la sanción debe ser resuelta en aplicación del principio de *in dubio pro reo*.
- Que la Comisión no tomó en consideración los criterios de graduación que establece la norma administrativa para la aplicación de sanciones. En este sentido, lo siguiente:
  - La Comisión hizo una lectura parcial del principio de razonabilidad, sin tomar en cuenta los criterios de graduación de la sanción que deben ser tomados en cuenta de manera obligatoria. De esta manera, la Comisión solo tomó en consideración el criterio de intencionalidad.
  - Gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido: Es nulo, en la medida que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento del proceso competitivo en el sector eléctrico peruano, y las autoridades correspondientes indicaron que la afectación no existía.
  - Perjuicio económico causado: No se ha causado un perjuicio económico y no existe potencialidad de causar tal perjuicio, conforme fue reconocido por las autoridades correspondientes.
  - No existe reincidencia o reiteración en la comisión de la infracción.
  - No se ha obtenido un beneficio como consecuencia de la alegada conducta infractora.
  - Circunstancia de comisión de la infracción: Se pueden enunciar hechos ajenos a la voluntad de Enel que gatillaron la obligación de fijar la Fecha

de Cierre de la Operación, como el cumplimiento anticipado de las respectivas condiciones suspensivas; así como se puede tomar en cuenta las acciones adoptadas por Enel para que no se materialice la concentración; y el hecho de que la Comisión extendió al máximo posible el plazo para emitir la resolución de autorización correspondiente.

- La Comisión presumió dolo en la actuación de Enel, lo cual no coincide con el actuar transparente de Enel para evitar los efectos propios de una concentración.
  - Que la administración pública debe procurar una correspondencia entre la infracción cometida y la obligación impuesta en el caso en concreto, evitando la imposición de medidas innecesarias o excesivas.
- 
- De acuerdo a jurisprudencia de la Comisión, la máxima sanción impuesta por esta ascendió a ciento cincuenta (150) UIT, ante un cierre de una operación de concentración, sin notificar.
  - El resultado de no graduar la sanción deviene en la nulidad del acto administrativo, ya que existe un defecto relevante en la finalidad del acto, que se traduce en no tomar en cuenta los elementos de valorización.
6. Mediante Resolución N° 0794-2011/SC1 – INDECOPI (en adelante, la “Resolución”), se confirma la resolución de la Comisión en el extremo que sí se configuró el acto de concentración luego de presentada la solicitud, pero antes de la autorización respectiva. Ello en la medida que el acto de concentración y sus efectos se consuman automáticamente en territorio nacional en la medida que se verifique un cambio duradero y permanente en la estructura de control de las empresas afectadas. Sin perjuicio de ello, se reduce la multa y se impone una ascendente a cien (100) UIT, en la medida que la Comisión no tuvo en consideración los criterios de graduación de sanción, por lo tanto no existiendo motivación suficiente.
7. Para efectos visuales y descriptivos, a continuación, se puede encontrar una línea de tiempo que describe todos los hechos relevantes del caso

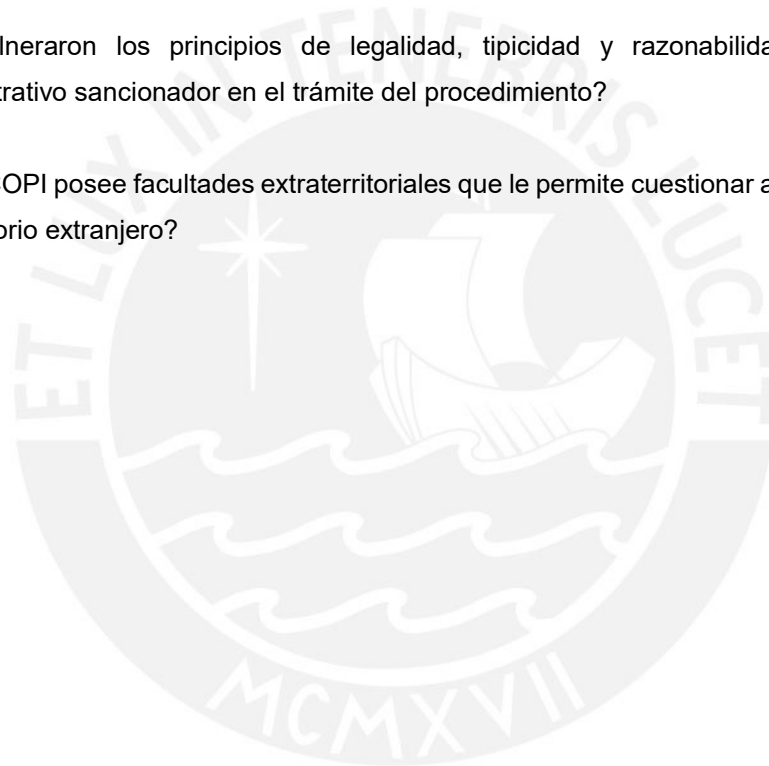




### III. PROBLEMAS JURÍDICOS

Expuestos todos los antecedentes y hechos jurídicamente relevantes del expediente, a continuación, se listarán los principales problemas jurídicos identificados:

1. ¿Cuándo debe entenderse que ha ocurrido una “operación” o “acto” de concentración?
2. ¿Las acciones adoptadas por parte de Enel resultaban razonablemente suficientes para determinar que actuaron conforme a lo que se esperaba y por ende no se ejerció un control efectivo?
3. ¿Se vulneraron los principios de legalidad, tipicidad y razonabilidad del derecho administrativo sancionador en el trámite del procedimiento?
4. ¿INDECOPi posee facultades extraterritoriales que le permite cuestionar actos celebrados en territorio extranjero?



## IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

### 4.1 Cuestión Previa

#### 4.1.1 Fundamento y objetivos de la libre competencia – sector eléctrico

##### 4.1.1.1 Sector eléctrico

Para poder abordar de una manera precisa los problemas jurídicos recogidos en el presente informe, primero es necesario explicar cuál es el fundamento del Derecho de Libre Competencia, es decir, cual es el bien jurídico que se intenta proteger y cuál es la razón por el que dicho derecho debe de ser correctamente regulado.

Para poder realizar ello, además, debe tenerse en especial consideración el mercado en el que nos encontramos. En este sentido, el mercado eléctrico es uno que se encuentra especialmente regulado y que posee aristas que lo hace particular frente a otros mercados que no se encuentran tan específicamente regulados.

De esta manera, cabe preguntarnos inicialmente la razón particular por la cual el mercado eléctrico se encuentra regulado por una norma de control de concentraciones, siendo el único mercado que a la fecha del presente caso se encontraba regulado de tal manera.

De esta manera, una de las razones que se señala, en relación a la racionalidad en concentraciones horizontales, es que la concentración entre generadores eléctricos reduciría la disputa por los clientes libres – término que será abordado posteriormente -, afectando indirectamente al mercado regulado en tanto la tarifa del mercado regulado no puede ser mayor o menor del 10% del mercado libre.<sup>7</sup> En este sentido, para poder asegurar la eficiencia del mercado, resultaría necesario mantener un mínimo de operarios independientes. Cabe señalar que esta racionalidad es debatible en la medida que la desregulación en un sector en específico puede atraer mayores inversiones, lo que llevaría a una mayor competencia y el mercado terminaría por ajustarse de manera individual.

Otra razón que se indica, y en relación a concentraciones verticales, es el hecho que la vinculación entre una empresa generadora y una distribuidora eliminaría la competencia entre ellos en el mercado de clientes libres y perjudicaría al cliente libre al poder fijar precios por encima del precio competitivo.<sup>8</sup> Esta razón es considerada aún más teniendo en consideración la limitación de proveedores en determinadas áreas del Perú, por lo que el aumento de precio ante

---

<sup>7</sup> SALINAS RIVAS, Sergio (2006) "La Ley antimonopolio y antiloligopolio en el sector eléctrico: ¿sobreregulando el mercado?". En *Ius Et Veritas*. N° 33, p. 155.

<sup>8</sup> *Op cit* Salinas Rivas, Sergio, p. 156.

la concentración de dos proveedores de una misma área, podría perjudicar al cliente libre que se encuentra en dicha zona.

Tal como se mencionó anteriormente, de la misma manera, este argumento puede ser desestimado si tomamos en cuenta que, en un mercado con competencia, los precios se adecuarían a la oferta y la demanda. Del mismo modo, que, en una eventual concertación, una norma eficaz de control posterior podría corregir cualquier abuso de posición de dominio.<sup>9</sup>

A mayor abundamiento, incluso, debe tomarse en consideración que el sector eléctrico es uno en que existen bajas probabilidades de que se generen prácticas anticompetitivas. Esto en la medida que el acceso a la red interconectada es determinado por un ente independiente como lo es el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (“COES”), en base incluso a los propios costos que los generadores eléctricos proporcionan.<sup>10</sup>

Por último, existe un argumento político y de contexto histórico, que considero que es la principal razón por la cual se reguló en su momento el control de concentraciones en el sector eléctrico. En este sentido, el contexto en el que se emitió la Ley de Concentraciones y su Reglamento fue uno en que la gran parte de empresas del sector eléctrico se encontraban bajo el control del Estado y la competencia en el mercado era reducida o incluso inexistente. En este sentido, la seguridad energética del país se podía ver comprometida por la decisión de un solo agente económico.<sup>11</sup>

Por ello, se implementó la norma de control de concentraciones con el objetivo de que dichas actividades recaigan en actores diferentes y con ello se alcance una mayor seguridad energética.<sup>12</sup>

En este sentido, debe considerarse que el argumento y razón principal por el cual se reguló el sector eléctrico en materia de control de concentraciones es uno de índole histórico y que se debió principalmente al contexto del sector eléctrico al momento en que se emitió la norma respectiva. Ello en la medida que tanto los argumentos jurídicos como económicos que se utilizaron en su momento para justificar el tratamiento diferenciado del sector eléctrico respecto de otros servicios públicos, en la actualidad no se encontrarían justificados, al existir un mayor

---

<sup>9</sup> *Op cit* Salinas Rivas, Sergio, p. 156.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> MANAYE CHIRINOS, ALEJANDRO y FLORÍNDEZ ARAMBURÚ, FRANCISCO JOSÉ (2020) “Comentarios al procedimiento de control de concentraciones en el sector eléctrico peruano”. En *Forseti*. N° 11, Año 08. Recuperado el 28/05/2021. <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1257/1418#:~:text=Debido%20a%20la%20importancia%20de,agentes%20econ%C3%B3micos%20que%20participan%20en>

<sup>12</sup> *Ibidem*.

número de participantes que asegurarían que el mercado de usuarios libres se realice en un ámbito competitivo.

Habiendo desarrollado la razón principal de la regulación en control de concentraciones del sector eléctrico, cabe proseguir desarrollando el sector especial en el que nos encontramos. En este sentido, en regulación eléctrica no se utiliza el término “consumidor” para hacer referencia a aquellos que serán beneficiados del servicio eléctrico de distribución.

De este modo, el término utilizado para hacer referencia a los antes mencionados sujetos es el de “usuario” tal como es definido en el Decreto Supremo N° 022-2009-EM, Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, en donde se indica en su artículo 1° que usuarios son todos aquellos reconocidos como consumidores finales de electricidad localizados en el Perú.

Cabe de la misma manera señalar que el reglamento antes indicado separa a los usuarios en dos categorías distintas, siendo la primera la de usuarios libres y la segunda la de usuarios regulados.

En este sentido, usuarios libres serán aquellos usuarios conectados al sistema eléctrico interconectado nacional (o “SEIN”) no sujetos a la regulación de precios por la energía o potencia que consumen; mientras que los usuarios regulados serán aquellos sujetos a la regulación de precios por la energía o potencia que consumen.

En este punto cabe realizar una distinción entre dos términos económicos que tienen especial relevancia para el presente. De este modo, existen dos formas de competencia, siendo la primera la competencia en el mercado y el segundo la competencia por el mercado.

Respecto de la primera, cabe indicar que la competencia en el mercado se da en un escenario en donde la competencia se refleja en la ley de oferta y demanda, ya que los usuarios terminarán por escoger al proveedor que se acomode más a sus necesidades de acuerdo con la calidad y precio de sus productos.

La segunda, por otro lado, se da en escenarios en donde, por la naturaleza del servicio público a brindarse, más eficiente resulta que solo un proveedor se encuentre a cargo de la prestación del servicio, por lo tanto, generándose un monopolio natural. En este sentido, la competencia por el mercado se ve reflejado en la competencia por la obtención de la concesión correspondiente que permitirá la prestación del servicio de manera exclusiva, en un área determinada.

En atención a lo antes indicado, los usuarios libres serán aquellos que por la potencia que consumen, podrán decidir con quien contratar en virtud de la ley de oferta y demanda, a través

de contratos que suscribirán directamente con los generadores. De esta manera, respecto de los usuarios libres, existe competencia en el mercado.

Por otro lado, los usuarios regulados son aquellos que son atendidos por un distribuidor determinado, que a su vez ha contratado con un generador, y que se encuentran sujetos a una fijación tarifaria. En este sentido, los precios no son libremente determinados por el distribuidor, ya que existe parámetros establecidos para la fijación de la tarifa a ser cobrada a los usuarios regulados.

Todo lo anteriormente mencionado respecto al mercado eléctrico ya que el control de concentraciones en el sector eléctrico únicamente resulta relevante respecto de los usuarios libres y en la medida que exista competencia en el mercado, ya que, de igual manera, respecto de los usuarios regulados, existe un precio máximo a poder cobrarse que es la tarifa en barra.

En este sentido, cuando se haga referencia a los objetivos y el fundamento del derecho de la libre competencia, hay que tener en consideración que ello se realiza únicamente respecto de los usuarios libres, y no los regulados.

#### **4.1.1.2 Aplicación de objetivos de la libre competencia al control de concentraciones**

Sin perjuicio de lo antes mencionado, y antes de proceder con el análisis de los objetivos del derecho de libre competencia, cabe hacer referencia específica al por qué los objetivos que posteriormente se analizarán aplican al control de concentraciones.

En primer lugar, en este sentido, cabe señalar que el derecho de la competencia tiene dos vías típicas de aplicación que se plasman en normas legales conocidas como control de conductas y control de estructuras.<sup>13</sup>

De esta manera, el control de conductas es aquel que analiza la conducta de los agentes del mercado luego de que se haya realizado el aparente acto que puede restringir la competencia en desmedro de los usuarios. En este sentido, el control de conductas se manifiesta en normas que establecen la prohibición de determinados comportamientos de los agentes económicos en el mercado, que se considera que restringen inválidamente la competencia en perjuicio del consumidor, del proceso competitivo y el mercado en sí mismo.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> QUINTANA SANCHEZ, Eduardo (2013) Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. En *Colección por el vigésimo aniversario del INDECOPI*. P. 16. Recuperado el 20/05/2021.  
[https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre\\_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>14</sup> *Op cit* QUINTANA SANCHEZ, Eduardo p. 17

Por otro lado, el control de estructuras es aquel que establece un procedimiento para la autorización por parte del regulador competente de las operaciones de concentraciones de empresas. Este control es “*ex ante*” y tiene como objetivo verificar el alcance de las operaciones de concentración y cuáles pueden ser sus efectos en la competencia en el mercado respectivo, teniendo en consideración los perjuicios potenciales a la competencia y a los usuarios en caso se apruebe la operación.<sup>15</sup>

Como se puede ver de las dos definiciones esbozadas, ambos controles confluyen hacia un mismo propósito, que es el de evitar que el mercado se distorsione mediante actos que puedan restringir la competencia; y, asimismo, evitar eventuales perjuicios para el consumidor.

A mayor abundamiento, ello asimismo se puede identificar de los objetivos planteados por las normas de competencia. En este sentido, por ejemplo, la Ley de Concentraciones establece en su artículo 1° que su objeto es someter a control previo las operaciones que caigan bajo el umbral de la norma, para así evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados.<sup>16</sup> Como se pudo ver del análisis de control de estructuras abordado anteriormente, el daño o el impedimento de la competencia tiene un efecto directo sobre los eventuales perjuicios a los usuarios.

Asimismo, el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – D.S. N° 030 – 2019 – PCM establece en su artículo 1° que la ley sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.<sup>17</sup>

Se puede identificar, del mismo modo, en la más reciente norma aprobada de control de concentraciones, la Ley N° 31112 – ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, que considera el mismo objetivo perseguido por la norma antes indicada, al señalar en su artículo 1° que se establece un régimen de control previo de concentración empresarial para así promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> *Op cit* QUINTANA SANCHEZ, Eduardo p. 47

<sup>16</sup> **Artículo 1.-** Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

<sup>17</sup> **Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley**  
La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

<sup>18</sup> **Artículo 1. Objeto de la Ley**  
La presente ley tiene por objeto establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Por ende, se puede concluir que tanto el control de estructuras como el control de conductas tienen como principal objetivo el evitar daños en la competencia y así promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores, por lo que el análisis que se realizará posteriormente aplica de manera similar tanto para el control de conductas como al control de estructuras.

#### **4.1.1.3 Objetivos del derecho de la libre competencia**

De esta manera, en primer lugar, y según un área de la doctrina, se puede señalar como el principal fundamento del Derecho de Libre Competencia el bienestar del consumidor mediante la maximización de la eficiencia económica. Por ello se buscaría reducir y/o limitar del todo cualquier actividad que perjudique al consumidor, la cual resultaría en una ineficiencia económica, y que por ello debe de ser perseguido por el derecho de la competencia.<sup>19</sup>

Por otro lado, un sector de la doctrina identifica como objetivos del derecho de libre competencia, entre otros, los siguientes:

- El mantenimiento del proceso competitivo o la protección o promoción de la libre competencia efectiva. Ello hace especialmente referencia a la eliminación o prevención de restricciones privadas irrazonables de la competencia.
- Libertad de comercio, libertad de elegir y acceso a los mercados. Ello hace referencia a la política de competencia como medio para asegurar la libertad económica, con el fin de proteger el marco de actividades que realizan los competidores en el mercado.
- Evitar los abusos de poder económico y así proteger los intereses de los consumidores y productores que quieren poder desenvolverse en un mercado competitivo.
- La maximización del bienestar del consumidor mediante la prohibición del abuso de posición de dominio y la promoción de la eficiencia económica.<sup>20</sup>

A mayor abundamiento, también se identifica como objetivos de las normas de derecho de la competencia los siguientes:

- Dispersión del poder económico, lo cual hace principal referencia a que el poder económico no se encuentre concentrado en un solo agente sino que se disperse entre

---

<sup>19</sup> DIEZ ESTELLA, Fernando (2003) "Los Objetivos del Derecho Antitrust". En Revista *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*. N° 224 (Marzo, Abril 2003), p. 3.

<sup>20</sup> SHYAM KHEMANI, R (1993) "Los Objetivos de la Política de Competencia". En *Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico*. XXIV, N° 2, Bogotá, pp. 6 – 7.



diferentes. El presente objetivo tiene un matiz de redistribución de la riqueza en búsqueda de la equidad económica más que de eficiencia económica.

- Protección de pequeñas empresas o de competidores frente a las grandes corporaciones. El presente objetivo indica una preferencia por un mercado competitivo con múltiples actores aunque sea con costos mayores, en vez de que se logren eficiencias asociadas al mayor tamaño de una sola empresa.
- Protección directa de los consumidores. Este objetivo hace principal referencia a la protección del consumidor por parte de los monopolios y/o los carteles que podrían formarse. En este sentido, se busca principalmente que los consumidores eviten ser perjudicados por precios excesivamente altos debido a la implementación de monopolios y/o carteles.
- Bienestar del consumidor. El presente objetivo hace especial énfasis en que los mercados deben de funcionar de manera eficiente económicamente para lograr el mayor bienestar de los consumidores posible. Cabe señalar que actualmente las normas de competencia convergen hacia el presente objetivo, ya que, como señala el autor, las normas actuales de competencia son un instrumento apropiado para lograr el presente objetivo; mientras que existen otros instrumentos regulatorios para conseguir los otros objetivos de las normas de competencia.<sup>21</sup>

Como se puede ver de las dos diferentes clases de objetivos planteados, los mismos convergen principalmente en la eficiencia económica, mediante la libertad de acceso al mercado y el mantenimiento del proceso competitivo, así como la dispersión del poder económico en diferentes agentes del mercado; y el bienestar del consumidor, interpretando este como la maximización de su bienestar mediante la eficiencia del mercado.

Asimismo, otro autor señala que la finalidad de las prácticas anticompetitivas en el mercado se dirige a asegurar la libre competencia a fin de que la misma no sea afectada por los proveedores en el mercado de tal manera que se pueda asignar los recursos de manera eficiente. De esta manera, lo que se pretende es obtener la mayor eficiencia económica posible, asegurando de esta manera que los mercados funcionen de manera competitiva.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> QUINTANA SANCHEZ, Eduardo (2011) "El objetivo de la ley de competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas". En *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*. Vol. 7, N° 13 (2013), pp. 26 – 31.

<sup>22</sup> GUZMÁN NAPURÍ, Christian (s.f.) "Introducción al derecho de la competencia: Prácticas anticompetitivas". En *Blog de Escuela de Posgrado de la Universidad Continental*. Recuperado el 18/01/2021. <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/introduccion-al-derecho-de-la-competencia-practicas-anticompetitivas>.

En la línea de lo anterior, respecto de la eficiencia económica, cabe señalar que este se demuestra mediante tres aristas que son las siguientes:

- Eficiencia productiva, que hace referencia a que los consumidores pueden adquirir un producto al menor precio posible y con el que el productor pueda subsistir, debido a que se puede producir una determinada cantidad de productos con una calidad específica al menor costo posible. La competencia impulsa a las empresas a alcanzar la eficiencia productiva, ya que los consumidores pueden buscar a otro proveedor ante un precio que consideren alto.
- Eficiencia asignativa, la cual se alcanza cuando los consumidores obtienen las cantidades de bienes que requieren al precio que están dispuestos a pagar y así cubrir el costo de producción del bien.
- Eficiencia dinámica, la cual se relaciona con la innovación por parte de las empresas en ofrecer nuevos productos a un menor precio a los consumidores.<sup>23</sup>

Como se ha indicado anteriormente, la eficiencia económica maximiza el bienestar del consumidor, o en este caso, del usuario. Este bienestar se mide a través del excedente del consumidor, el cual se determina a través de la diferencia que existe entre el valor que le otorga un consumidor a un bien menos el costo de adquisición de este.<sup>24</sup>

Sin perjuicio de lo antes mencionado, es plausible señalar que la elección del bienestar del consumidor como objetivo de las normas de libre competencia puede resultar problemático, si se tiene en consideración que exige el respaldo de teorías económicas que usualmente no otorgan resultados concluyentes. Mientras que la persecución del bienestar de consumidor otorga a las normas de competencia un matiz más objetivo, también vuelve el análisis más complejo por las herramientas que se utilizan y las conclusiones no unívocas a las que se pueden arribar.<sup>25</sup>

No obstante lo anterior, debe tomarse en consideración que existen bondades de lograr este objetivo y que no debe ponerse en tela de juicio que dicho objetivo debe buscarse, como por ejemplo lo realizan las tres principales concepciones existentes a la fecha sobre la aplicación de las normas de competencia en Estados Unidos (escuela de Chicago, escuela de Harvard y la alternativa post-Chicago).<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> *Op cit* Quintana Sanchez, Eduardo pp. 39 - 40.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Op cit* Quintana Sanchez, Eduardo pp. 48-49.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

Entonces, como se puede ver de lo anteriormente mencionado, los autores citados desarrollan como objetivos de las normas de libre competencia aquellos que han sido efectivamente recogidos por las normas peruanas de libre competencia. De esta manera, tanto la legislación como la doctrina correspondiente reconocen como principales objetivos de las normas de competencia la eficiencia económica de los mercados para el bienestar de los consumidores/ usuarios en este caso en concreto.

De esta manera, en el presente acápite se ha concluido que existen diferentes objetivos que justifican la regulación del derecho de libre competencia, haciendo especial énfasis en el sector eléctrico y los usuarios libres, teniendo como eje principal del mismo el bienestar del consumidor.

Lo anterior tomando en consideración la eficiencia económica, lo que trae consigo que el mercado pueda actuar siempre de manera competitiva y no existan restricciones que eviten ello.

El análisis acá planteado será relevante al momento de determinar si las sanciones impuestas responden a los fundamentos buscados por la libre competencia y si la regulación permite que ello ocurra de dicha manera.

#### **4.1.2 Naturaleza y principios del procedimiento administrativo sancionador**

El procedimiento administrativo sancionador se encuentra recogido y formalizado en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, “LPAG”).<sup>27</sup> En la LPAG, de esta manera, se recogen los principales aspectos que cualquier procedimiento sancionador debería abordar, desde los principios que rigen cualquier procedimiento administrativo sancionador, hasta las reglas mediante las cuales debe ejercerse la potestad sancionadora.

De esta manera, resultaba necesario “dotar de un régimen legal específico que tornara predecible al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las entidades públicas”.<sup>28</sup> Lo anterior en el marco de que un procedimiento administrativo sancionador se encarga principalmente de limitar derechos, gravar patrimonios y/o restringir facultades con las que cuenta el ciudadano como parte de la sociedad.

El procedimiento administrativo sancionador parte de la potestad sancionadora del estado llamado *jus puniendi*. La potestad sancionadora del Estado puede entenderse, en palabras del autor Jorge Danos, como un poder natural o corolario de las competencias otorgadas a la

---

<sup>27</sup> Norma que a la fecha cuenta con un Texto Único Ordenado, el cual fue promulgado mediante el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, el “TUO”). El TUO no se encontraba vigente a la fecha del procedimiento materia del presente informe, por lo que en caso se haga referencia al TUO se indicará expresamente ello.

<sup>28</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos (2011). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Novena Edición. Lima: Gaceta Jurídica. p. 683.

administración en determinadas materias, y que encuentra su justificación en razones pragmáticas, ya que resulta menester el reconocer a la administración facultades coercitivas para el cumplimiento de las normas legales.<sup>29</sup> A lo anterior se le puede añadir además que es necesaria dicha potestad a efectos de garantizar la eficacia de todo sistema normativo mediante las facultades coercitivas que posee la Administración Pública.<sup>30</sup> Este *ius puniendi* tiene dos claras manifestaciones, las cuales convergen, pero que, sin embargo, son paralelas, como lo son las ramas penales y las administrativas.<sup>31</sup>

De esta manera, el autor Eduardo Cordero sostiene que no existiría una diferencia ontológica entre las sanciones penales y las sanciones administrativas. Ambos resultan ser instrumentos con los cuales cuenta el Estado en su función de conformación social en el marco de protección y resguardo de determinados valores y bienes constitucionales.<sup>32</sup> Continúa indicando que en la medida que son mecanismos represivos a disposición del Estado para poder cumplir con sus funciones, el principio de legalidad es un elemento común e ineludible para la determinación del ilícito y sus penas, para luego determinar de manera posterior si el castigo o represión de dichas conductas se realizará por una autoridad judicial o administrativa.<sup>33</sup>

En atención a lo antes indicado es que no existen delitos por naturaleza ni infracciones administrativas que tengan un contenido exclusivo e inherente a las mismas, ambas siendo manifestaciones del poder que tiene el Estado para reprimir determinadas conductas.<sup>34</sup>

De este modo, tanto para las normas penales como las normas relativas al derecho administrativo sancionador, se parte de una única premisa, que es el hecho de que una conducta tipificada venga aparejada de una sanción correspondiente. Se podría decir, de esta manera, que el derecho sancionador público, desde un punto de vista formal, es un conjunto de normas que prevén supuestos de hecho, que se materializan en infracciones imputables subjetivamente, cuya consecuencia es una sanción.

Como consecuencia de que el derecho administrativo sancionador sea el procedimiento mediante el cual se imponen multas y medidas limitadoras de derecho, y de acuerdo con lo antes

---

<sup>29</sup> DANOS ORDOÑEZ, Jorge (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. En *Ius Et Veritas*. Año V, N° 10, p. 150.

<sup>30</sup> MELGAR CORDOVA, Eduardo (2006) citando a PEDRESCHI GARCES, Willy. Análisis sobre la Potestad Sancionadora de la Administración Pública y el Procedimiento Administrativo Sancionador en el marco de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. En *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Ara Editores: Lima. P. 505.

<sup>31</sup> OSSA ARBELÁEZ, Jaime (2009). *Derecho Administrativo Sancionador: Una Aproximación Dogmática*. Segunda Edición. Colombia: Legis Editores. P. 119.

<sup>32</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal. En *Revista de Derecho*. VOL. XXV, N° 2, Diciembre 2012. P. 155.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Ibidem.

indicado, surge la necesidad de que existan principios que regulen la potestad sancionadora. Lo anterior de manera que los procedimientos no sean arbitrarios y terminen perjudicando al administrado.

Debido a ello es que se han establecido principios básicos del derecho administrativo sancionador, los cuales deben ser necesariamente tomados en cuenta por la administración al momento de determinar la medida sancionadora correspondiente.

Esto en la medida que la imposición de la sanción es un fenómeno normal y admitido por nuestro ordenamiento jurídico, ya que, junto con los deberes y límites de los ciudadanos, también se imponen sanciones que serán impuestas por el órgano administrativo competente en caso de infracción de tales deberes.<sup>35</sup>

Dichos principios parten de la premisa básica de que la potestad sancionadora del estado debe ser utilizada únicamente como medida residual, extraordinaria y cuando sea absolutamente necesario.

De este modo, el fundamento jurídico de la potestad sancionadora se puede centrar en el ordenamiento jurídico.<sup>36</sup> Así, debe tenerse en consideración que un derecho fundamental de todas las personas es la libertad, bajo todas las acepciones que dicho concepto trae consigo. Sin perjuicio de ello, dicha libertad no es absoluta, sino condicionada, ya que el Estado es el ente encargado de traducir dicha libertad en derecho subjetivos y por ello puede intervenir en dicha libertad, traduciendo ello en normas<sup>37</sup>. Dichas normas se materializan en prohibiciones a determinadas conductas, con una correspondiente sanción en caso de que se materialice dicha conducta en la realidad.

Como medida limitadora de derechos, entonces, resulta necesario que todo procedimiento administrativo sancionador recoja determinados principios que la rijan y permitan otorgarle al administrado predictibilidad respecto de la manera en que dicho procedimiento se llevará a cabo.

Los principios del derecho administrativo sancionador parten de los principios generales del derecho, y garantizan la eficacia del sistema administrativo sancionador. En la actualidad, de esta manera, los principios se han convertido en pautas de interpretación de las normas que integran el derecho público, así como un importante mecanismo de integración y de resolución

---

<sup>35</sup> IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y REBOLLO PUIG, Manuel (2011). Policía administrativa y sanciones administrativas: Informe anual 2010 – 2011 España. En *Ius Publicum Network Review*. P.16.

<sup>36</sup> CARRETERO PEREZ, Adolfo y CARRETERO SANCHEZ, Adolfo (1995). Derecho Administrativo Sancionador. Segunda Edición. Madrid: Edersa. P. 78.

<sup>37</sup> *Op cit* CARRETERO PEREZ, Adolfo y CARRETERO SANCHEZ, Adolfo p.79.

de casos concretos.<sup>38</sup> En este sentido, dichos principios se encuentran recogidos en la LPAG y cumplen una triple función, las cuales son:

- Función fundante, la cual se traduce en la necesidad de que los principios deben preceder a la existencia de las reglas mismas de la potestad sancionadora;
- Función interpretativa, la cual permite que los principios sirvan de criterio hermenéutico para absolver cualquier duda sobre el sentido y el alcance de las reglas de la potestad sancionadora; y,
- Función integradora, que permite que los principios sirvan de fuente integradora para las lagunas jurídicas que se puedan identificar en la aplicación de las normas sancionadoras, en el marco de un procedimiento sancionador.<sup>39</sup>

Lo anteriormente indicado puede resumirse en que la potestad sancionadora del estado se instrumentaliza, en el ámbito administrativo, bajo el procedimiento administrativo sancionador, el cual permite que se impongan medidas sancionadoras a los administrados.

Sin perjuicio de ello, la potestad sancionadora es residual y solo debe aplicarse cuando sea estrictamente necesaria, bajo el supuesto de que la libertad de las personas no es absoluta. En este sentido, y para dotar de eficacia al procedimiento administrativo sancionador y garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los administrados, se parte de principios que deben anteceder a la aplicación de cualquier potencial norma.

Cabe hacer especial mención ahora a la manera como resulta aplicable al derecho de libre competencia el procedimiento administrativo sancionador. De esta manera, los organismos reguladores se encuentran dotados de facultades para poder imponer sanciones, una vez que luego de iniciado el respectivo procedimiento administrativo sancionador, se haya resuelto imponer una sanción debido a una infracción normativa. Esto en función a lo anteriormente mencionado que para poder garantizar la eficacia del ordenamiento, es necesario que la Administración Pública, en este caso organismos reguladores, posean la facultad para poder imponer sanciones.

En este sentido, el Reglamento de Organización y Funciones de INDECOPI, como ente rector encargado de la defensa de la libre competencia de acuerdo a su artículo 2°, establece que

---

<sup>38</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Año 2014, 1er semestre, N° XLII, P. 403.

<sup>39</sup> VERGARAY, Verónica (2009) "La Potestad Sancionadora y los Principios del Procedimiento Sancionador". En *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General: Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. P. 407.

INDECOPI se encuentra facultado para emitir directivas, imponer sanciones, ordenar medidas preventivas o medidas cautelares, dictar mandatos y medidas correctivas, conforme a lo previsto en la Ley de Organización y Funciones aprobada por Decreto Legislativo N° 1033.<sup>40</sup>

De esta manera, y en atención al principio de legalidad del procedimiento administrativo sancionador recogido en la LPAG – el cual será desarrollado posteriormente en el presente informe – INDECOPI se encuentra dotado de la facultad sancionadora, lo que le permite la aplicación de sanciones en caso algún administrado incumpla con sus respectivas obligaciones.

Lo anterior ya que para poder cumplir efectivamente sus funciones, INDECOPI ejerce funciones fiscalizadoras y sancionadoras. En este sentido ejerce supervisión de la libre competencia mediante sus distintas comisiones y ante un eventual incumplimiento podrá imponer la sanción correspondiente.<sup>41</sup>

A razón de lo antes mencionado, y en conclusión, cualquier procedimiento administrativo sancionador, incluyendo aquellos aplicables al derecho de libre competencia, que no cumpla con las garantías mínimas aplicables y vinculadas a los principios de dicho procedimiento, es uno que vulnera derechos fundamentales y que va en contra de la normativa aplicable, partiendo de la Constitución. La presente conclusión será relevante al momento que se analicen los problemas jurídicos materia del presente caso, como se verá a continuación.

#### **4.2 ¿Cuándo debe entenderse que ha ocurrido una “operación” o “acto” de concentración?**

Como se ha podido verificar en la parte expositiva del presente informe referida a los hechos jurídicamente relevantes del caso, se puede ver que una de las principales controversias

<sup>40</sup>

##### **Artículo 2.- Funciones Generales del INDECOPI**

*El INDECOPI rige su funcionamiento con arreglo a las normas de su Ley de Organización y Funciones aprobada por Decreto Legislativo N° 1033, Ley sobre Facultades, Normas y Organización aprobada por Decreto Legislativo N° 807 y normas complementarias que establecen la competencia funcional de sus órganos resolutivos. Son funciones generales del INDECOPI: a) Vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que afectan a los ciudadanos y empresas, así como velar por el cumplimiento de las normas y principios de simplificación administrativa; b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva; c) Corregir las distorsiones en el mercado provocadas por el daño derivado de prácticas de dumping y subsidios; d) Proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo; e) Vigilar el proceso de facilitación del comercio exterior mediante la eliminación de barreras comerciales no arancelarias conforme a la legislación de la materia; f) Proteger el crédito mediante la conducción de un sistema concursal que reduzca costos de transacción y promueva la asignación eficiente de los recursos; g) Establecer las políticas de normalización, acreditación y metrología; h) Administrar el sistema de otorgamiento y protección de los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, en sede administrativa, conforme a lo previsto en la presente Ley; y i) Garantizar otros derechos y principios rectores cuya vigilancia se le asigne, de conformidad con la legislación vigente. Para el cumplimiento de sus funciones, el INDECOPI se encuentra facultado para emitir directivas, imponer sanciones, ordenar medidas preventivas o medidas cautelares, dictar mandatos y medidas correctivas, conforme a lo previsto en su Ley de Organización y Funciones aprobada por Decreto Legislativo N° 1033.*

<sup>41</sup>

SÁNCHEZ POVIS, Lucio Andrés (2020) La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. En *Ius Et Veritas*. Año 2020, N° 60, P. 53.

suscitadas es en referencia a la correcta interpretación del concepto “operación” o “acto de concentración”.

Dicha controversia se genera en la medida que el artículo 3 de la Ley de Concentraciones establece que antes de realizar cualquier **acto de concentración** el administrado deberá solicitar la autorización previa, sin cuya aprobación el acto previamente mencionado no podrá realizarse, ni tendrá efecto legal alguno.

De este modo, Enel indica, en primer lugar, que en el marco de Ley de Concentraciones debe entenderse operación de concentración y acto de concentración de manera similar, en la medida que el Reglamento de la Ley de Concentraciones define a operación de concentración como todo acto detallado en el artículo 2<sup>o</sup><sup>42</sup> de la Ley de Concentraciones.

Y de esta forma, luego de citar doctrina comparada, Enel define a operación u acto de concentración de la siguiente manera:

*“(…) acto jurídico, con independencia de su forma, que conlleva como consecuencia un cambio, duradero y permanente, en la capacidad o posibilidad para influir, de manera preponderante y decisiva, en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas”*

Por otro lado, la Comisión y la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la “Sala”) consideran que para definir tanto concentración como control, se debe partir de las definiciones otorgadas por la legislación tanto nacional como internacional, indicando para tales efectos que el Reglamento (CE) 139/2004 del consejo sobre el control de concentraciones entre empresas, precisa que se entenderá que se produce una concentración *cuanto tenga lugar un cambio duradero del control.*

Asimismo, establece que para efectos de determinar que se debe entender por control, debe tenerse en cuenta lo indicado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, específicamente lo señalado en la Resolución SBS 445-2000, sobre vinculación y grupo

---

<sup>42</sup> **Artículo 2.-** Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación “joint venture”, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos. No se considera que existe concentración cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo.



económico, norma que señala que *se denominará control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de la persona jurídica.*

Como puede verse de las dos definiciones planteadas, la controversia nace respecto de cuándo debe entenderse que ha ocurrido una operación de concentración. Mientras que para Enel se entenderá que la misma ha ocurrido cuando existe la capacidad para influir en la empresa de manera decisiva y dicha capacidad se materializa; para tanto la Comisión como para la Sala dicho acto se materializará cuando exista un cambio duradero del control, lo cual otorga un poder de decisión preponderante sobre las empresas involucradas, el cual se materializa sin perjuicio de la efectividad en la toma de decisiones.

A efectos de poder dilucidar la presente controversia, en los siguientes acápite se desarrollará tanto el concepto de concentración como de control, tomando en consideración lo señalado por legislación nacional e internacional sobre la materia, así como doctrina nacional y comparada.

#### **4.2.1 ¿Qué debe entenderse por “concentración”?**

Para poder encontrar una definición concreta de concentración, se debe considerar primero cual es el objetivo de una norma de control de concentraciones. En este sentido, se podría señalar que el régimen de control de concentraciones protege un interés público y garantiza la funcionalidad del sistema económico. De esta manera, al contrario que una normativa societaria o de oferta pública en donde se busca proteger intereses privados, en una normativa de control de concentraciones se busca cautelar el interés público.<sup>43</sup>

En atención a lo antes mencionado, cabe señalar entonces que el régimen de control de concentraciones utiliza criterios como cuota de mercado, volumen de negocio, mercado de referencia, etc, para valorar el efecto que tiene la concentración sobre el mercado<sup>44</sup>, lo cual será necesario tener en cuenta para aterrizar la definición que aquí plantearemos.

Para empezar con el planteamiento de la definición, como bien indicó la Sala en sus considerandos, para la Comunidad Europea, se debe entender como concentración, de manera generalizada, cada adquisición, directa o indirecta, del control de otra u otras empresas.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> ANDREEVA ANDREEVA, Vésela (2009) “El control societario como punto de conexión entre la oferta pública de adquisición y la operación de concentración”. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. N° 17 (2009). P.4. Recuperado el 05/12/2019.

<sup>44</sup> *Op cit.* ANDREEVA ANDREEVA, Vésela (2009) p.5.

<sup>45</sup> Reglamento 139/2004 de la Comunidad Europea del 20 de enero de 2004, sobre control de concentraciones entre empresas.

De este modo, a efectos de esta definición, resultaría irrelevante la manera de adquisición o si se trata de la totalidad o solo partes de una o varias empresas.<sup>46</sup> Ello por el hecho de que la definición de concentración se encuentra atada a lo que se debe entender por control.

Asimismo, normativa española define a la concentración económica como el supuesto bajo el cual se produce un cambio estable en el control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de una lista taxativa, que incluye entre otros, reorganizaciones societarias, adquisición de empresas; o incluso la creación de una empresa en participación.<sup>47</sup>

Por otro lado, la definición de concentración es similar en legislación latinoamericana. En este sentido, normativa chilena indica que “se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades (...)”. Lo anterior en el marco de una reorganización societaria, adquisición que permita influir decisivamente en la administración de otro; o mediante asociaciones.<sup>48</sup>

Del mismo modo, puede encontrarse que como parte de legislación argentina, se define concentración como “la toma de control de una o varias empresas” a través de la realización de diferentes actos, como reorganizaciones, adquisiciones, entre otras.<sup>49</sup>

Desde un punto de vista económico, las concentraciones empresariales han sido definidas como una de las mejores estrategias para fortalecer una empresa, materializando sus competencias fundamentales y creando nuevas estructuras en el mercado. De esta manera, es un proceso que conduce a la unificación de empresas hasta entonces independientes para formar empresas mayores. Es decir, se alcanza una consolidación empresarial.<sup>50</sup>

En general, puede establecerse, a partir de las definiciones planteadas, que tanto la legislación europea como la latinoamericana coinciden en el hecho de que una operación de concentración parte de la definición de control planteada.

---

<sup>46</sup> *Op cit.* ANDREEVA ANDREEVA, Vésela (2009) p.3.

<sup>47</sup> Ley 15/2007 de España del 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

<sup>48</sup> Decreto Ley N° 211 de 1973, República de Chile.

<sup>49</sup> Ley N° 27442 - Ley de Defensa de la Competencia, República de Argentina.

<sup>50</sup> OLIVOS CELIS, Milagros (2012) “El control previo de las concentraciones empresariales en una economía social de mercado: Análisis del caso peruano”. En *Revista de Derecho y Economía*. N° 36 (2012) pp. 97. Recuperado el 05/12/2019.

De esta manera, la definición de concentración que se utilizará, partiendo de las definiciones antes esbozadas será la siguiente:

*La adquisición que tenga por efecto que dos o más agentes económicos cesen de su independencia en cualquier ámbito de sus actividades, debido a un cambio estable en el control de una de las dos empresas.*

#### **4.2.2 ¿Qué debe entenderse por “control”?**

Tal como se indicó previamente, la definición de concentración, y por lo tanto de operación de concentración, se encuentra atada a la definición que se otorgue al concepto control. En este momento cabe la pena mencionar que la jurisprudencia y normativa nacional en materia de control de conductas y/o estructuras no ha desarrollado un concepto de control aplicable para el análisis de casos de competencia.

En este sentido, la función del derecho de la competencia es la de proteger el régimen de mercado y asegurar la competencia eficaz<sup>51</sup>, en beneficio del usuario, como se ha mencionado previamente. De esta manera, resulta necesario esbozar una nueva definición que calce con los intereses que buscan ser protegidos por el derecho de la competencia.

Para poder diagramar lo que antes se mencionó, respecto de la diferencia que debe existir entre el concepto de control en un ámbito de competencia y un ámbito societario/financiero, se procederá con el análisis del concepto de control en nuestra normativa nacional.

En este sentido, en primer lugar, cabe indicar la definición que nuestra Ley General de Sociedades plantea sobre el concepto de control. De esta manera, la Ley General de Sociedades plantea lo que se debe entender por sociedad controlada, al señalar que será una sociedad controlada aquella en la que, directa o indirectamente, la propiedad de más del cincuenta por ciento de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio corresponda a la sociedad emisora de acciones.<sup>52</sup>

El propósito directo de este artículo no es el de otorgar una definición societaria al concepto de control, sino el evitar el fraude indirecto de adquisición de acciones de la sociedad con recursos propios de la sociedad mediante la creación de filiales o subsidiarias.<sup>53</sup> Sin perjuicio de ello, sí

---

<sup>51</sup> *Op cit.* ANDREEVA ANDREEVA, Vésela (2009) p.2

<sup>52</sup> *Artículo 105.- Control indirecto de acciones*  
*Las acciones de propiedad de una sociedad que es controlada por la sociedad emisora de tales acciones no dan a su titular derecho de voto ni se computan para formar quórum. Se entiende por sociedad controlada aquella en la que, directa o indirectamente, la propiedad de más del cincuenta por ciento de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio corresponda a la sociedad emisora de las acciones.*

<sup>53</sup> ELÍAS LAROZA, Enrique (2015). Derecho Societario Peruano – La Ley General de Sociedades en el Perú. Tomo I. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica. P. 385.

otorga una matiz cuantitativo a la definición de control, ya que se entenderá que hay control cuando se cumplan con requisitos objetivos.

Sin embargo, para poder aterrizar una definición que calce con los objetivos del derecho de la competencia, es necesario que la definición pueda abarcar las diferentes situaciones que pueden existir en el derecho de la competencia y teniendo en cuenta los factores que aquí se tienen en cuenta como el mercado en concreto, en otros supuestos.

Ahora, vale la pena citar regulación específica nacional que dentro de sus funciones también corresponde evaluar escenarios de grupos económicos.

De este modo, de acuerdo con el artículo 8° de la Resolución SBS N° 5780-2015, se entiende por grupo económico al “conjunto de personas jurídicas y/o entes jurídicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos (2) integrantes, cuando alguno de ellos ejerce control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas y/o entes jurídicos corresponde a una o varias personas naturales que actúan de manera conjunta como una unidad de decisión”. La presente definición otorgaría calidad de grupo económico al conjunto de empresas que encabeza Enel.

A su vez, en el artículo inmediato posterior, el mismo cuerpo normativo define control como “la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica (...)”.

En el mismo sentido que la regulación emitida por la SBS, la SMV ha señalado en el artículo 7° del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, aprobado por la Resolución SMV N° 019-2015-SMV-01 que grupo económico es “el conjunto de entidades, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos (2) entidades, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control sobre las entidades corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión (...)”.

De este modo, dicho Reglamento establece su artículo 6° que control será definido como “*la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobiernos de una persona jurídica u órganos que cumplan la misma finalidad en el caso de un ente jurídico (...)*” (subrayado nuestro).

De esta manera podemos concluir preliminarmente que en legislación nacional especializada se define a control como “*la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobiernos de una persona jurídica u órganos que cumplan la misma finalidad en el caso de un ente jurídico*”.

Cabe indicar ahora que mientras que tanto la regulación de la Superintendencia del Mercado de Valores como la de la Superintendencia de Banca, Seguros & AFP tienen fines distintos a la de la regulación de competencia, la definición esbozada por cada uno también parte de una protección del interés general, siendo el de mercado de valores la formación correcta del precio a través de la transparencia de la información; y el de la SBS el evitar el riesgo sistémico.

De este modo, y ante la ausencia de una definición clara de control para el ámbito de la competencia, utilizaremos como base la conclusión preliminar antes señalada, al otorgar una definición que tiene características cualitativas y no únicamente cuantitativas para considerar una situación como control.

Como se puede ver, en legislación nacional se encuentra fuertemente vinculado el término de control con el de grupo económico. Esto en la medida que lo segundo es la consecuencia del primero, es decir, existirá un grupo económico como consecuencia de que una empresa matriz ejerza control sobre sus subsidiarias.

Lo anteriormente mencionado puede ayudarnos a esbozar nuestra definición de control. Al respecto, se pueden destacar cinco (05) supuestos en los cuales se pueden encontrar que empresas se encuentran vinculadas entre ellas. Estos supuestos son los siguientes:

- “Empresas caracterizadas por la participación mayoritaria que una posee en la otra.
- **Empresas dominantes y dependientes, caracterizadas por el hecho de que las primeras puedan ejercer una influencia dominante sobre las segundas.**
- Empresas integrantes de un grupo de sociedades.
- Sociedades con participaciones recíprocas entre sí.
- Sociedades vinculadas por un contrato de empresa.”<sup>54</sup>

Asimismo, se pueden encontrar diferentes tipos, o técnicas, de control. De este modo, se puede diferenciar a las técnicas de control interno de las de control externo. Respecto del primero, son de carácter societario porque implican las estructuras, instrumentos y recursos de legislación de las sociedades (vinculado a, por ejemplo, la mayoría de los votos en una sociedad); y con respecto al segundo, el mismo se adquiere en virtud de las específicas vinculaciones entre las sociedades, como, por ejemplo, mediante contratos.<sup>55</sup>

De esta manera, partiendo de la definición esbozada por legislación nacional con respecto a control, podríamos indicar que para el autor antes señalado un grupo económico puede

---

<sup>54</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (2008) Derecho Societario – Parte General – Fusiones y otros actos de concentración societaria. Los Grupos de Sociedades. Buenos Aires: Heliaste. P. 478 – 479.

<sup>55</sup> LERNER, Erica (2002) “El fenómeno del control y la concentración societaria”. Monografía. Recuperado el 18/01/2021.

identificarse si son empresas dominantes y dependientes, caracterizadas por el hecho de que las primeras puedan ejercer control sobre las segundas, sin importar si el control se realizara de manera interna o externa.

Este control ejercido, en el caso que nos compete, se realizaría a partir de la obtención de acciones de una empresa por parte de otra. Este tipo de control, como se mencionó anteriormente, es un control interno, el cual se demuestra a través de las acciones obtenidas, lo cual conlleva a que la empresa matriz tenga poder de decisión sobre cada una de las empresas de las cuales obtuvo porcentaje accionario de manera directa o indirecta.

A mayor abundamiento, doctrina nacional indica que esta modalidad de control consiste en un control interno, dado por la posibilidad de disponer de la mayoría de votos en la correspondiente junta general de acciones de la sociedad controlada, lo cual tiene como consecuencia el poder de decisión sobre la designación de los órganos de gobierno y el destino de las utilidades.<sup>56</sup>

Hasta el momento, entonces, tanto la doctrina como legislación nacional coinciden en que existirá control por parte de una empresa o persona sobre un grupo de empresas, o una sociedad en particular, cuando se pueda ejercer influencia en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de las sociedades.

Sin perjuicio de ello, debe tomarse en consideración, adicionalmente a la influencia preponderante y dominante sobre una segunda empresa, que una relación de dominación no “está referido al simple hecho de que una persona jurídica pueda tener acciones o ser propietaria de alícuotas de capital de cualquier otra, sea ésta en minoría o en mayoría, lo que de por sí la convertirá en una empresa “dominada” o “dependiente”<sup>57</sup>. Esto en la realidad no necesariamente ocurre; debe verificarse que esta relación de dominio dependencia sea una de orden tangencial real y no solo desde un aspecto formal, como podría ocurrir en el primer caso”.<sup>58</sup>

No obstante lo antes mencionado, consideramos que la relación de dominio dependencia no necesita ser materializada necesariamente para que se configure un escenario de control. De esta manera, para que se considere que una empresa o una persona ejerce control sobre la otra, es suficiente que exista la posibilidad de ejercer influencia sobre su actividad económica, o como mencionamos, en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de las sociedades. En este sentido, no resulta necesario que el control se ejecute.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo (2003) Derecho Comercial – Temas Societarios – Tomo IV. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. P.157.

<sup>57</sup> O en el caso que nos concierne, “controlada”.

<sup>58</sup> LOZANO HERNANDEZ, J. (2006). La Responsabilidad de los Empresarios en las Crisis Patrimoniales – Desde el derecho romano hasta el Derecho de Grupos. Lima: Universidad San Martín de Porres. P.150.

<sup>59</sup> *Op cit.* ANDREEVA ANDREEVA, Vésela (2009) p.7.

De lo anterior se podría concluir, entonces, que la influencia preponderante y dominante en los órganos de gobiernos de una empresa, como consecuencia de la obtención directa o indirecta de acciones, no se materializaría con la simple obtención de acciones, ya que la posibilidad de ejercer la influencia sobre la actividad económica o la toma de decisiones del órgano de gobierno correspondiente puede verse afectada por otros mecanismos de control que limitaría el ejercicio de dicha influencia.

En este sentido, para que se configure un escenario de control de orden tangencial real, debe existir dicha posibilidad de ejercer la influencia respectiva. En este punto cabe recalcar, como se ha mencionado anteriormente, que contrariamente a lo recogido en otras normas mercantiles, como la Ley General de Sociedades, el concepto de control debe recoger elementos cualitativos que deberán ser valorados en cada caso, y la influencia que se ejercerá sobre las actividades de una empresa dependerá de la naturaleza de la operación, mercados afectados, previsiones de los estatutos, convenios de accionistas y de factores como la regulación aplicable.<sup>60</sup>

Lo antes mencionado cobra sentido y especial relevancia teniendo en consideración que los órganos de gobierno de una sociedad únicamente actúan bajo preceptos impartidos por estos mismos, es decir, bajo acuerdos adoptados en las sesiones o juntas correspondientes. De esta manera, el control o dominación efectiva se materializaría si existe la posibilidad de influir decisivamente en la adopción de acuerdos que, de una u otra manera, materialicen la voluntad del nuevo controlador de la empresa. Mientras exista dicha posibilidad de influencia en la realidad, se entenderá entonces que se está ejerciendo control efectivo de la sociedad.

De este modo, y para esbozar una definición de control que aplique para el caso en concreto, se entenderá que una empresa ejerce control, o dominación, sobre otra cuando exista una *“influencia continua y preponderante sobre los órganos de gobierno de la sociedad adquirida, ya sea de manera directa o indirecta, que permita adoptar los acuerdos que reflejen la voluntad del adquirente”*.

Para expandir aún más la definición planteada, en el caso en concreto, el órgano de gobierno que corresponde, y que adopta las decisiones en las sociedades adquiridas, es el directorio, o consejo de administración.

Al respecto, el directorio de una sociedad desempeña la más importante función en el seno de la sociedad, al ejecutar los acuerdos de la junta general de accionistas; así como adoptar

---

<sup>60</sup> Op cit. ANDREEVA ANDREEVA, Vésela (2009) p.6.

diariamente decisiones de su competencia, las cuales conducirán al éxito o fracaso de la empresa en cuestión.<sup>61</sup>

De esta manera, debe entenderse que el directorio, a pesar de ser un órgano subordinado a la junta general, cumple un rol de vital importancia en la marcha de la sociedad, ya que guarda relación directa con la aprobación de todos los actos y contratos relacionados con el giro del negocio de la sociedad correspondiente; así como fija las políticas generales que deben ser ejecutadas a través de la gerencia.<sup>62</sup>

El directorio, entonces, es aquel órgano de gobierno de la sociedad que, a pesar de encontrarse subordinada a la junta general de accionistas, gestiona la empresa y se encarga de la conducción y de la toma de decisiones que pueden llevar al éxito o fracaso a la empresa. Ello lleva consigo que el directorio deba aprobar cualquier nueva política y/o lineamiento económico, así como aprueben los contratos que deban ser considerados como materiales y que escapen de las facultades del gerente general, que se encuentra subordinado al directorio.

De este modo, a mayor abundamiento, en la definición que se ha venido esbozando, se puede señalar que existirá control, en el caso en concreto, cuando exista una *“influencia continua y preponderante respecto de la toma de decisiones que pueden llevar al éxito o fracaso a la sociedad adquirida, ya sea de manera directa o indirecta; y que permita adoptar los acuerdos que reflejen la voluntad del adquirente”*.

A manera de conclusión, entonces, y recapitulando lo avanzado en el presente capítulo, debe entenderse que ocurre una operación o acto de concentración cuando se cumpla con lo indicado en la presente definición:

*Que la adquisición tenga por efecto que dos o más agentes económicos cesen de su independencia en cualquier ámbito de sus actividades, debido a un cambio estable en la influencia continua y preponderante respecto de la toma de decisiones que pueden llevar al éxito o fracaso a la sociedad adquirida; y que permita adoptar los acuerdos que reflejen la voluntad del adquirente.*

#### **4.3 ¿Las acciones adoptadas por parte de Enel resultaban razonablemente suficientes para determinar que actuaron conforme a lo que se esperaba y por ende no se ejerció un control efectivo?**

---

<sup>61</sup> URÍA, Rodrigo; MENENDEZ, Aurelio y GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier (1999). “La Sociedad Anónima: Órganos Sociales. Los Administradores”. En *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. 1ª edición. Madrid: Civitas Ediciones. P.895 y ss.

<sup>62</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo (2003) “El directorio de las sociedad anónimas”. En *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. p. 584.



Como parte de sus descargos, como fue indicado en los hechos jurídicamente relevantes del presente informe, Enel indicó que no cometió la infracción debido a que realizaron todos los actos razonablemente esperados para evitar que se materialice la operación de concentración en la República del Perú. Esto quiere decir que, para evitar ejercer el control efectivo sobre las empresas adquiridas indirectamente, adoptó acuerdos que evitasen ellos.

La premisa antes indicada partió del hecho de que la Ley de Concentraciones no buscaba de ninguna manera condicionar la realización de un acto jurídico sujeto a ley extranjera, sin embargo, debían realizarse las diligencias necesarias para que no se desplieguen los efectos de una concentración sobre las empresas ubicadas en territorio peruano.

En esta línea, Enel comenzó adoptando las previsiones necesarias para que no se materializará lo antes indicado. Para ello, el Consejo de Administración de Endesa Latinoamérica S.A., empresa holding latinoamericana mediante la cual se ejerce control indirecto sobre las empresas ubicadas en territorio peruano, sostuvo una sesión el día 22 de junio de 2009.

En la antes mencionada sesión se dispuso instruir a los representantes de Endesa Latinoamérica S.A. de abstenerse de realizar cualquier acto que pudiese alterar la estructura de control vigente en Eepsa, Edegel y Edelnor, hasta que la Comisión no emitiera su decisión con relación a la operación notificada.

De esta forma, se instruyó que no se realizarían los siguientes actos: (i) no se modificarían los órganos de administración de dichas sociedades; (ii) no se alteraría la política comercial de dichas sociedades; ni (iii) en forma general se efectuaría acto alguno que implique modificar la estructura de control vigente en las sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.

Para Enel, de esta manera, este acto, que fue comunicado por parte de las empresas del Grupo Endesa ubicadas en el Perú a la CONASEV, resultaban las precauciones exigibles y estrictamente necesarias para asegurar que la transferencia de acciones no sea susceptible de surtir efectos propios de una concentración en el Perú.

De esta manera, para poder determinar si efectivamente dichos actos resultaban los razonablemente esperados para poder señalar que no se ejerció un control efectivo sobre las empresas ubicadas en el territorio peruano, se deben tomar en cuenta dos posibles situaciones que no son expresamente indicadas en el expediente de la referencia.

De este modo, el primer escenario es el cual Endesa Latinoamérica S.A. instruyó a las empresas del Grupo Endesa de los actos mencionados anteriormente, y ello no se materializó mediante el acuerdo de órgano de gobierno correspondiente; y el segundo escenario es en el cual si se adoptó el acuerdo de órgano correspondiente.

Respecto del primer escenario, la respuesta al presente problema jurídico resultaría simple. En este sentido, cabe recordar el principio fundamental de derecho societario que las personas jurídicas son sujetos de derecho distintos de sus accionistas, sean estos personas naturales o jurídicas.

En atención a ello, Endesa Latinoamérica S.A., empresa holding que es titular de las acciones del Grupo Endesa, adoptó un acuerdo de directorio en el cual se instruye a los representantes de las empresas del Grupo Endesa de no realizar los actos mencionados anteriormente.

Sin embargo, ¿resultaría realmente exigible para ellos el acuerdo adoptado? Lo anterior en la medida que el acuerdo que resultaría vinculante para dichos representantes sería uno adoptado por el órgano de gobierno de la empresa en cuestión, sea Eepsa, Edegel o Edelnor.

De esta manera, el acuerdo adoptado por Endesa Latinoamérica S.A., si no se trasladaba a un acuerdo societario de la empresa correspondiente, no resultaba vinculante societaria y legalmente para los representantes, sin perjuicio de una posible eventual falta laboral por no cumplir con instrucciones del accionista de la empresa.

Todo lo anteriormente señalado en función de que no se haya adoptado el acuerdo societario correspondiente y que un accionista es un sujeto de derecho distinto del de la empresa.

Con referencia al segundo escenario, este sea el que las empresas del Grupo Endesa sí adoptaron el acuerdo de órgano de gobierno correspondiente, cabe realizar un análisis por separado y disgregado de cada uno de los actos que se instruyó no realizar para sustentar que no se ejerció control.

En este punto cabe recordar la definición de control que hemos esbozado en el presente informe. De esta manera, para efectos del presente, se entenderá control cuando exista una *“influencia continua y preponderante respecto de la toma de decisiones que pueden llevar al éxito o fracaso a la sociedad adquirida; y que permita adoptar los acuerdos que reflejen la voluntad del adquirente”*.

A estos efectos, Enel señaló que no se ejerció control efectivo en la medida que se tomó un acuerdo en el cual se prohibió que se adopten acuerdos que impliquen los puntos indicados previamente.

De este modo, se analizará si la adopción de dicho acuerdo en efecto evitó que se ejerciera control efectivo sobre las empresas del Grupo Endesa ubicadas en Perú.

Al respecto, en primer lugar, cabe señalar que un acuerdo de sesión de directorio, para una sociedad peruana que posea este órgano de administración, y tal como se ha indicado previamente, constituye un acuerdo vinculante y que resulta de mandatorio cumplimiento para la sociedad, salvo que la junta general de accionistas lo revoque.

El directorio, como máximo órgano de administración de una sociedad, de esta forma, y conforme a sus deberes fiduciarios de lealtad y cuidado, debe actuar de tal manera que proteja los intereses de los accionistas y maximice el eventual retorno por la inversión de los mismos.

Por ello, una eventual conclusión a la que se puede arribar es que efectivamente sí se ejerció control efectivo por parte de Enel de las sociedades pertenecientes al Grupo Endesa en la República del Perú debido a que, a pesar de que explícitamente se indicó por parte de la holding a través de sesión de Consejo de Administración, que no realice ningún tipo de acto que pueda llevar al éxito o fracaso a las empresas en cuestión, como se indicó anteriormente, no resulta necesario que se materialice un control efectivo, ya que la sola influencia para poder adoptar, por ejemplo en este caso, este tipo de decisiones, otorga control al adquirente.

Como argumento en contra de lo señalado anteriormente, se podría indicar lo siguiente respecto de las medidas tomadas:

- Con respecto a que no se modificarían los órganos de administración de dichas sociedades, cabe señalar que, en efecto, la presente restricción evitaría que se modifiquen los órganos de administración de las sociedades involucradas, y a su vez, representa una importante arista en el éxito o fracaso de una empresa. Ello debido a que, la modificación de tanto la gerencia o el directorio, puede conducir a resultados diversos que dependerán de a quien se ha colocado en dichos cargos, lo cual puede resultar tanto beneficioso como perjudicial para las sociedades involucradas.
- Respecto de la no alteración de la política comercial de las sociedades involucradas, cabe indicar, de igual manera a lo antes señalado, que la alteración de la política comercial de las sociedades involucradas de acuerdo al criterio del adquirente, puede alterar drásticamente los resultados de una empresa que viene siguiendo una política en estricto. De esta manera, si se alterará la política comercial de una empresa, ya sea para bien o para mal, los resultados que estas arrojarán pueden variar considerablemente, lo que nos lleva a concluir, de la misma manera, que la presente prohibición si representa una limitación a una medida que puede llevar al éxito o fracaso a una empresa.
- Por último, respecto de la posible alteración de la estructura de control de las empresas del Grupo Endesa, cabe señalar que la alteración de este no implica que una empresa fracase o tenga éxito, ya que este criterio se encuentra más vinculado a las decisiones de

los órganos de administración. Sin perjuicio de ello, si resulta considerable si se toma en cuenta que el cambio de control de la empresa posteriormente puede alterar el índice de concentración del mercado, teniendo en consideración el mercado de clientes libres.

En atención a lo antes señalado, es posible señalar que, efectivamente, las medidas aplicadas por Enel como parte de la adquisición evitaban que las empresas pertenecientes al Grupo Endesa adoptasen decisiones que puedan llevar al éxito o fracaso a dichas empresas.

Sin embargo, cabe señalar que, de acuerdo a la definición esbozada en el presente documento de control, sí se cumplirían los requisitos para que configure un escenario de influencia y control efectivo.

Ello debido a que se adoptó una decisión en la holding propietaria de las acciones de las sociedades del Grupo Endesa, la cual reflejaba la voluntad del adquirente de control. De esta manera, pese a que efectivamente se evitó que se ejerciera el control por medio de un acuerdo que prevenga que se adopten acuerdos materiales en los órganos de administración de las sociedades pertenecientes al Grupo Endesa, el acuerdo en cuestión fue adoptado. Ello reflejaba la voluntad del adquirente ya que, para no incumplir las correspondientes condiciones precedentes, era necesario adoptar tal acuerdo y de esta manera no incumplir con lo establecido en el Contrato de Compraventa de Acciones.

De esta manera, podría concluirse preliminarmente que, pese a que se adoptó un acuerdo que evitaría que se materialicen acuerdos relacionados al éxito o fracaso de la empresa, el acuerdo en cuestión fue adoptado por decisión del adquirente, por lo que si existiría una influencia continua y preponderante en la toma de decisión del órgano de administración.

Asimismo, debe ser considerado que en la definición de control planteada, el aspecto que resulta de mayor relevancia al momento de definir control es aquel relacionado con la toma de decisiones en cuestión.

Ello por el hecho de que interpretar de dicha manera la definición de control corresponde con los objetivos de la legislación de libre competencia. De esta manera, tal como fue mencionado previamente, la legislación de libre competencia actualmente persigue como uno de sus objetivos la eficiencia económica, así como el bienestar del consumidor – usuario -, a fin de evitar actos que puedan resultar finalmente perjudiciales para los usuarios.

De esta manera, el hecho de que se adopte un acuerdo que prevenga que el adquirente pueda tomar decisiones que afecten el manejo normal de la empresa, evita justamente que finalmente se adopten acuerdos que pueda afectar a los usuarios, en la medida que la empresa deberá

seguir manejándose de la misma manera a como lo ha venido haciendo bajo la supervisión de los entes reguladores correspondientes.

Como se señaló en el presente análisis previamente, para poder esbozar y determinar si se ejerció un control efectivo en el ámbito de libre competencia se debe tener en consideración no solo aspectos cuantitativos, sino cualitativos como lo es el mercado de referencia, cuota de mercado, volúmenes, entre otros.

Teniendo en consideración el mercado afectado que es el de electricidad y los usuarios que se podrían ver afectados - usuarios libres -, se puede señalar que la sola adopción del acuerdo no debiera entenderse como el ejercicio del control efectivo por parte del adquirente, ya que es justamente el contenido del acuerdo el cual determinará si se está ejerciendo control o no. Si el contenido del acuerdo, como en el presente caso, evita que justamente se altere el normal manejo de la empresa, entonces es plausible señalar que no se ha ejercido control y ello es coincidente con uno de los objetivos básicos de la libre competencia como lo es el bienestar del usuario.

Sin perjuicio de lo antes indicado, y a pesar de que efectivamente no se afectaría finalmente al usuario por las medidas adoptadas, cabe señalar que la legislación de libre competencia no solo busca evitar los riesgos concretos que puedan materializarse, sino cualquier situación que pueda materializarse en una eventual situación perjudicial para los usuarios.

En este sentido, la sola influencia y/o posibilidad de que el adquirente, en este caso Enel, pueda efectivamente alterar la situación en la que se encuentran las empresas del Grupo Endesa, en perjuicio de los usuarios, y conforme a la definición planteada de control, ya se materializaría como una situación de control efectiva que debía ser únicamente materializada de manera posterior a la autorización por parte de INDECOPI.

De esta manera, y a manera de conclusión, Enel no adoptó las medidas razonablemente adecuadas para evitar ejercer control efectivo sobre las sociedades del Grupo Endesa. Ello debido a que, a pesar de que el contenido del acuerdo que tomó evitaba que se maneje la administración de las sociedades en cuestión, la sola posibilidad de poder influenciar las empresas adquiridas en desmedro de los usuarios ya es suficiente para poder considerar la situación en concreto como una de control.

Cabe señalar asimismo que la conclusión arriba respecto del segundo escenario también calzaría con lo concluido con respecto al primer escenario, es decir, que no se habrían adoptado las medidas necesarias ya que un acuerdo societario de una persona jurídica accionista de otra, no vincularía a los representantes de la segunda al menos que sea adoptada por la sociedad en cuestión.

#### **4.4 ¿Se vulneraron principios de legalidad, tipicidad y razonabilidad del derecho administrativo sancionador en el trámite del procedimiento?**

De acuerdo a lo indicado en los hechos relevantes del presente caso, durante el trámite del procedimiento sancionador, Enel señaló que se habrían vulnerado principios del derecho administrativo sancionador en el trámite del procedimiento.

De este modo, Enel señala ante la Comisión, en primer lugar, que se vulneran los principios del derecho administrativo sancionador de legalidad y tipicidad. Esto en la medida que alega que la sanción que se ha impuesto no se encontraba correctamente tipificada en la norma, ya que no se prohíbe el perfeccionamiento del acto de concentración sujeto a ley extranjera.

Por otro lado, Enel también indica que se vulnera el principio del derecho administrativo sancionador de razonabilidad. Ello debido a que indican que la sanción impuesta debe corresponder con la conducta que busca evitarse, así como, en segunda instancia, señala que el principio de razonabilidad no fue tomado en cuenta por la Comisión al no utilizar los criterios de graduación de sanción para determinar la multa impuesta finalmente.

En el presente acápite, y teniendo en consideración lo expresado anteriormente, se analizará si efectivamente se han vulnerado dichos principios del derecho administrativo sancionador, desarrollando antes de ello cada uno de ellos.

##### **4.4.1 ¿Se vulneraron los principios del derecho administrativo sancionador de legalidad y tipicidad?**

Como se mencionó en la cuestión previa del presente informe, un procedimiento administrativo sancionador debe seguir determinados principios que doten de eficacia al mismo, por lo que la vulneración de ellos resultaría en incongruente con el sistema sancionador del estado.

De esta manera, el principio que de alguna manera enmarca el accionar de la administración en procedimientos sancionadores, es el principio de legalidad.

Una definición del principio de legalidad es aquella mediante la cual se señala que este principio circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, de tal manera que todos los actos de las autoridades correspondientes, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a la normativa y especialmente a la Constitución.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> *Op cit* OSSA ARBELAEZ, Jaime p.187.

Otra definición que plantea la doctrina sobre el principio de legalidad se encuentra referida a que el principio de legalidad es el principio más importante del derecho administrativo, ya que establece que todas las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le son atribuidas y de acuerdo con los fines para que los que fueron conferidos dichas facultades.<sup>64</sup>

Del mismo modo, puede entenderse al principio de legalidad como uno de los principios capitales del Derecho Público y es, al mismo tiempo, uno de los ejes centrales sobre el cual se construye el Derecho Administrativo.<sup>65</sup>

De esta manera, la Administración no goza de la llamada libertad negativa, que permite a los administrados no hacer lo que la ley no manda y a poder realizar lo que aquella permite, en la medida que solo goza de aquellas facultades que la norma otorga expresamente. Esto tiene como resultado que la administración no puede actuar de manera discrecional, debiendo sujetarse siempre a lo que la norma o la Constitución señala.<sup>66</sup>

Por otro lado, el Tribunal Constitucional peruano ha determinado en diferentes sentencias el contenido del principio de legalidad en materia de procedimientos administrativos sancionadores. De esta manera, ha señalado que el principio de legalidad, en materia sancionadora, impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está determinada por la ley. De este modo, el Tribunal Constitucional indica que el principio de legalidad impone tres exigencias, las cuales son que exista una ley; que la ley sea anterior al hecho sancionado; y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado.<sup>67</sup>

Debido a lo antes indicado, se puede señalar que el principio de legalidad es aquel que dota de facultades a la administración y que limita su actuar dentro de dichas facultades. Para ello, la administración solo puede actuar conforme a ley, y si impone una sanción, la ley debe ser anterior al hecho sancionado y debe establecer el supuesto de hecho concreto.

---

<sup>64</sup> GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2017) Manual del Procedimiento Administrativo General. Tercera Edición. Lima: Instituto Pacífico. p. 29.

<sup>65</sup> *Op C/IT* CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014) P. 410.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú que recae en Expediente N° 00197-2010-PA/TC.

Esta última definición planteada por el Tribunal Constitucional amplía el concepto de principio de legalidad a, justamente, los hechos que son sancionables. Es bajo esta concepción del principio de legalidad que se desarrolló el principio de tipicidad.

En primer lugar, cabe señalar que las sanciones administrativas que se encuentran recogidas en la normativa, en ocasiones resultan imprescindibles para garantizar la eficacia de las normas que regulan los sectores de intervención.<sup>68</sup> En este sentido, la doctrina define al principio de tipicidad como el principio que muestra la descripción legal de una conducta específica, a la que le acompañara una correspondiente sanción administrativa. La especificidad con la que debe estar determinada la conducta conlleva una doble exigencia, sobre la base del principio general de libertad que impone que las conductas sancionables sean la excepción a esta libertad, y por ello deben encontrarse delimitadas sin ninguna clase de indeterminación.<sup>69</sup>

Es por ello por lo que la administración solo podrá sancionar aquellas conductas que hayan sido previamente tipificadas como ilícitas, mediante normas que describan de manera muy determinada el supuesto de hecho infractor y la sanción que corresponda aplicable.<sup>70</sup>

A mayor abundamiento, la doctrina también se refiere al principio de tipicidad como aquel principio por el cual solo constituirán conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, sin admitir interpretación extensiva o analógica.<sup>71</sup>

De este modo, se continúa señalando que el principio de tipicidad proviene de una doble necesidad, siendo la primera la libertad a la que se hizo mención expresa anteriormente; y la segunda, la seguridad jurídica, pues el principio de tipicidad permite que los administrados tengan un conocimiento certero de las consecuencias de los actos que realicen.<sup>72</sup>

Respecto de la seguridad jurídica, asimismo, se señala también que este sería el fundamento detrás del principio de tipicidad<sup>73</sup>, en la medida que justamente se busca que los ciudadanos puedan prever las consecuencias de sus conductas. De esta manera, nadie debe ser sancionado

---

<sup>68</sup> CANO CAMPOS, Tomas (2009) Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo III: La actividad de las administraciones públicas. Volumen II. IUSTEL: Madrid. P. 87.

<sup>69</sup> *Op cit* VERGARAY, Verónica p. 410.

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> *Op cit* GUZMÁN NAPURÍ, Christian p. 29.

<sup>72</sup> Ibidem.

<sup>73</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón (2019) citando a GOMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo (2010). Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 2da edición. Aranzadi: Navarra. p. 53



por una conducta que no conocía de antemano que era una infracción. En este sentido, los tipos infractores deben ser claros, precisos e inequívocos.<sup>74</sup>

De lo antes mencionado se podría confundir al principio de legalidad con el de tipicidad, ya que los dos hacen referencia a que no es posible de sanción aquello que no se encuentra certeramente identificado en la norma, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido claramente la diferencia al señalar lo siguiente:

*“Sin embargo, no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero (...), se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos”.<sup>75</sup>*

El Tribunal Constitucional continúa indicando lo siguiente:

*“ (...) el subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.”<sup>76</sup>*

De esta manera, debe entenderse que se vulnerará el principio de legalidad cuando la administración no actúa conforme a la ley o la constitución, pese a encontrarse la infracción y la sanción en la norma; mientras que el principio de tipicidad se verá vulnerado cuando la administración aplica una sanción que no corresponde con el supuesto de hecho que establece la norma.

En el caso en concreto, la norma que ha sido cuestionada por parte de Enel, señalando que la aplicación de la sanción no corresponde al supuesto de hecho que la misma señala, es la siguiente:

---

<sup>74</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón (2019) Los principios de la potestad sancionadora a la luz de las modificaciones del Decreto Legislativo N° 1272. En *Revista de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Año 2019, N° 17, P. 63.

<sup>75</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú que recae en Expediente N° 00197-2010-PA/TC.

<sup>76</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú que recae en Expediente N° 2192-2004-AA/TC.

*“Artículo 6.- La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI podrá imponer a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la presente Ley, multas por un importe no mayor a 500 UIT cuando: omitan la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado, suministren datos inexactos en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión, o no proporcionen la información dentro de los plazos establecidos.*

*Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión podrá importar multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad eléctrica en el territorio nacional, involucradas directa o indirectamente en la concentración -en los términos establecidos en el Artículo 3 de la presente Ley-, correspondientes al año inmediato anterior a la decisión de la Comisión, a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la misma, que: realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, realicen un acto de concentración declarado incompatible por tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia mediante decisión de la Comisión o no cumplan con las medidas ordenadas mediante decisión adoptada por la Comisión.”*

De esta manera, en primer lugar, debe identificarse cuales son los supuestos de hecho que establece la norma y sus correspondientes sanciones, para poder verificar si el principio de legalidad se ha visto afectado.

Es de este modo que se puede señalar que el principio de legalidad no se ha visto afectado, en la medida que, para que ello ocurra, la administración debió haber actuado de manera distinta a como señala la norma.

De esta manera, cabe señalar que de acuerdo a lo determinado por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo – Ley N° 29158 y el Decreto Ley N° 25868 – Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, INDECOPI es un organismo público adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de derecho público.

En este sentido, INDECOPI, de acuerdo con su ley orgánica, es el organismo encargado de, entre otros, proteger el mercado de las prácticas restrictivas, limitativas, que distorsionen la competencia y que afecten a los consumidores.

Para poder realizar ello, y como se mencionó anteriormente, las distintas normas especiales de competencia le otorgan a INDECOPI la facultad sancionadora de la administración, la cual viene

aparejada de la función policial y de fiscalización, la primera reflejándose principalmente en la facultad de poder imponer medidas correctivas, y la segunda en el hecho de que, para poder determinar responsabilidad, deben poder supervisar acordemente que los administrados se encuentren cumpliendo con sus obligaciones.

En atención a ello, y en referencia nuevamente al principio de legalidad, en primer lugar, INDECOPI actuó conforme a las facultades que le fueron otorgadas mediante la Ley de Concentraciones, la cual le otorgó competencia sobre todos estos procedimientos.

En segundo lugar, INDECOPI impuso una sanción que se encontraba prevista en la Ley de Concentraciones, al establecerse el supuesto de hecho, el cual se identifica como realizar el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o la lleven a cabo luego de presentada la solicitud, pero antes de la decisión de la Comisión; y la sanción como resultado de lo antes señalado, equivalente hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por la empresa respectiva.

De este modo, se han previsto las normas e infracciones establecidas en la Ley de Concentraciones, por lo que el principio de legalidad no se ha visto afectado.

Respecto al principio de tipicidad, para que el mismo no se haya visto afectado, el supuesto de hecho debe estar claramente determinado, y una vez determinado el mismo, la sanción impuesta debe ser aquella que corresponda.

Como se señaló anteriormente, la dualidad supuesto de hecho – sanción debe encontrarse claramente determinada, y puede identificarse como la siguiente:

Supuesto de hecho: Acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o la lleven a cabo luego de presentada la solicitud, pero antes de la decisión de la Comisión.

Sanción: Hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por la empresa respectiva.

La Comisión decidió sancionar de esta manera ya que, a su criterio, se cumplió con el supuesto de hecho que acompañaba la sanción. De acuerdo con la interpretación dada por tanto la Comisión como el Tribunal, ello sería correcto. Esto debido a que la norma establece expresamente la sanción que corresponde ante el supuesto de hecho antes mencionado, y de acuerdo con lo indicado por tanto la Comisión como el Tribunal, se habría cumplido con el supuesto de hecho, ya que la operación de concentración se habría materializado simplemente por el traspaso de las acciones. De esta manera, la conducta tipificada se habría realizado por lo que correspondería la sanción.

A mayor abundamiento, y de acuerdo con lo concluido en los anteriores acápite del presente informe, debe considerarse que el acto de concentración, efectivamente, si se materializó en la realidad. Lo anterior en la medida que, a pesar de que se adoptaron acuerdos que puedan evitar un manejo de las empresas del Grupo Endesa, Enel ya contaba con una influencia continua y preponderante que podría utilizar en desmedro de los usuarios si así lo considerase, por lo que existía un escenario de control efectivo.

Debido a esto, el principio de tipicidad no se habría visto afectado, ya que el supuesto de hecho sí se habría materializado en la realidad y con ello el acto de concentración sí se habría concretado. Por esta razón, sí correspondía sancionar y por ende el principio de tipicidad no se habría visto afectado.

A mayor abundamiento, y haciendo referencia a la prueba de legalidad y tipicidad del derecho administrativo sancionador, cabe indicar que para poder evaluar si la conducta tipificada fue efectivamente realizada por el administrado, se tiene que tomar en consideración tres aspectos que son los que se mencionarán a continuación y que si se cumplen entonces correspondería sancionar:

1. Cuando existe una norma legal que establece una obligación legal a su cargo.
2. Cuando el incumplimiento de esa obligación legal esta tipificada como infracción administrativa de manera previa al acto.
3. Cuando se establece una sanción como consecuencia jurídica a la infracción.<sup>77</sup>

De esta manera, podemos ver que los tres supuestos se han cumplido de acuerdo con lo desarrollado en el presente acápite, ya que:

1. El artículo 6° de la Ley de Concentraciones, así como el cuerpo normativo del mismo, imponían una obligación de notificar a cargo de la empresa que se fuera a concentrar, en este caso Enel y de no concretar la operación de concentración de manera previa a la autorización por parte de INDECOPI.
2. El artículo 6, asimismo, establecía que el no notificar, o realizarlo luego de haber notificado pero antes de la aprobación, correspondía a una infracción.
3. El artículo 6° indicaba el monto máximo de la multa a imponerse.

Por ello, la sanción si correspondía ser impuesta al encontrarse tipificada y el supuesto de hecho materializarse. Cabe indicar además que la infracción resultaría ser una instantánea, pero con efectos permanentes, ya que el bien jurídico protegido fue lesionado en un momento

---

<sup>77</sup> ROJAS, VERONICA (2020) El principio de tipicidad y el principio de culpabilidad ¿Qué son y como aplicarlos? En *Ius 360*. Recuperado el 20 de mayo de 2021. <https://ius360.com/segunda-parte-el-principio-de-tipicidad-y-el-principio-de-culpabilidad-que-son-y-como-aplicarlos-veronica-rojas/>

determinado, en el que la infracción se consumó y se produjo una situación antijurídica duradera.<sup>78</sup>

Esto, ya que la infracción justamente fue el hecho de haberse concretado la operación de concentración luego de haber notificado, pero antes de esperar la aprobación de INDECOPI. En este sentido, la infracción se consumó en el momento en que se concretó la operación de concentración, y tendría efectos duraderos en la medida que los efectos de la conducta permanecen en el tiempo – el acto de concentración ya se realizó -.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que en la medida que la operación de concentración de igual manera fue aprobada, entonces la infracción en ese sentido no se mantendría ya que la autorización fue otorgada, lo que no obsta de la imposición de la sanción ya que la conducta reprochable si se materializó.

A manera de conclusión del presente acápite, entonces, cabe indicar que el principio de legalidad en materia sancionadora no se habría visto afectado, en la medida que tanto la sanción como el supuesto de hecho se encontraban en la norma. Asimismo, el principio de tipicidad no se habría afectado, ya que el supuesto de hecho (acto de concentración) se habría materializado en la realidad, por lo que correspondía sancionar.

#### **4.4.2 ¿Se vulneró el principio de razonabilidad?**

Continuando con el análisis respecto de si se vulneraron principios del derecho administrativo sancionador, cabe determinar si se vulneró el principio de razonabilidad en la imposición de la sanción.

De esta manera, el principio de razonabilidad en materia administrativa sancionadora es aquel por el cual se busca que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas o asumir la sanción. De esta manera, las sanciones a aplicarse deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción.

Lo anterior se justifica en el llamado “exceso de punición”. Bajo este concepto, la administración no debe imponer una sanción al administrado que resulte desproporcional tomando en consideración la infracción cometida. De esta manera, la administración debe imponer como sanción aquella que acepte como proporcional en el caso en concreto.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> BACA ONETO, Víctor Sebastián. La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En *Revista Derecho & Sociedad* N° 37. Año 2012. P. 268.

<sup>79</sup> *Op cit* MORON URBINA, Juan Carlos Morón p. 698.

Es así que el exceso de punición presupone asumir dos ideas básicas que son que, por un lado, debe existir una conducta que se considera como reprochable, la cual debe encontrarse tipificada; y, por otro lado, debe existir una acción administrativa que carece de adecuada proporcionalidad, tomando en consideración el nivel de reproche que amerite la conducta incurrida.<sup>80</sup>

A mayor abundamiento, también puede indicarse que el principio de razonabilidad está diseñado a fin de evitar que la sanción carezca de efecto disuasivo, pero que a la vez no constituya un exceso de punición de tal manera que la sanción resulte confiscatoria.<sup>81</sup>

El Tribunal Constitucional ha determinado que el principio de razonabilidad en el derecho administrativo sancionador sugiere una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión.<sup>82</sup> Asimismo, ha determinado que el principio de razonabilidad se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de sus facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad y no sean arbitrarios.<sup>83</sup>

Bajo las definiciones planteadas, entonces, puede señalarse que el principio de razonabilidad es aquel principio que evita que la administración interponga sanciones que no puedan corresponder con la conducta reprochable, pero que, de la misma manera, evite que el administrado infractor vuelva a cometer la misma infracción, otorgando un matiz disuasivo.

De esta manera, en primera instancia, la decisión de la Comisión para imponer la sanción tomó en consideración únicamente dos criterios: la supuesta intencionalidad de Enel al cometer la infracción, así como la infracción cometida.

En base a dichos criterios, es que decidió imponer una sanción ascendente a mil (1,000) UIT, sin tomar en consideración los criterios de graduación de la sanción que establece la norma. En relación a este punto, debe señalarse que existe un claro supuesto de exceso de punición. Esto en la medida que la sanción impuesta no es proporcional a la infracción realizada, teniendo en consideración que el acto de concentración había sido, aunque de manera posterior, autorizado por la Comisión, así como por los entes reguladores correspondientes.

De este modo, la Comisión, y tal como desarrolló la Sala, debió de haber tomado en consideración todos los criterios de graduación de sanción para evitar una sanción arbitraria y discrecional como la que terminó por imponer a Enel.

---

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> *Op cit* GUZMÁN NAPURÍ, Christian p. 743

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú que recae en Expediente N° 2192-2004-AA/TC.

<sup>83</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú que recae en Expediente N° 1803-2004-AA/TC.

En este sentido, la Sala aplicó el criterio correcto al decidir reducir la sanción.

Lo anterior justamente por el hecho de que la Sala analizó todos los criterios de graduación de sanción que la norma prevé para supuestos como el aquí analizado, y que a continuación se indican:

- Gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido: Como se ha señalado en el presente expediente, el bien jurídico protegido es el bienestar del usuario, así como la eficiencia económica de los mercados. En este sentido, tal como establecieron los entes reguladores que aprobaron la operación, no existe un daño concreto, en la medida que los índices de concentración del mercado no variarían, y por el contrario, podría resultar más ventajoso para el usuario.
- El perjuicio económico causado: No existiría perjuicio económico, ya que la operación de concentración solo involucraba un cambio de accionistas del Grupo Endesa, por lo que no existiría un perjuicio económico que se haya materializado en la realidad.
- La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción: La alegada infracción resultaría la primera cometida por Enel.
- Las circunstancias de la comisión de la infracción: Debe tomarse en consideración que si Enel no cumplía con efectivizar la operación en territorio extranjero, hubiera incurrido en incumplimiento del correspondiente contrato. Asimismo, Enel adoptó las medidas para mitigar que dicha operación tuviera efectos en Perú.
- El beneficio ilegalmente obtenido: No se habría obtenido beneficio alguno en la comisión de la infracción.
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor: A pesar que Enel conocía que el acto podía ser sancionado en territorio peruano, actuó conforme fue asesorado y con el pensamiento de que el acto realizado no constituiría una infracción, para lo cual se tomaron las previsiones necesarias.

No obstante todo lo antes indicado, a pesar de que si resulta correcto el hecho que la Sala haya disminuido la sanción, el monto al que fue reducida la sanción la convertiría en irrisoria, por lo que sí se habría afectado el principio de razonabilidad.

Lo antes mencionado en la medida que, como se mencionó anteriormente, el objetivo del principio de razonabilidad es que el monto de la infracción debe ser tal que disuada al infractor

de cometer nuevamente la infracción, al ser más costosa pagar la misma que los potenciales beneficios que podría obtener por el incumplimiento.

De este modo, y considerando la envergadura empresarial del grupo que lidera Enel, una multa de únicamente cien (100) UIT resultaría no considerable y que lo incentivaría incluso a cometer la infracción en el futuro al poder ser más beneficioso no cumplir con la norma que acatar su cumplimiento. En este sentido, una disminución que resultaría proporcional podría oscilar entre trescientos (300) y quinientos (500) UIT para evitar que el ilícito vuelva a ocurrir.

En conclusión, el principio de razonabilidad si fue vulnerado por la Comisión, al establecer una sanción que no correspondía con la infracción realizada, teniendo en consideración los criterios de graduación de la sanción.

Ello, asimismo, no fue respetado por la Sala, la cual disminuyó la sanción a cien (100) UIT, en la medida que, pese a que no hubo un perjuicio materialmente causado por la operación de concentración, el principio de razonabilidad también prevé que la sanción que se va a imponer debe también tener un efecto disuasivo para que la infracción no vuelva a cometerse, por lo que cien (100) UIT no resultaría suficiente.

#### **4.5 ¿INDECOPI posee facultades extraterritoriales que le permite cuestionar actos celebrados en territorio extranjero?**

Para finalizar con el presente informe, debe abordarse un tema que resultó controversial en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador, relacionado a si INDECOPI, específicamente la Comisión y la Sala, poseían facultades extraterritoriales que le permitían cuestionar actos celebrados en territorio extranjero.

De esta manera, Enel cuestiona que INDECOPI considere que puede cuestionar la validez o eficacia de la celebración del Contrato de Compra de Acciones, en atención a un principio del derecho consuetudinario internacional, fundamentado en nociones elementales de soberanía, que el ámbito espacial dentro del cual han de aplicarse las consecuencias previstas de una ley doméstica es el territorio donde esta se promulga.

Para ello, argumenta que INDECOPI únicamente puede cuestionar los efectos que dichos actos celebrados en territorio extranjero tengan en territorio peruano, mas no la validez del acto jurídico en si mismo. Lo anterior en virtud de la teoría de los efectos, teoría que en materia de libre competencia permite que entes reguladores nacionales priven de los efectos anticompetitivos que un acto jurídico celebrado en el extranjero pudiera tener, en el territorio correspondiente.



Ante ello, INDECOPI señaló que la Ley de Concentraciones extiende el ámbito de aplicación de la norma al extranjero, mediante la teoría de los efectos. De esta manera, no habría colisión con el principio de territorialidad invocado, ya que, en el caso de actos de concentración, los efectos son inmediatos, en la medida que se modifica la estructura de control de las empresas involucradas.

Ante esto, cabe analizar, en primer lugar, que es lo que se debe entender por el principio de territorialidad invocado, para luego poder concluir si, en efecto, INDECOPI podía cuestionar la validez de actos jurídicos celebrados en el extranjero mediante la teoría de los efectos.

#### **4.5.1 ¿Qué debe entenderse por el “principio de territorialidad?”**

En primer lugar, cabe señalar que el concepto de principio de territorialidad invocado hace referencia explícita al ámbito espacial de la norma internacional, tal como fue mencionado por Enel en su correspondiente escrito.

De esta manera, se reconoce que es un principio del derecho consuetudinario internacional que el ámbito espacial de las normas son el territorio donde las mismas han sido promulgadas.

Al respecto, el derecho consuetudinario internacional es aquel que en términos de fuente del derecho internacional se reconoce como la costumbre internacional.

De este modo, el artículo 38° de la Corte Internacional de Justicia establece que dicho tribunal puede resolver una controversia entre Estados mediante la aplicación de la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.<sup>84</sup>

De esta manera, la acepción antes mencionada trae consigo dos elementos fundamentales, que pueden identificarse como el aspecto material, referido al uso constante y uniforme; y el espiritual, referido a la convicción de obligatoriedad jurídica de la práctica.<sup>85</sup>

Asimismo, puede identificarse que deben existir dos factores importantes dentro del aspecto material del derecho consuetudinario internacional, que son los factores temporales y espaciales. Al respecto, el factor temporal hace referencia al transcurso del tiempo en que la práctica debe llevarse a cabo; mientras que el factor espacial refiere a la generalidad con la que debe aplicarse la práctica.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> SALMÓN, Elizabeth (2014) Curso de Derecho Internacional Público. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. p.229.

<sup>85</sup> Ibidem.

<sup>86</sup> Op cit SALMÓN, Elizabeth p.234.

Del mismo modo, la costumbre internacional también puede definirse como aquel conjunto de máximas y prácticas consagradas por el largo uso y que las naciones observan entre sí como una especie de derecho.<sup>87</sup>

En atención a ello, también se identifican como elementos fundamentales y constitutivos del derecho consuetudinario internacional dos elementos fundamentales, que son el material y el psicológico.<sup>88</sup>

De esta manera, el elemento material se encuentra compuesto de dos subelementos, que son: (i) la continuidad en el tiempo, que hace referencia a que la práctica debe repetirse en el tiempo, ya que es el tiempo el que hace madurar una práctica; y (ii) el elemento psicológico, en virtud del cual los Estados reiteran una práctica en la convicción de que se está respondiendo a una necesidad jurídica.<sup>89</sup>

Determinado el contenido del derecho consuetudinario internacional, entonces cabe señalar que, justamente, se considera que el ámbito espacial de las normas de orden interno no extienden su aplicación a ordenes jurídicos extranjeros, en la medida que los Estados, como práctica constante y que se ha extendido en el tiempo, y de manera general hacia otros Estados, solo consideran como aplicables sus normas de orden interno en el territorio bajo el cual se ejerce la correspondiente soberanía.

De este modo, el Estado como sujeto de derecho internacional, debe de poseer un territorio sobre el cual se ejerza la actividad de dicho Estado. De esta forma, se puede señalar que el territorio es el espacio al que se limita la validez del orden jurídico del Estado. Asimismo, se puede indicar que el territorio es justamente lo que asegura a la comunidad política la permanencia a través del tiempo, ya que garantiza el ejercicio interno y externo de la soberanía y define el emplazamiento geográfico del Estado.<sup>90</sup>

Lo anterior en la medida que la consistencia del territorio resulta de la idea de que el territorio es el espacio donde se aplica el poder del Estado. En dicho espacio es donde el Estado ejerce las competencias que emanan de su soberanía, en el territorio estatal.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> NOVAK TALAVERA, Fabian y CORROCHANO MOYANO, Luis García (2001). Derecho Internacional Público. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. p.83.

<sup>88</sup> Op cit NOVAK TALAVERA, Fabian y CORROCHANO MOYANO, Luis García p.86.

<sup>89</sup> Op cit NOVAK TALAVERA, Fabian y CORROCHANO MOYANO, Luis García p. 86 y p. 91.

<sup>90</sup> NOVAK TALAVERA, Fabian y CORROCHANO MOYANO, Luis García (2001). Derecho Internacional Público. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. p. 36.

<sup>91</sup> Ibidem.

Doctrina diferente también aborda el territorio como un elemento constitutivo del Estado, y la define como el espacio geográfico donde el Estado ejerce sus competencias. De esta manera, no importarán las dimensiones geográficas del Estado, mientras sea un único territorio en donde el Estado ejerce su correspondiente soberanía.<sup>92</sup>

En este sentido, el principio de territorialidad señala que, como práctica constante en el tiempo y de manera general hacia diferentes Estados, estos no pueden extender el ámbito espacial de sus normas hacia Estados ajenos, en la medida que cada Estado es soberano en el territorio que le pertenece, por lo que sus disposiciones internas solo pueden ser aplicadas, justamente, de manera interna.

Ello se complementa con el hecho de que el derecho internacional privado peruano, y recogido en nuestro Código Civil, indica expresamente que los contratos se rigen por la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a legislación aplicable al caso en concreto. De esta manera, las partes pueden establecer libremente en su contrato bajo que cuerpo normativo regirán sus relaciones.<sup>93</sup> Del mismo modo, se establece que la jurisdicción aplicable será la del lugar de celebración del contrato.

Por todo lo antes mencionado, cabe señalar preliminarmente que, en aplicación del principio de territorialidad, y en virtud a lo pactado por las partes respecto de la legislación aplicable al Contrato de Compraventa de Acciones, INDECOPI no posee facultades para poder cuestionar la validez y/o eficacia de dicho acto. Lo anterior en la medida que una norma de orden interno no puede afectar la soberanía de otro Estado en referencia a actos celebrados bajo dicha jurisdicción.

#### **4.5.2 ¿Cuál es el alcance de la norma peruana a los actos jurídicos celebrados en el extranjero bajo la denominada “Teoría de los Efectos”?**

Ahora que se ha determinado que bajo el principio de territorialidad INDECOPI no posee facultades extraterritoriales que le permitan cuestionar actos jurídicos celebrados en el extranjero, cabe complementar dicha respuesta tomando en consideración la denominada “teoría de los efectos”, la cual ayudará a determinar si INDECOPI podía en efecto cuestionar el acto jurídico, sin perjuicio del principio antes mencionado.

---

<sup>92</sup> *Op cit* SALMÓN, Elizabeth pp. 62 – 63.

<sup>93</sup> DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y CANDELA SÁNCHEZ, César (2012) Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. p. 383.

La teoría de los efectos se acuñó por efecto de la globalización y los efectos transfronterizos que podrían tener determinadas operaciones celebradas, si dichas empresas tenían alcance más allá del ordenamiento interno.

En este sentido, en Estados Unidos, se planteó la teoría de los efectos al señalarse que cualquier Estado podría imponer sanciones, incluso a sujetos que no se encuentran bajo su jurisdicción, por conductas que ocurren fuera de sus bordes pero que tienen un efecto en el territorio del cual el Estado es soberano.<sup>94</sup>

La teoría de los efectos, de esta manera, fue incluida dentro de la jurisdicción de diferentes Estados como parte del derecho consuetudinario internacional, en la medida que resultaba imperativo que los Estados pudieran sancionar a agentes extranjeros que celebren actos cuyos efectos generen efectos anticompetitivos en el ordenamiento interno.

A mayor abundamiento, en relación al ordenamiento comunitario europeo, en la misma se puede ver que se ha incluido la teoría de los efectos bajo la premisa de que los Estados deben poder someter a su jurisdicción nacional cualquier acto que pueda afectar negativamente su territorio.<sup>95</sup>

De esta manera, puede definirse la teoría de los efectos como aquella teoría implementada por los Estados como parte del derecho consuetudinario internacional, que permite que Estados prohíban restricciones a la competencia que puedan ocurrir en su territorio, siempre que dichos efectos, efectivamente, se materialicen en el territorio en cuestión.

La teoría de los efectos en la Ley de Concentraciones, de esta manera, se encontraría plasmada en el siguiente artículo de la misma:

*“Artículo 4.- Ámbito de aplicación territorial.- La presente Ley es de aplicación a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aún cuando dicho acto se haya originado en el extranjero.”*

Aplicado al caso en concreto, debe señalarse, entonces, que la teoría de los efectos no permite que un ente regulador extienda la aplicación de una norma de orden interno al cuestionamiento de la validez y/o eficacia de actos jurídicos celebrados en el extranjero.

La validez y/o eficacia del acto jurídico dependerá únicamente de la legislación bajo la cual fue pactado el contrato, así como dependerá de la jurisdicción que rige sobre la misma, en atención al principio de soberanía de cada Estado respecto de su territorio.

---

<sup>94</sup> United States vs Aluminum Company of America and others, 44 F.Supp.97, 148 F.2d 416. Recuperado el 10/01/2019. <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/>.

<sup>95</sup> RITTER, Lenart y otros (2000) European Competition Law: A Practitioners Guide. Segunda Edición. La Haya: Kluwer Law International. P. 518.

Sin perjuicio de ello, la teoría de los efectos si permite que INDECOPI pueda imponer sanciones a agentes extranjeros que celebren un acto que pueda ocasionar un perjuicio en territorio nacional de naturaleza anticompetitiva.

Para que ello pueda realizarse, se debe verificar que los efectos se hayan materializado en territorio nacional.

Como se ha desarrollado en el presente informe, en el presente caso sí es posible determinar que se hayan materializado los efectos de la concentración en territorio peruano, teniendo en consideración los acuerdos que adoptó Enel respecto de las decisiones que pueden llevar al éxito o al fracaso a las sociedades en cuestión.

A mayor abundamiento, la teoría de los efectos, para poder ser aplicada, establece que los efectos que se materialicen deben de tener consecuencias negativas para la competencia en territorio nacional. De esta manera, podría señalarse que ello no ha ocurrido ya que los acuerdos adoptados por Enel resguardarían el bienestar del usuario y la eficiencia económica del mercado.

Sin perjuicio de lo antes indicado, el efecto perjudicial sobre la competencia, como ha sido manifestado anteriormente, no solo debe reflejarse en un riesgo concreto, sino que se materializa con la sola posibilidad de poder influir negativamente. En este sentido, sí correspondería sancionar bajo la teoría de los efectos ya que un eventual perjuicio podría materializarse., sin necesidad de que el mismo sea concreto.

En atención a lo antes indicado, puede concluirse que bajo la teoría de los efectos, sí se extiende la aplicación de la norma nacional a territorio extranjero, pero únicamente para sancionar posibles actos cuyos efectos puedan resultar perjudiciales para la competencia en el Perú. De esta manera, y en atención a la soberanía de cada Estado, INDECOPI no tiene la capacidad para cuestionar la validez y/o eficacia de un acto jurídico celebrado en el extranjero, más si para sancionar a aquellos agentes cuyos actos tengan como efecto una restricción en la competencia. En el presente caso se puede ver que ello sí ocurre, ya que la sola posibilidad de influenciar en la empresa adquirida le otorgó un control efectivo a Enel.

## **V. CONCLUSIONES**

1. Existen diferentes objetivos que justifican la regulación del derecho de libre competencia, teniendo como eje principal del mismo el bienestar del usuario. Lo anterior tomando en consideración la eficiencia económica, lo que trae consigo que el mercado pueda actuar siempre de manera competitiva y no existan restricciones que eviten ello.

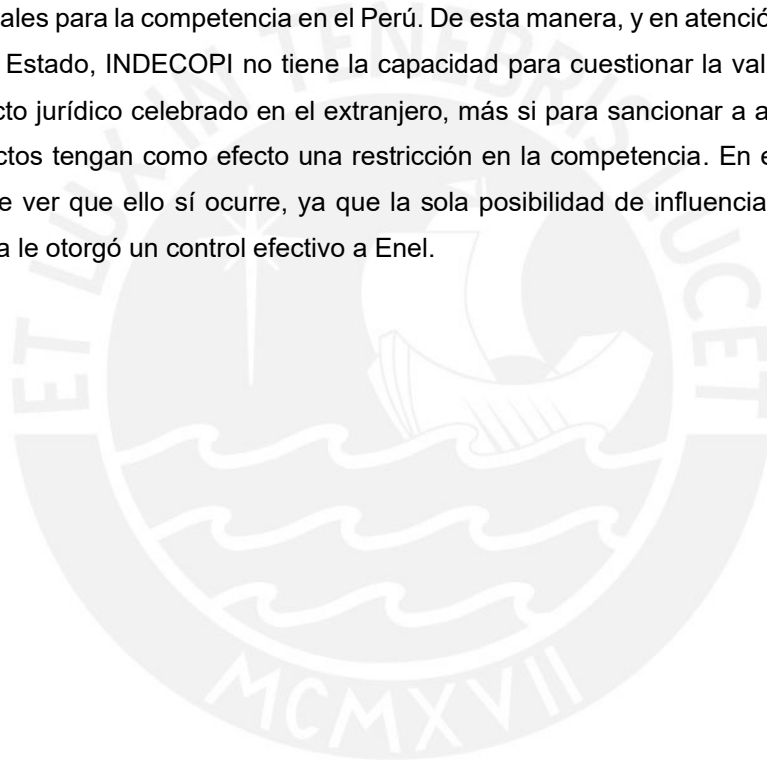
2. Cualquier procedimiento administrativo sancionador que no cumpla con las garantías mínimas aplicables y vinculadas a los principios de dicho procedimiento, es uno que vulnera derechos fundamentales y que va en contra de la normativa aplicable, partiendo de la Constitución.
3. Debe entenderse que ocurre una operación o acto de concentración cuando se cumpla con lo indicado en la presente definición:

*Que la adquisición tenga por efecto que dos o más agentes económicos cesen de su independencia en cualquier ámbito de sus actividades, debido a un cambio estable en la influencia continua y preponderante respecto de la toma de decisiones que pueden llevar al éxito o fracaso a la sociedad adquirida; y que permita adoptar los acuerdos que reflejen la voluntad del adquirente-.*

4. En un escenario en el cual el acuerdo adoptado por Endesa Latinoamérica S.A. ha sido formalizado mediante el acuerdo de órgano de gobierno societario correspondiente de las empresas del Grupo Endesa, Enel no habría adoptado las medidas razonablemente adecuadas para evitar ejercer control efectivo sobre dichas sociedades. Ello debido a que, a pesar de que el contenido del acuerdo que tomó evitaba que se maneje la administración de las sociedades en cuestión, la sola posibilidad de poder influenciar las empresas adquiridas en desmedro de los usuarios ya es suficiente para poder considerar la situación en concreto como una de control.
5. En un segundo escenario en el cual las empresas del Grupo Endesa no formalizaron el acuerdo adoptado por Endesa Latinoamérica S.A. mediante el acuerdo de órgano de gobierno societario correspondiente, asimismo, no se habrían adoptado las medidas necesarias ya que un acuerdo societario de una persona jurídica accionista de otra, no vincularía a los representantes de la segunda al menos que sea adoptada por la sociedad en cuestión.
6. El principio de legalidad en materia sancionadora no se habría visto afectado, en la medida que tanto la sanción como el supuesto de hecho se encontraban en la norma. Asimismo, el principio de tipicidad no se habría afectado, ya que el supuesto de hecho (acto de concentración) sí se habría materializado en la realidad, en atención a lo antes concluido, por lo que correspondería sancionar.
7. El principio de razonabilidad si fue vulnerado por la Comisión, al establecer una sanción que no correspondía con la infracción realizada, teniendo en consideración los criterios de graduación de la sanción. Ello, asimismo, no fue respetado por la Sala, la cual disminuyó la sanción a cien (100) UIT, en la medida que, pese a que no hubo un perjuicio materialmente causado por la operación de concentración, el principio de razonabilidad

también prevé que la sanción que se va a imponer debe también tener un efecto disuasivo para que la infracción no vuelva a cometerse, por lo que cien (100) UIT no resultaría suficiente.

8. En aplicación del principio de territorialidad, y en virtud a lo pactado por las partes respecto de la legislación aplicable al Contrato de Compraventa de Acciones, INDECOPI no posee facultades para poder cuestionar la validez y/o eficacia de dicho acto. Lo anterior en la medida que una norma de orden interno no puede afectar la soberanía de otro Estado en referencia a actos celebrados bajo dicha jurisdicción.
9. Bajo la teoría de los efectos, sí se extiende la aplicación de la norma nacional a territorio extranjero, pero únicamente para sancionar posibles actos cuyos efectos puedan resultar perjudiciales para la competencia en el Perú. De esta manera, y en atención a la soberanía de cada Estado, INDECOPI no tiene la capacidad para cuestionar la validez y/o eficacia de un acto jurídico celebrado en el extranjero, más si para sancionar a aquellos agentes cuyos actos tengan como efecto una restricción en la competencia. En el presente caso se puede ver que ello sí ocurre, ya que la sola posibilidad de influenciar en la empresa adquirida le otorgó un control efectivo a Enel.



## **VI. ANEXOS**

Se adjunta al presente informe las siguientes piezas procedimentales:

1. Resolución N° 051-2001/CLC-INDECOPI, mediante la cual INDECOPI comunica a Enel el inicio del procedimiento administrativo sancionador en su contra.
2. Resolución N° 058-2009/CLC-INDECOPI, mediante la cual INDECOPI autoriza la operación de concentración de Enel y Endesa.
3. Escrito de Enel presentado sus descargos ante la Resolución N° 051-2001/CLC-INDECOPI
4. Resolución N° 001-2010/CLC-INDECOPI, mediante la cual se sanciona a Enel con una multa ascendente a mil (1,000) UIT.
5. Escrito de apelación de Enel ante la Resolución N° 001-2010/CLC-INDECOPI.
6. Resolución N° 0794-2011/SC1-INDECOPI, mediante la cual se reduce la sanción impuesta a Enel a cien (100) UIT.



## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANDREEVA ANDREEVA, Vésela (2009) “El control societario como punto de conexión entre la oferta pública de adquisición y la operación de concentración”. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. N° 17 (2009). Recuperado el 05/12/2019.
- BACA ONETO, Víctor Sebastián. La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En *Revista Derecho & Sociedad* N° 37. Año 2012. P. 268.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (2008) *Derecho Societario – Parte General – Fusiones y otros actos de concentración societaria. Los Grupos de Sociedades*. Buenos Aires: Heliaste.
- CANO CAMPOS, Tomas (2009) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo III: La actividad de las administraciones públicas. Volumen II*. IUSTEL: Madrid. P. 87.
- CARRETERO PEREZ, Adolfo y CARRETERO SANCHEZ, Adolfo (1995). *Derecho Administrativo Sancionador*. Segunda Edición. Madrid: Edersa.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal. En *Revista de Derecho*. VOL. XXV, N° 2, Diciembre 2012.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Año 2014, 1er semestre, N° XLII, P. 403.
- DANOS ORDOÑEZ, Jorge (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. En *Ius Et Veritas*. Año V, N° 10.
- Decreto Ley N° 211 de 1973, República de Chile.
- DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y CANDELA SÁNCHEZ, César (2012) *Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo II*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- DIEZ ESTELLA, Fernando (2003) “Los Objetivos del Derecho Antitrust”. En *Revista Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*. N° 224 (Marzo, Abril 2003).

- ELÍAS LAROZA, Enrique (2015). Derecho Societario Peruano – La Ley General de Sociedades en el Perú. Tomo I. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2017) Manual del Procedimiento Administrativo General. Tercera Edición. Lima: Instituto Pacífico.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón (2019) citando a GOMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo (2010). Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 2da edición. Aranzadi: Navarra. p. 53.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón (2019) Los principios de la potestad sancionadora a la luz de las modificaciones del Decreto Legislativo N° 1272. En Revista de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 2019, N° 17, P. 63.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo (2003) Derecho Comercial – Temas Societarios – Tomo IV. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo (2003) “El directorio de las sociedades anónimas”. En *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y REBOLLO PUIG, Manuel (2011). Policía administrativa y sanciones administrativas: Informe anual 2010 – 2011 España. En *Ius Publicum Network Review*. P.16.
- LERNER, Erica (2002) “El fenómeno del control y la concentración societaria”. Monografía. Recuperado el 18/01/2021.
- Ley N° 27442 - Ley de Defensa de la Competencia, República de Argentina.
- Ley 15/2007 de España del 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- LOZANO HERNANDEZ, J. (2006). La Responsabilidad de los Empresarios en las Crisis Patrimoniales – Desde el derecho romano hasta el Derecho de Grupos. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- MANAYE CHIRINOS, ALEJANDRO y FLORÍNDEZ ARAMBURÚ, FRANCISCO JOSÉ (2020) “Comentarios al procedimiento de control de concentraciones en el sector eléctrico peruano”. En *Forseti*. N° 11, Año 08. Recuperado el 28/05/2021. [https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1257/1418#:~:text=Debido%20a%](https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1257/1418#:~:text=Debido%20a%20)

20la%20importancia%20de,agentes%20econ%C3%B3micos%20que%20participan%20e  
n

- MELGAR CORDOVA, Eduardo (2006) citando a PEDRESCHI GARCES, Willy. Análisis sobre la Potestad Sancionadora de la Administración Pública y el Procedimiento Administrativo Sancionador en el marco de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. En Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Tomo I. Ara Editores: Lima. P. 505.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos (2011). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Novena Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- NOVAK TALAVERA, Fabian y CORROCHANO MOYANO, Luis García (2001). Derecho Internacional Público. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- NOVAK TALAVERA, Fabian y CORROCHANO MOYANO, Luis García (2001). Derecho Internacional Público. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- OLIVOS CELIS, Milagros (2012) “El control previo de las concentraciones empresariales en una economía social de mercado: Análisis del caso peruano”. En *Revista de Derecho y Economía*. N° 36 (2012) pp. 97. Recuperado el 05/12/2019.
- OSSA ARBELÁEZ, Jaime (2009). Derecho Administrativo Sancionador: Una Aproximación Dogmática. Segunda Edición. Colombia: Legis Editores.
- QUINTANA SANCHEZ, Eduardo (2013) Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. En Colección por el vigésimo aniversario del INDECOPI. Recuperado el 20/05/2021. [https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre\\_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- QUINTANA SANCHEZ, Eduardo (2011) “El objetivo de la ley de competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas”. En *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*. Vol. 7, N° 13 (2013).
- Reglamento 139/2004 de la Comunidad Europea del 20 de enero de 2004, sobre control de concentraciones entre empresas.
- RITTER, Lenart y otros (2000) *European Competition Law: A Practitioners Guide*. Segunda Edición. La Haya: Kluwer Law International.

- SALINAS RIVAS, Sergio (2006) “La Ley antimonopolio y antioligopolio en el sector eléctrico: ¿sobreregulando el mercado?”. En *Ius Et Veritas*. N° 33.
- SALMÓN, Elizabeth (2014) *Curso de Derecho Internacional Público*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- SÁNCHEZ POVIS, Lucio Andrés (2020) *La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común*. En *Ius Et Veritas*. Año 2020, N° 60, P. 53.
- SHYAM KHEMANI, R (1993) “Los Objetivos de la Política de Competencia”. En *Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico*. XXIV, N° 2, Bogotá.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú que recae en Expediente N° 00197-2010-PA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú que recae en Expediente N° 2192-2004-AA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú que recae en Expediente N° 1803-2004-AA/TC.
- United States vs Aluminum Company of America and others, 44 F.Supp.97, 148 F.2d 416. Recuperado el 10/01/2019. <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/>.
- URÍA, Rodrigo; MENENDEZ, Aurelio y GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier (1999). “La Sociedad Anónima: Órganos Sociales. Los Administradores”. En *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. 1ª edición. Madrid: Civitas Ediciones.
- VERGARAY, Veronica (2009) “La Potestad Sancionador y los Principios del Procedimiento Sancionador”. En *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General: Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.



# Anexo 1

Expediente N° 010-2009/CLC



# Resolución

Enrique Pasquel Rodríguez  
Secretario Técnico  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1N° 051-2009/CLC-INDECOPI  
Lima, 09 de julio de 2009**VISTOS:**

El Escrito 1 de la empresa Enel S.P.A. (en lo sucesivo, Enel), del 21 de abril de 2009, por medio del cual solicitó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) una autorización previa para una operación de concentración empresarial en el sector eléctrico; las publicaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España; y,

**CONSIDERANDO:****I. ANTECEDENTES**

1. El 21 de abril de 2009, mediante Escrito 1, Enel presentó a consideración de esta Comisión una solicitud de autorización previa para una operación de concentración empresarial en el sector eléctrico (en lo sucesivo, la Notificación), según lo dispuesto por la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (en lo sucesivo, la Ley)<sup>1</sup>.
2. El Reglamento de la Ley, aprobado mediante Decreto Supremo 017-98-ITINCI<sup>2</sup> (en lo sucesivo, el Reglamento de la Ley), establece los plazos con los que cuenta la Comisión y su Secretaría Técnica para la evaluación de la Notificación.
3. La Comisión Nacional del Mercado de Valores de España (en lo sucesivo, la CNMV)<sup>3</sup> ha publicado en su página web diversa información que daría cuenta que la operación de concentración cuya autorización Enel solicitó a esta Comisión, el 21 de abril de 2009, se habría ejecutado el 25 de junio de 2009.

17



<sup>1</sup> Publicada el 19 de noviembre de 1997.

<sup>2</sup> Publicado el 16 de octubre de 1998.

<sup>3</sup> La CNMV es un organismo dependiente del Ministerio de Economía encargado de la supervisión de los mercados de valores en España.

4. El artículo 6 de la Ley establece que la Comisión podrá imponer multas, entre otros, a aquellas personas que realicen el acto de concentración luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión.

## II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

5. La presente resolución tiene por objeto determinar la existencia de indicios razonables de una presunta infracción por parte de Enel a lo dispuesto por la Ley y su reglamento.

## III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

### 3.1 La Solicitud de Autorización

6. El 21 de abril de 2009, Enel presentó a esta Comisión la Notificación, según lo dispuesto por la Ley. La operación de concentración notificada consiste en la adquisición por parte de Enel<sup>4</sup> de las acciones que Acciona S.A. (en lo sucesivo, Acciona)<sup>5</sup> posee de Endesa S.A. (en lo sucesivo, Endesa)<sup>6</sup>, lo que le otorgaría a la notificante el control exclusivo sobre esta última.
7. Actualmente, Enel y Acciona controlarían de forma conjunta a Endesa como resultado del "Acuerdo sobre acciones de Endesa S.A." (en lo sucesivo, el Acuerdo), suscrito el 26 de marzo de 2007. Dicho acuerdo se realizó en el marco de la Oferta Pública de Adquisición (OPA) lanzada por Enel y Acciona para la compra de las acciones de Endesa. Esta operación fue aprobada por la CNMV el 25 de julio de 2007.

Cabe resaltar que en el marco de las condiciones establecidas en el Acuerdo, Enel concedió a favor de Acciona una opción de venta sobre las

<sup>4</sup> Al respecto, cabe señalar que Enel es una empresa italiana, dedicada principalmente a la generación eléctrica, que cuenta entre sus principales accionistas con el Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Italia, propietario del 21,12% de su capital social, y la Cassa Depositi e Prestiti SPA, propietaria del 10,21% de su capital social. A su vez, el Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Italia es el principal accionista de la Cassa Depositi e Prestiti SpA, por lo cual controla, directa e indirectamente, el 31,33% del capital social de Enel. La diferencia del capital social de Enel se distribuye entre distintos accionistas con participaciones inferiores al 5%.

Por su parte, Enel posee el 100% del capital social de Enel Energy Europe Srl (en lo sucesivo, Enel Energy), quien a su vez posee el 67,053% de las acciones de Endesa S.A.

<sup>5</sup> Acciona es una empresa española dedicada a la generación eléctrica, la administración de infraestructura, el desarrollo de proyectos inmobiliarios, la prestación de servicios logísticos, entre otros. Su principal accionista es el Grupo Entrecanales S.A., propietario de 59,60% de su capital social. La diferencia del capital social de Acciona se distribuye entre distintos accionistas con participaciones inferiores al 5%.

Asimismo, Acciona posee el 5,01% de las acciones de Endesa y el 100% del capital social de Finanzas Dos S.A. (en lo sucesivo, Finanzas Dos), que a su vez, posee el 20% de las acciones de Endesa.

<sup>6</sup> Endesa participa en el Perú indirectamente del mercado eléctrico a través de:

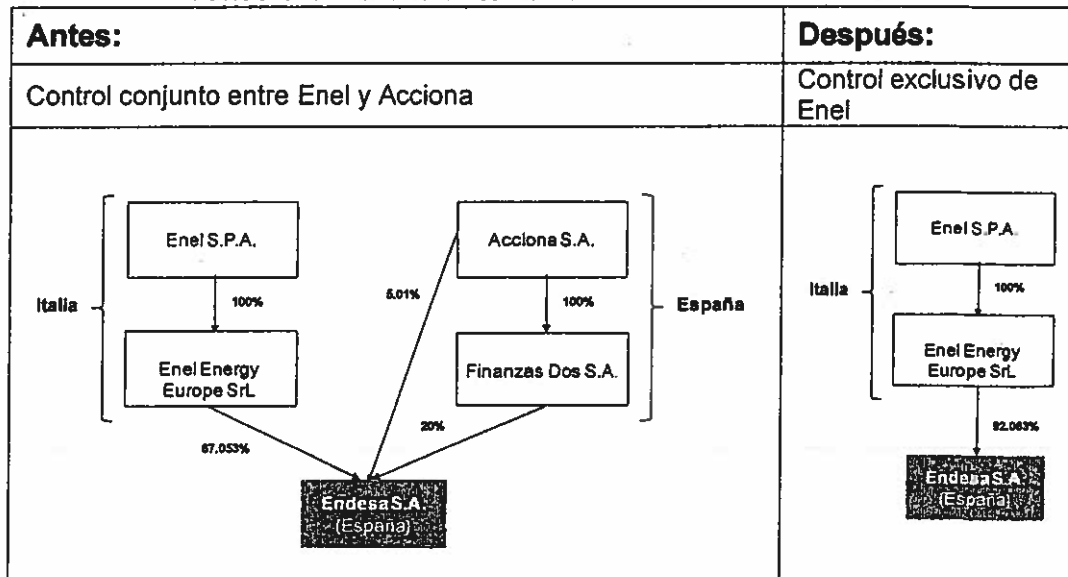
- i) Edelnor S.A.A., empresa de distribución eléctrica;
- ii) Empresa Eléctrica de Piura S.A., empresa de generación eléctrica; y,
- iii) Edegel S.A.A., empresa de generación eléctrica.

Asimismo, Endesa, a través de Edegel, controla a Chinango S.A.C., empresa que se dedicará a la generación eléctrica luego de que Edegel le transfiera las centrales hidroeléctricas de Chimay y Yanango.

En ese sentido, en virtud de la Opción de Venta, Acciona tenía el derecho de transferir a Enel la totalidad de las acciones de Endesa que sean de su propiedad.

8. En este escenario, el 20 de febrero de 2009, Enel y Acciona suscribieron el "Contrato de compraventa de acciones y transmisión de activos entre Acciona, Finanzas Dos, Enel, Enel Energy y Endesa" (en lo sucesivo, el Contrato de Compraventa), en el que se estaría efectivizando la Opción de Venta concedida por Enel a favor de Acciona<sup>7</sup>. A través del referido contrato Acciona venderá a Enel el íntegro de las acciones que posee de Endesa.
9. Asimismo, dicho contrato establece entre sus condiciones suspensivas para la transferencia de acciones a favor de Enel, que se obtengan las autorizaciones sin condicionamientos de las autoridades de Defensa de la Competencia, nacionales o comunitarias, que resulten pertinentes<sup>8</sup>. Por otro lado, el contrato establece como fecha límite el 20 de agosto de 2009 para cumplimiento de las condiciones suspensivas, bajo consecuencia de quedar terminado sin efecto.
10. En el marco del Contrato de Compraventa, Enel presentó a esta Comisión una autorización previa de concentración empresarial en el sector eléctrico, por medio del cual solicitó se le autorice a adquirir las acciones que Acciona posee de Endesa, de forma que la estructura de control de Endesa pasaría de conjunta a exclusiva a favor de Enel, conforme se muestra en el siguiente gráfico:

**Gráfico 1**  
**Cambio en la estructura de control sobre Endesa**



Fuente: Enel  
 Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

<sup>7</sup> Dada la estructura mediante la cual Enel y Acciona controlan conjuntamente a Endesa, el "Contrato de compra venta acciones de Endesa" incluye además a Finanzas Dos, Enel Energy y Endesa.

**9. Condiciones suspensivas.**

(...)


9.1.1. Como condición en beneficio de ENEL, la obtención por su parte de las pertinente autorización sin condiciones (o la no oposición, en los términos previstos legalmente) de las autoridades competentes de Defensa de la Competencia, nacionales o comunitarias, que fueran necesarias para la adquisición de las Acciones.

Vº Bº  
 ST-CLC



### 3.2 Las publicaciones de la CNMV

11. La CNMV ha publicado en su página web diversa información que daría cuenta que la operación de concentración notificada por Enel ya se habría ejecutado.
12. En efecto, como se muestra a continuación, en la sección de Hechos Relevantes de Endesa<sup>9</sup>, la CNMV publicó diversa información en la que Acciona, Enel y Endesa informarían que la operación de concentración notificada se habría llevado a cabo el 25 de junio de 2009.
13. Así, en la fecha señalada, con:
  - (i) Registro 110486<sup>10</sup>, Acciona indicó:

 **acciona**

COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES  
Paseo de la Castellana. 19  
28046 - Madrid -

Madrid, a 25 de junio de 2009

Muy Sres. Nuestros.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, Acciona, S.A. ("Acciona"), comunica el siguiente

**HECHO RELEVANTE**

Como continuación del hecho relevante número 110174 de fecha 18 de junio de 2009, se informa que en el día de hoy se ha ejecutado a favor de Enel Energy Europe, S.r.l. (EEE) la transmisión por parte de Acciona y Finanzas Dos S.A. (Finanzas Dos), sociedad íntegramente participada por Acciona, de 264.793.905 acciones representativas de un 25.01% del capital social de Endesa, S.A. (Endesa) de conformidad con el contrato de compraventa de acciones y transmisión de activos suscrito entre Enel Spa, EEE, Acciona, Finanzas Dos y Endesa de fecha 20 de febrero de 2009 (el "Contrato"). La transmisión de las acciones se ha realizado por un precio de € 9.627.098.948 resultantes de aplicar a los 11.107 millones de euros fijados en el Contrato los ajustes allí previstos y en particular el descuento de los dividendos pagados por Endesa desde la fecha del Contrato.

(...)



<sup>9</sup> Ver: <http://www.cnmv.es/Portal/hr/ResultadoBusqueda.aspx?tc=1&nif=A-28023430&division=1>

<sup>10</sup> Ver: [http://www.cnmv.es/Portal/hr/ver\\_Doc.axd?t={88b91cef-0d69-47ea-9f58-ab3c42b7d470}](http://www.cnmv.es/Portal/hr/ver_Doc.axd?t={88b91cef-0d69-47ea-9f58-ab3c42b7d470})

(ii) Registro 110494<sup>11</sup>, Enel anunció:

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ENEL S.p.A. ("Enel") comunica el siguiente,

#### HECHO RELEVANTE

Como continuación del hecho relevante número 110170 de fecha 18 de junio de 2009, se informa que en el día de hoy se ha ejecutado a favor de Enel Energy Europe S.L. ("EEE") la transmisión por parte de Acciona S.A. ("Acciona") y Finanzas Dos S.A. ("Finanzas Dos") de acciones representativas de un 25,01% del capital social de Endesa, S.A. ("Endesa"), de conformidad con el contrato de compraventa de acciones y transmisión de activos suscrito entre Enel, EEE, Endesa, Acciona y Finanzas Dos de fecha 20 de febrero de 2009 (el "Contrato").

(...)

(iii) Registro 110487<sup>12</sup>, Endesa informó:



#### HECHO RELEVANTE

Como continuación del hecho relevante número 110170 de fecha 18 de junio de 2009, se informa que en el día de hoy se ha ejecutado a favor de Enel Energy Europe S.L. ("EEE") la transmisión por parte de Acciona S.A. ("Acciona") y Finanzas Dos S.A. ("Finanzas Dos") de acciones representativas de un 25,01% del capital social de Endesa, S.A. ("Endesa"), de conformidad con el contrato de compraventa de acciones y transmisión de activos suscrito entre Enel, EEE, Endesa, Acciona y Finanzas Dos de fecha 20 de febrero de 2009 (el "Contrato").

(...)

14. Cabe señalar que el Hecho Relevante de la CNMV con Registro 110170<sup>13</sup>, al que se hace referencia en las comunicaciones antes indicadas, es aquel en el que Endesa da cuenta, el 18 de junio de 2009, que el 25 de junio 2009 se realizarían las transmisiones previstas en el Contrato de Compraventa suscrito entre Enel, Enel Energy, Acciona, Finanzas Dos y Endesa el 20 de febrero de 2009 (el que habría originado la Notificación), conforme se muestra a continuación:

<sup>11</sup> Ver: <http://www.cnmv.es/Portal/hr/verDoc.axd?t={a70ab95b-0138-4434-9a18-b4010c415c59}>

<sup>12</sup> Ver: <http://www.cnmv.es/Portal/hr/verDoc.axd?t={23797e67-68c2-4518-8881-bd08375b47ab}>

<sup>13</sup> Ver: <http://www.cnmv.es/Portal/HR/verDoc.axd?t={9a696ed8-c6eb-4e7a-8671-6b29b9cd5517}>

**HECHO RELEVANTE****MATERIAL INFORMATION**

Enel. S.p.A. ("Enel"). Enel Energy Europe. S.L. ("EEE"). Endesa. S.A. ("Endesa"). Acciona. S.A. ("Acciona") y Finanzas Dos. S.A. ("Finanzas Dos", integralmente participada por Acciona), de conformidad con el contrato de compraventa de acciones y transmisión de activos suscrito entre ellas el pasado 20 de febrero de 2009 (el "Contrato"), han establecido el próximo 25 de junio como fecha para la ejecución de las transmisiones previstas en el Contrato. La transmisión de las acciones de Endesa a realizar en dicha fecha no queda sometida a lo dispuesto en el Real Decreto 1416/1991, sobre operaciones bursátiles especiales (modificando lo previsto a tal efecto en el Contrato).

Enel. S.p.A. ("Enel"). Enel Energy Europe. S.L. ("EEE"). Endesa. S.A. ("Endesa"). Acciona. S.A. ("Acciona") and Finanzas Dos. S.A. ("Finanzas Dos", wholly controlled by Acciona), pursuant to the share purchase and transfer of assets agreement entered into amongst them on February 20, 2009 (the "Agreement"), have fixed next June 25 as the closing date for the transfers contemplated in the Agreement. The transfer of Endesa's shares to be made on such date shall not be governed by Royal Decree 1416/1991 on special stock exchange transactions (thus amending what is provided thereof in the Agreement).

15. Adicionalmente, el mismo 25 de junio de 2009, con Registro 110492<sup>14</sup>, Endesa informó de cambios en sus órganos de gobierno, a través de los cuales representantes de Enel asumieron distintos cargos en su empresa en sustitución de los representantes de Acciona, como se muestra a continuación:

**HECHO RELEVANTE**

El Consejo de Administración de ENDESA anuncia que, en el día de hoy, D<sup>ña</sup> Carmen Becerril Martínez, D. Valentín Montoya Moya, D. Esteban Morras Andrés y D. Jorge Vega-Penichet López, han dimitido como Consejeros dominicales de ENDESA en nombre de ACCIONA.

En su sustitución, el Consejo de Administración ha nombrado Consejeros por cooptación a D. Fulvio Conti, D. Miquel Roca Junyent, D. Alejandro Echevarría Busquet y D. Luis de Guindos Jurado. El Sr. Conti tendrá la condición de Consejero externo dominical en nombre de ENEL y D. Miquel Roca, D. Alejandro Echevarría y D. Luis de Guindos ostentarán la condición de Consejeros externos independientes.

(...)

<sup>14</sup> Ver: <http://www.cnmv.es/Portal/hr/verDoc.axd?t={8bd687f3-4894-4634-abdb-968a5bdfb760}>

16. De la información presentada, es posible inferir que el 25 de junio de 2009, Enel y Acciona habrían realizado la transmisión de acciones contempladas en el Contrato, de Compraventa por medio del cual Enel se habría hecho de las acciones que Acciona poseía de Endesa, lo que según ha señalado la propia Enel, le otorgaría el control exclusivo sobre Endesa y, a través de ésta, de las empresas que controla en el Perú. (+)

### 3.3 Los plazos de la Notificación

17. El Reglamento de la Ley establece los plazos que la Comisión y su Secretaría Técnica deberán atender a efecto de evaluar una solicitud de autorización previa de una operación de concentración empresarial en el sector eléctrico. En particular:
- (i) El artículo 16<sup>15</sup> establece que dentro del plazo de cinco (5) días posteriores a la presentación de la notificación, la Secretaría Técnica definirá si la información que se acompaña a la solicitud se encuentra completa, caso contrario, solicitará a quien realizó la notificación para que en el plazo máximo de cinco (5) días complete la información faltante;
  - (ii) El artículo 17<sup>16</sup> establece que vencido el plazo a que se refiere el artículo 16, la Comisión o la Secretaría Técnica podrá solicitar dentro de los diez (10) días siguientes información adicional, la que deberá ser proporcionada por quien realizó la notificación dentro de un plazo máximo de diez (10) días; y,
  - (iii) El artículo 18<sup>17</sup> establece que, para su decisión, la Comisión tendrá un plazo de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del plazo previsto en el artículo 17 o, en su caso, de la recepción de la documentación o información adicional requerida<sup>18</sup>.

18. En el caso de la Notificación cabe señalar que:

<sup>15</sup> **Reglamento de la Ley**

**Artículo 16.-** Verificación de la información presentada. Dentro del plazo de cinco (5) días posteriores a la presentación de la Notificación, la Secretaría definirá si la información que se acompaña a la solicitud se encuentra completa. Cuando constate que no se ha presentado toda la información requerida, notificará a las Personas o empresas que presentaron la solicitud para que en el plazo máximo de cinco (5) días completen la información faltante, bajo cargo de tener por no presentada la solicitud.

<sup>16</sup> **Reglamento de la Ley**

**Artículo 17.-** Requerimiento de información adicional. Vencido el plazo a que se refiere el artículo anterior o satisfecha la presentación de la información faltante, la Comisión o la Secretaría Técnica podrá solicitar dentro de los diez (10) días siguientes, datos o documentos adicionales que considere necesarios para la evaluación de la operación notificada, los que deberán ser proporcionados por los interesados dentro de un plazo máximo de diez (10) días.

**Reglamento de la Ley**

**Artículo 18.-** Plazo para la decisión de la Comisión. Para emitir su decisión, la Comisión tendrá un plazo de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del plazo previsto en el Artículo 17 del presente Reglamento o, en su caso, de la recepción de la documentación o información adicional requerida.

- <sup>18</sup> Cabe señalar que el plazo para la decisión final de la Comisión puede ser ampliado hasta por treinta (30) días adicionales, conforme a lo establecido en el artículo 24 del Reglamento de la Ley.

VOBO  
ST-CLC

- (i) El 21 de abril de 2009, Enel presentó a consideración de la Comisión la Notificación, según lo dispuesto por la Ley 26876.
- (ii) El 24 y 30 de abril de 2009, Enel remitió información indicada en su escrito de notificación pero que no fue adjuntada.
- (iii) El 4 de mayo de 2009, mediante Carta 140-2009/ST-CLC-INDECOPi, la Secretaría Técnica solicitó a Enel completar la Notificación en atención a lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de la Ley.
- (iv) El 7 de mayo de 2009, Enel cumplió con completar su notificación.
- (v) El 21 de mayo de 2009, mediante Carta 159-2009/ST-CLC-INDECOPi, la Secretaría Técnica solicitó a Enel información adicional para la evaluación de la Notificación conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento de la Ley.
- (vi) El 1 y 3 de junio de 2009, Enel remitió la información adicional solicitada por la Secretaría Técnica.
19. Al respecto, en atención a los plazos establecidos en el Reglamento de la Ley y a las fechas antes señaladas, se deduce que esta Comisión cuenta para manifestar su decisión, respecto de la Notificación, con un plazo que vence el 16 de julio de 2009.
20. En este escenario, la información publicada por la CNMV daría cuenta que la operación de concentración notificada por Enel a esta Comisión se habría ejecutado el 25 de junio de 2009, antes de la decisión de esta Comisión. Situación que contravendría lo dispuesto por la Ley y sería susceptible de sanción.
21. En consecuencia, es posible establecer que existen indicios razonables de una presunta infracción por parte de Enel a lo dispuesto por la Ley, y por consiguiente corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador en su contra por haber realizado el acto de concentración luego de presentada su solicitud pero antes de la decisión de la Comisión; hecho que verificaría el supuesto de infracción administrativa contemplado en el artículo 6 de la Ley y susceptible de sanción conforme a lo establecido en ese mismo dispositivo legal<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Ley

**Artículo 6.-** La Comisión de Libre Competencia del INDECOPi podrá imponer a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la presente Ley, multas por un importe no mayor a 500 UIT cuando: omitan la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado, suministren datos inexactos en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión, o no proporcionen la información dentro de los plazos establecidos.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión podrá importar multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad eléctrica en el territorio nacional, involucradas directa o indirectamente en la concentración -en los términos establecidos en el Artículo 3 de la presente Ley-, correspondientes al año inmediato anterior a la decisión de la Comisión, a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la misma, que: realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, realicen un acto de concentración declarado incompatible por tener como efecto el

Estando a lo previsto en las Leyes 27444 y 26876 y la Constitución Política del Perú, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

**RESUELVE:**

**Primero:** Iniciar procedimiento administrativo sancionador contra la empresa Enel S.P.A. por haber realizado el acto de concentración notificado a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, luego de presentada su solicitud el 21 de abril de 2009 pero antes de la decisión de la Comisión, hecho que verificaría el supuesto de infracción administrativa contemplado en el artículo 6 de la Ley 26876 y susceptible de sanción conforme a lo establecido en ese mismo dispositivo legal.

**Segundo:** Conceder a la empresa Enel S.P.A. un plazo de diez (10) días hábiles para que formule sus descargos.

**Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Paul Phumpiu Chang, Elmer Cuba Bustinza y Joselyn Olaechea Flores.**



**Paul Phumpiu Chang**  
Presidente





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

LAGO

Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú  
Año de la Unión Nacional frente a la Crisis Externa

Comisión de Defensa de la Libre Competencia  
Anexo: 1211  
E-mail: [fsiguenas@indecopi.gob.pe](mailto:fsiguenas@indecopi.gob.pe)



**NOTIFICACIÓN 441-2009/ST-CLC-INDECOPI**

San Borja, 17 de julio de 2009

Expediente 010-2009/CLC

Señores  
**ENEL S.P.A.**  
Casilla 64, Indecopi  
Presente.-

De nuestra consideración:

Por la presente, cumplimos con notificar copia de la Resolución 051-2009/CLC-INDECOPI, en sobre debidamente cerrado.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,

**Francisco Sigüeñas Andrade**  
Secretario Técnico *Ad Hoc*  
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Adj. Lo indicado

17 JUL 2009





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros



Comisión de Defensa de la Libre Competencia  
Anexo: 1211

Expediente 010-2009 /CLC

### RAZÓN DE SECRETARÍA TÉCNICA

Mediante la presente, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia autoriza la incorporación de copia de los documentos obtenidos de la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España (en adelante, CNMV) y del procedimiento tramitado bajo el Expediente 004-2009/CLC. Los cuales pasarán a formar parte del Expediente 010-2009/CLC, según se listan:

1. Escrito 1 del 21 de abril de 2009, sin documentos adjuntos, mediante el cual Enel S.P.A. (en adelante, Enel) solicitó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) una autorización previa para una operación de concentración en el sector eléctrico (en adelante, la Operación de Concentración).
2. Registro 110170, publicado en la página web de la CNMV, en el cual Endesa S.A. (en adelante, Endesa) informó que las transmisiones previstas en el Contrato de Compraventa suscrito entre Enel, Enel Energy Europe S.L., Acciona S.A., Finanza Dos S.A. y Endesa, del 20 de febrero de 2009, se llevarían a cabo el 25 de junio de 2009.
3. Registro 110486, publicado en la página web de la CNMV, en el cual Acciona S.A. informó que la Operación de Concentración notificada a la Comisión se habría llevado a cabo el 25 de junio de 2009.
4. Registro 110487, publicado en la página web de la CNMV, en el cual Endesa informó que la Operación de Concentración notificada a la Comisión se habría llevado a cabo el 25 de junio de 2009.
5. Registro 110494, publicado en la página web de la CNMV, en el cual Enel informó que la Operación de Concentración notificada a la Comisión se habría llevado a cabo el 25 de junio de 2009.
6. Registro 110492, publicado en la página web de la CNMV, en el cual Endesa informó sobre diversos cambios realizados en sus órganos de gobierno el 25 de junio de 2009.
7. Carta 140-2009/ST-CLC-INDECOPI, del 4 de mayo de 2009, mediante la cual la Secretaría Técnica solicitó a Enel completar diversa información referida a la Operación Concentración.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros



8. Escrito 4 del 7 mayo de 2009, sin documentos adjuntos, remitido por Enel en respuesta a la Carta 140-2009/ST-CLC-INDECOPI.
9. Carta 159-2009/ST-CLC-INDECOPI, del 21 de mayo de 2009, mediante la cual la Secretaría Técnica solicitó a Enel información adicional referida a la Operación de Concentración.
10. Escrito 6 del 1 de junio de 2009, sin documentos adjuntos, remitido por Enel en respuesta a la Carta 159-2009/ST-CLC-INDECOPI.
11. Escrito 7 del 3 de junio de 2009 sin documentos adjuntos, remitido por Enel en respuesta a la Carta 159-2009/ST-CLC-INDECOPI.
12. Resolución 058-2009/CLC-INDECOPI, del 16 de julio de 2009, mediante la cual la Comisión resolvió la solicitud presentada por Enel el 21 de abril de 2009.

San Borja, 22 de julio de 2009

**Francisco Sigüenza Andrade**  
Secretario Técnico Ad Hoc  
Comisión de Defensa de la Libre Competencia





# Anexo 2

00246

Expediente N° 004-2009/CLC

# Resolución



N° 058-2009/CLC-INDECOPI

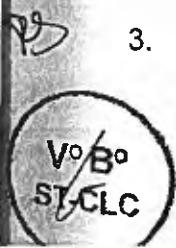
Lima, 16 de julio de 2009

**VISTOS:**

El Escrito 1 de la empresa Enel S.P.A. (en lo sucesivo, Enel), del 21 de abril de 2009, por medio del cual solicitó a esta Comisión una autorización previa para una operación de concentración en el sector eléctrico; el Informe 029-2009-/ST-CLC-INDECOPI, del 2 de julio de 2009, emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en lo sucesivo, la Secretaría Técnica); el Informe 022-2009/MEM-DGE, del 2 de julio de 2009, emitido por el Ministerio de Energía y Minas (en lo sucesivo, Minem); el Informe 014-2009-OEE/OS, del 7 de julio de 2009, emitido por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en lo sucesivo, Osinergmin); y,

**CONSIDERANDO:****I. ANTECEDENTES**

1. La Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley N° 26876, publicada el 19 de noviembre de 1997 (en lo sucesivo, la Ley), otorgó a esta Comisión competencia para pronunciarse respecto de las solicitudes de autorización previa de operaciones de concentración en el sector eléctrico (evaluación *ex ante*).
2. En virtud de lo expuesto, mediante Escrito 1, del 21 de abril de 2009, Enel presentó ante esta Comisión una solicitud de autorización previa para una operación de concentración en el sector eléctrico (en lo sucesivo, la Notificación), a través de la cual adquiriría el control exclusivo sobre Endesa S.A. (en lo sucesivo, Endesa), y a través de ésta sobre Edegel S.A.A. (en lo sucesivo, Edegel), Empresa Eléctrica de Piura S.A. (en lo sucesivo, Eepsa) y Edelnor S.A.A. (en lo sucesivo, Edelnor), empresas que desarrollan actividades en sector el eléctrico peruano.
3. Mediante Oficios 023 y 024-2009/ST-CLC-INDECOPI, del 5 de junio de 2009, y 025-2009/ST-CLC-INDECOPI, del 8 de junio de 2009, la Secretaría Técnica



Vº/Bº  
ST-CLC

solicitó al Minem, al Osinergmin y a la Defensoría del Pueblo, respectivamente, remitan informes que contengan sus opiniones sobre la Notificación, según lo dispuesto en el artículo 35 del Reglamento de la Ley<sup>1</sup>.

4. El 2 de julio de 2009, mediante Informe 029-2009/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica recomendó a esta Comisión autorizar sin condicionamientos la Notificación presentada por Enel, al concluir que:
- (i) *La adquisición por parte de Enel S.P.A. de las acciones que Acciona S.A. posee de Endesa S.A. se encuentra en el ámbito de aplicación de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico;*
  - (ii) *La operación de concentración bajo análisis, otorgaría a Enel S.P.A. el control exclusivo de Endesa S.A.;*
  - (iii) *La obtención de control exclusivo podría facilitar el planeamiento estratégico de Enel S.P.A. sobre Endesa S.A., en tanto se evitaría la necesidad de compatibilizar dos visiones distintas, lo que significaría una disminución en los costos de coordinación para el desarrollo e implementación de las políticas de Endesa S.A., pudiendo obtener eficiencias operativas que finalmente beneficiarían a los consumidores y/o usuarios de la energía eléctrica; y,*
  - (iv) *La toma de control exclusivo sobre Endesa S.A. por parte de Enel S.P.A. no implica el ingreso de un nuevo agente al mercado peruano, ni la reducción de los mismos, sino el reordenamiento interno de la estructura de control de dicha empresa; por lo que no existirán variaciones de las condiciones de competencia y la libre concurrencia al mercado.*
5. El 2 de julio de 2009, mediante Oficio 720-2009-MEM/DGE, el Minem remitió el Informe 022-2009/MEM-DGE, el cual contiene su opinión sobre la Notificación.
6. El 7 de julio de 2009, mediante Oficio 80-2009-OS/OEE, el Osinergmin remitió el Informe 014-2009-OEE/OS, el cual contiene su opinión sobre la Notificación.

## II. LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN

7. El 21 de abril de 2009, Enel presentó a la Comisión la Notificación según lo dispuesto por la Ley. La operación de concentración notificada consistiría en la adquisición por parte de Enel de las acciones que Acciona S.A. (en lo sucesivo, Acciona) posee de Endesa, lo que le otorgaría a la notificante el control exclusivo sobre dicha empresa.

<sup>1</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo 017-98-ITINCI, publicado el 16 de octubre de 1998.

Endesa participa indirectamente en el mercado eléctrico peruano a través de Edelnor, Eepsa y Edegel.

8. Al respecto, cabe señalar que Enel es una empresa italiana, dedicada principalmente a la generación eléctrica, que cuenta entre sus principales accionistas con el Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Italia, propietario del 21,12% de su capital social, y la Cassa Depositi e Prestiti SpA, propietaria del 10,21% de su capital social. A su vez, el Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Italia es el principal accionista de la Cassa Depositi e Prestiti SpA, por lo cual controla, directa e indirectamente, el 31,33% del capital social de Enel<sup>2</sup>.

Por su parte, Enel posee el 100% del capital social de Enel Energy Europe SrL (en lo sucesivo, Enel Energy), quien a su vez posee el 67,053% de las acciones de Endesa.

9. Por otro lado, Acciona es una empresa española dedicada a la generación eléctrica, la administración de infraestructura, el desarrollo de proyectos inmobiliarios, la prestación de servicios logísticos, entre otros. Su principal accionista es el Grupo Entrecanales S.A., propietario de 59,60% de su capital social<sup>3</sup>.

Asimismo, Acciona posee el 5,01% de las acciones de Endesa y el 100% del capital social de Finanzas Dos S.A. (en lo sucesivo, Finanzas Dos), que a su vez, posee el 20% de las acciones de Endesa.

10. Actualmente, Enel y Acciona controlan de forma conjunta a Endesa como resultado del "Acuerdo sobre acciones de Endesa, S.A." (en lo sucesivo, el Acuerdo), suscrito el 26 de marzo de 2007. Dicho acuerdo se realizó en el marco de la Oferta Pública de Adquisición (OPA) lanzada por Enel y Acciona para la compra de las acciones de Endesa<sup>4</sup>. Operación que fue aprobada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España el 25 de julio de 2007<sup>5</sup>.
11. Sobre el particular, cabe mencionar que el 5 de julio de 2007, la Comisión Europea decidió no oponerse al control conjunto de Enel y Acciona sobre Endesa contemplado en el "Acuerdo"<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> La diferencia del capital social de Enel se distribuye entre distintos accionistas con participaciones inferiores al 5%.

<sup>3</sup> La diferencia del capital social de Acciona se distribuye entre distintos accionistas con participaciones inferiores al 5%.

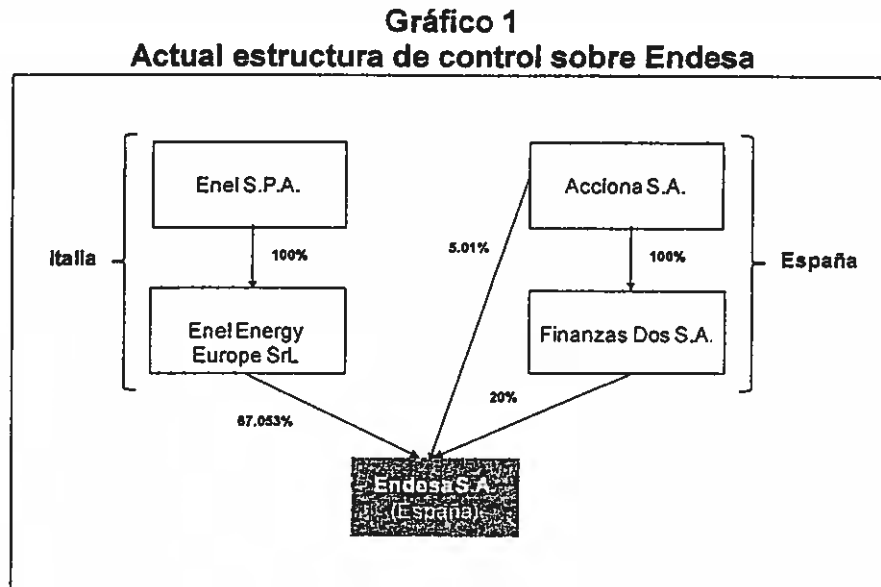
<sup>4</sup> Mayor información: <http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/1050557/02/09/Cronologia-la-italiana-Enel-se-quedara-con-Endesa-tras-mas-de-tres-anos-de-culebron.html>

<sup>5</sup> Antes de la OPA y de hacerse del control conjunto, Enel y Acciona poseían, respectivamente, el 9,993% y 21,036% del capital social de Endesa.

<sup>6</sup> Mayor información: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4685\\_20070705\\_20310\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4685_20070705_20310_en.pdf)



12. El siguiente gráfico muestra la actual estructura de control sobre Endesa



Fuente: Enel  
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

13. Por su parte, Endesa es una empresa española con presencia en el sector eléctrico, gasífero y de aguas<sup>7</sup>. Posee activos en distintos países del mundo como España, Portugal, Argentina, Brasil, Chile, entre otros.
14. En el Perú participa indirectamente del mercado eléctrico a través del control de:
- i) Edelnor, empresa de distribución eléctrica, controlada de forma exclusiva a través de Inversiones Distrilima S.A. y Generalima S.A.C.;
  - ii) Eepsa, empresa de generación eléctrica, controlada de forma exclusiva a través de Eléctrica Cabo Blanco S.A.; y,
  - iii) Edegel, empresa de generación eléctrica, controlada de forma conjunta con Israel Corp a través de Generandes S.A.

Asimismo, Endesa, a través de Edegel, controla de forma conjunta con Israel Corp a Chinango S.A.C. empresa que se dedicará a la generación eléctrica

<sup>7</sup>

Mayor información: <http://www.endesa.es/Portal/es/conozcanos/presentacion/default.htm>



luego de que Edegel le transferencia las centrales hidroeléctricas de Chimay y Yanango.

15. Cabe resaltar que en el marco de las condiciones establecidas en el "Acuerdo", Enel concedió a favor de Acciona una opción de venta sobre las acciones que esta última posee de Endesa (en lo sucesivo, la Opción de Venta), *"anticipando los posibles conflictos de interés entre las Partes derivados de las relaciones industriales que nacerán como consecuencia de la ejecución del contrato, eventuales Situaciones de Bloqueo, la posible frustración de la toma de Control Efectivo, la complejidad de un proceso de División y la conveniencia de que sea posible mantener la integridad empresarial de Endesa"*<sup>8</sup>.

En ese sentido, en virtud de la "Opción de Venta", Acciona tiene el derecho de transferir a Enel la totalidad de las acciones de Endesa que sean de su propiedad.

16. En este escenario, el 20 de febrero de 2009, Enel y Acciona suscribieron el "Contrato de compraventa de acciones y transmisión de activos entre Acciona, Finanzas Dos, Enel, Enel Energy y Endesa", en el que se estaría efectivizando la "Opción de Venta" concedida por Enel a favor de Acciona<sup>9</sup>. A través del referido contrato Acciona venderá a Enel el integro de las acciones que posee de Endesa.
17. Asimismo, dicho contrato establece entre sus condiciones suspensivas para la transferencia de acciones a favor de Enel, que se obtengan las autorizaciones sin condicionamientos de las autoridades de Defensa de la Competencia, nacionales o comunitarias, que resulten pertinentes<sup>10</sup>. Por otro lado, el contrato establece como fecha límite el 20 de agosto de 2009 para cumplimiento de las condiciones suspensivas, bajo consecuencia de quedar terminado sin efecto.
18. En el marco del Contrato de Compraventa, Enel presentó a la Comisión una autorización previa de concentración empresarial en el sector eléctrico por medio del cual solicitó se le autorice a adquirir las acciones que Acciona posee de Endesa, de forma que la estructura de control de Endesa pasaría

<sup>8</sup> Página 7 del Formulario para la Notificación de Concentraciones en el Sector Eléctrico, adjunto al Escrito 1 presentado por Enel el 21 de abril de 2009.

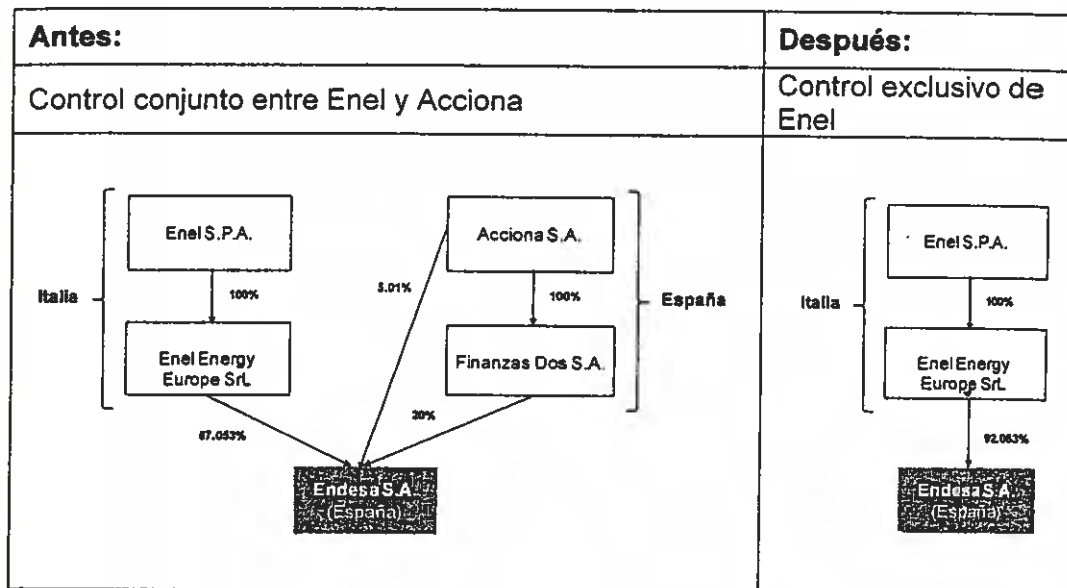
<sup>9</sup> Dada la estructura mediante la cual Enel y Acciona controlan conjuntamente a Endesa, el "Contrato de compraventa acciones de Endesa" incluye además a Finanzas Dos, Enel Energy y Endesa.

<sup>10</sup> **9. Condiciones suspensivas.**  
(...)

9.1.1. Como condición en beneficio de ENEL, la obtención por su parte de las pertinente autorización sin condiciones (o la no oposición, en los términos previstos legalmente) de las autoridades competentes de Defensa de la Competencia, nacionales o comunitarias, que fueran necesarias para la adquisición de las Acciones.

de conjunta a exclusiva a favor de Enel, conforme se muestra en el siguiente gráfico:

**Gráfico 2**  
**Cambio en la estructura de control sobre Endesa**



Fuente: Enel  
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

### III. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN

19. A continuación se evaluará los potenciales efectos de la operación de concentración notificada sobre la competencia y la libre concurrencia al mercado eléctrico peruano. No obstante, de forma previa se determinará si la Notificación se encuentra en el ámbito de aplicación de la Ley.

#### 3.1 Análisis de procedencia de la Notificación

20. El artículo 3 de la Ley establece que deberá solicitarse una autorización previa de concentración empresarial en el sector eléctrico para aquellos actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollen actividades de generación, transmisión y/o distribución en el sector eléctrico peruano, y que posean previa o posteriormente 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<sup>11</sup>.

21. Por su parte, el artículo 2 de la Ley establece que se entenderá como un acto de concentración, entre otros, a la adquisición directa o indirecta del control sobre una empresa a través de la obtención de acciones, participaciones o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera control directo o indirecto<sup>12</sup>.
22. En ese sentido, atendiendo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley; y considerando que Endesa realiza actividad de generación eléctrica en el Perú a través de Edegel y Eepsa, con una participación conjunta en el 2008 del 24,18%, así como también realiza actividad de distribución eléctrica a través de Edelnor, con una participación del 29,45% para el mismo año; un acto de concentración que involucre a dichas empresas se encontraría en el ámbito de aplicación de la Ley (ver siguientes cuadros).

<sup>11</sup> **Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico**

**Artículo 3.-** Antes de realizar actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, con las condiciones y características establecidas en el párrafo siguiente, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno.

Deberá solicitarse la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquéllos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados.  
(...)

<sup>12</sup> **Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico**

**Artículo 2.-** Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación "joint venture", asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

No se considera que existe concentración cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo.



**Cuadro 1**  
**Participación de las empresas generadoras en el SEIN<sup>13</sup>**  
**2008**

N° de orden	Entidad Generadora	Total Año 2008	
		Soles (1)	Participación
1	ENERSUR - Energía del Sur - SA	1 280 480 907	23.51%
2	ELECTROPERÚ SA	1 224 142 310	22.48%
3	EDEGEL SAA	1 065 094 246	19.56%
4	Duke Energy EGENOR SCA	353 886 762	6.50%
5	EEPSA - Empresa Eléctrica de Piura SA	252 028 880	4.63%
6	ELECTROANDES SA	242 359 394	4.45%
7	Kallpa Generación SA	177 136 744	3.25%
8	Termoselva SRL	170 847 419	3.14%
9	EGASA - Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa SA	160 472 109	2.95%
10	Shougang Generación Eléctrica SAA	158 900 043	2.92%
11	Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA	112 888 022	2.07%
12	Empresa de Generación Eléctrica Cahua SA	83 977 587	1.54%
13	EGEMSA - Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu SA	77 660 888	1.43%
14	EGESUR - Empresa de Generación Eléctrica del Sur SA	28 684 384	0.53%
15	EGECEN - Emp. de Gener. de Elec. del Centro SA (2)	23 051 094	0.42%
16	SINERSA - Sindicato Energético SA	20 084 096	0.37%
17	Generación Eléctrica de Atocongo SA	9 822 495	0.18%
18	Sociedad Minera Corona SA	3 583 251	0.07%
19	EGEPSA - Emp. Gen. y Com. Servs. Pubs. de Elec. Pangoa (3)	1 077 865	0.02%
Facturación Total del Periodo		5 446 178 496	100.00%

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

(2) Corresponde principalmente a ingresos por Contrato con ENERSUR por Usufructo de la C. H. Yuncán

(3) Por falta de información de la entidad, se ha asumido para el segundo semestre un valor igual al periodo similar de 2007.

Fuente y elaboración: Osinergmin

**Cuadro 2**  
**Participación de las empresas distribuidoras en el SEIN**  
**2008**

N° de orden	Entidad Distribuidora	Total Año 2008	
		Soles (1)	Participación
1	Luz del Sur SAA	1 447 253 923	31.62%
2	EDELNOR SAA	1 348 005 534	29.45%
3	Hidrandina SA - Electro Norte Medio	381 277 269	8.33%
4	Electro Centro SA	238 220 211	5.20%
5	ENOSA - Electro Nor Oeste SA	207 012 192	4.52%
6	SEAL - Sociedad Eléctrica del Sur Oeste SA	203 598 543	4.45%
7	Electro Norte SA	168 416 387	3.68%
8	Electro Sur Medio SA	145 180 674	3.17%
9	Electro Sur Este SA	141 321 115	3.09%
10	Electro Sur SA	76 918 228	1.68%
11	Electro Ucayali SA	76 386 864	1.67%
12	Electro Puno SA	67 782 692	1.48%
13	COELVISAC - Consorcio Eléctrico Villacuri SAC	35 944 436	0.79%
14	EDE Cafete SAA	22 747 587	0.50%
15	Empresa Municipal de Servicios Eléctricos de Tocache SA (2)	6 492 376	0.14%
16	EMSEU SAC - Empr. Mun. Servs. Elecs. Utcubamba SAC	4 358 036	0.10%
17	EMSEMSA - Emp. de Servs. Elecs. Muns. de Paramonga SA	3 115 841	0.07%
18	SERSA - Servicios Eléctricos Rioja SA	2 669 615	0.06%
19	Electro Pangoa SA	797 827	0.02%
Facturación Total del Periodo		4 577 499 349	100.00%

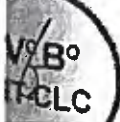
(1) Facturación Total sin IGV, según información proporcionada por las Empresas con carácter de DECLARACIÓN JURADA

(2) Por falta de información de la entidad, se ha asumido para el segundo semestre un valor igual al periodo similar de 2007.

Fuente y elaboración: Osinergmin

<sup>13</sup>

Denominación abreviada del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional



23. Por su parte, según lo establecido en el artículo 2 de la Ley, la adquisición por parte de Enel de las acciones que Acciona posee de Endesa constituye un acto de concentración empresarial, pues representa un cambio en la estructura de control sobre dicha empresa, pasando de un control común, conjunto o compartido entre Enel y Acciona a uno exclusivo a favor de Enel.
24. En consecuencia, considerando que las empresas vinculadas a Enel que desarrollan actividades en el sector eléctrico peruano (Edegel, Eepsa y Edelnor) superan los umbrales establecidos por la Ley para solicitar una autorización previa de concentración empresarial, y que la toma de control exclusivo sobre Endesa por parte de Enel constituye un acto de concentración; se puede concluir que la Notificación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley.

### 3.2 Análisis de eficiencia de la operación de concentración

25. Habiéndose determinado que el acto de concentración notificado por Enel se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley, corresponde a continuación analizar sus posibles eficiencias y los efectos sobre la competencia y la libre concurrencia en el mercado eléctrico peruano.
26. Como se ha señalado, Enel y Acciona participan de la generación eléctrica en el Perú a través de Edegel y Eepsa —a quienes posteriormente se les unirá Chinango—, y de la distribución eléctrica a través de Edelnor.
27. Al respecto cabe indicar que Enel es una empresa dedicada principalmente a la producción, importación y exportación, transmisión y distribución de energía eléctrica para el uso doméstico e industrial; también se dedica al manejo de plantas de venta y distribución de gas natural. Realiza actividades en Europa, Norteamérica, Centroamérica y Sudamérica, y posee una capacidad instalada de 75.5 GW (Gigawatts), que satisface la demanda de 51.6 millones de clientes en 21 países<sup>14</sup>.
28. Por su parte, Acciona es una empresa dedicada principalmente al desarrollo y gerenciamiento de infraestructura, y a la prestación de servicios logísticos y aeroportuarios. Opera mediante cinco divisiones<sup>15</sup>:
- La División de la infraestructura, relacionada a las actividades de diseño, construcción, financiamiento y mantenimiento de proyectos de infraestructura;

<sup>14</sup> Ver: [http://www.alacrastore.com/company-snapshot/Enel\\_S\\_p\\_A-2103243](http://www.alacrastore.com/company-snapshot/Enel_S_p_A-2103243)  
Visitada el 22 de junio de 2009.

<sup>15</sup> Ver: [http://www.alacrastore.com/company-snapshot/Acciona\\_S\\_A-1027295](http://www.alacrastore.com/company-snapshot/Acciona_S_A-1027295)  
Visitada el 22 de junio de 2009.

- La División de logística y servicios aeroportuarios, relacionada a las actividades de gerenciamento de aeropuertos, distribución, transporte y servicios logísticos;
  - La División de energía, relacionada a las actividades de producción de energía eléctrica, que incluyendo la producción de energía eléctrica a través de energías renovables;
  - La División de propiedades inmobiliarias, relacionada a la construcción de edificios residenciales, de apartamentos, y de oficinas eco-eficientes; y,
  - La División de servicios urbanos y medioambientales, relacionada a gestión de desechos sólidos, limpieza de calles, abastecimiento y tratamiento de agua, entre otros.
29. Tal como se observa, Enel y Acciona se dedican al desarrollo de actividades en el sector de energía, en particular en el sector eléctrico. No obstante, dichas empresas presentan diferencias en el conjunto de actividades que realizan. Para Enel el sector energía representaría su principal actividad, mientras que para Acciona representaría una dentro de un conjunto más amplio.
30. Las diferencias en los conjuntos de actividades pueden determinar que existan diferencias en el grado de especialización con que cada empresa enfrenta el desarrollo de cada una de sus actividades. En ese sentido, el control de Endesa por una u otra empresa podría determinar la obtención de determinadas eficiencias fundadas en sus respectivas experiencias, que no serían posibles (o alcanzables a un mayor costo) de prevalecer el control conjunto.
31. Al respecto, según ha señalado la propia notificante<sup>16</sup>, la unificación del control sobre Endesa a favor de Enel traería como consecuencia una disminución en los costos de coordinación o de convencimiento a Acciona respecto de las decisiones más oportunas para el negocio eléctrico. Por lo tanto, la unificación del control generaría los siguientes beneficios:
- (i) Facilitar el planeamiento estratégico, en tanto evitaría la necesidad de compatibilizar dos visiones distintas, la de una empresa dedicada principalmente a la generación (Enel) y la de una empresa dedicada principalmente a la construcción (Acciona); e,
  - (ii) Incrementar los incentivos para el desarrollo de proyectos de energía renovable en el Perú, atendiendo a la trayectoria desarrollada por Enel en otros países de Latinoamérica.

<sup>16</sup> Página 16 del documento denominado: "Los efectos de la compraventa de acciones entre Acciona y Enel sobre el mercado eléctrico peruano". Ajunto al Escrito 5 de Enel del 15 de mayo de 2009.



32. En efecto, la unificación de control otorgaría mayores facilidades para la formulación del planeamiento estratégico de Endesa, pues disminuiría los costos de coordinación para el desarrollo e implementación de sus políticas. Lo que resultaría en una ganancia de eficiencia operativa, pues podría mejorar sus procesos operativos o administrativos que le permitan la ejecución de determinadas actividades en menor tiempo, con menos recursos y con mejores controles; lo que finalmente redundaría en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica.
33. Por su parte, no está acreditado que la unificación de control sobre Endesa tenga como consecuencia que Enel desarrolle proyectos de energía renovable en el Perú. Si bien Enel y Acciona poseen centrales de generación eléctrica con energía renovable en otros mercados en los que operan, no existe en el contrato de compraventa de las acciones de Endesa compromisos que establezcan el desarrollo por parte de Enel de dicho tipo de generación en el mercado eléctrico peruano.
34. Por lo tanto, no existe evidencia que acredite que la toma de control exclusivo de Enel sobre Endesa tenga como consecuencia directa el desarrollo de proyectos de energía renovable en el Perú.
35. En consecuencia, la operación de concentración notificada podría facilitar el planeamiento estratégico de Endesa, en tanto se evitaría la necesidad de compatibilizar dos visiones distintas, lo que significaría la disminución de los costos de coordinación para el desarrollo e implementación de sus políticas. En tal sentido, se pueden obtener eficiencias operativas que se trasladarían al mercado eléctrico peruano a través de la operación de las empresas que Endesa controla, en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica.

### 3.3 Condiciones de competencia en los mercados

36. Tal como se ha señalado, la operación de concentración notificada significará la toma de control exclusivo sobre Endesa por parte de Enel; es decir, Enel se haría del control exclusivo de las operaciones de Endesa en todos los países en los que esta empresa participa. En el caso del Perú, como se ha señalado, Endesa se encuentra presente en el sector eléctrico a través de Edegel, Eepsa y Edelnor (y próximamente también a través de Chinango).
37. No obstante, el cambio en el control sobre Endesa no implicaría una variación de la presencia de ésta en el mercado peruano, pues, de concretarse la operación de concentración notificada, Endesa continuaría operando a través de las mismas empresas con las que viene desarrollando actividades actualmente. En efecto, la operación de concentración notificada no implica que Endesa varíe su nivel de participación en el mercado peruano como resultado directo de la toma de control por parte de Enel.





38. En otras palabras, la toma de control sobre Endesa por parte de Enel no implica el ingreso de un nuevo agente al mercado peruano, ni la reducción de alguno de ellos, sino el reordenamiento interno de la estructura de control de dicha empresa.
39. En consecuencia, el desarrollo del mercado eléctrico peruano no será afectado directamente por la ejecución de la operación de control notificada. En similar sentido se encuentran las opiniones brindadas por el Minem y el Osinergmin, mediante Informes 022-2009/MEM-DGE y 014-2009-OEE/OS, respectivamente.
40. En línea con lo anterior, se puede apreciar a modo de ejemplo que la concentración del mercado, medida a través del índice de concentración Herfindahl-Hirschman (HHI)<sup>17</sup>, no varía en ninguno de los mercados eléctricos nacionales.

### 3.3.1 El mercado regulado

41. Al respecto cabe señalar que las ventas de generadores a distribuidores para la provisión del servicio público de electricidad (clientes cuyo consumo es menor o igual a 1 MW) están sujetas a una regulación tarifaria de precios con base en la minimización de los costos esperados de suministro.
42. En el caso particular, la operación de concentración notificada no implica un incremento de la concentración en el mercado de venta de energía de generadores a distribuidores. Como se aprecia en el siguiente cuadro, con información del año 2007, el HHI antes y después de la concentración asciende a 3 442,22.

<sup>17</sup>

El HHI se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de cada una de las empresas concurrentes al mismo. Así por ejemplo, un mercado en el que concurren cuatro firmas A, B, C y D con cuotas de mercado de 30%, 30%, 20% y 20% respectivamente, tiene un Índice HHI de 2600 ( $30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$ ).



**Cuadro 3**  
**Ventas de energía de generadoras a distribuidoras**  
**2007**

Grupo	Entidad Generadora	Antes y después de la Operación		
		MWh	Participación Individual	Participación Conjunta
Estado Peruano	Electroperú	6592066	41.93%	51.63%
	Egasa	912166	5.80%	
	Proyecto Chamimochic	26734	0.17%	
	San Gabán	233318	1.48%	
	Egamsa	314361	2.00%	
	Egesur	37818	0.24%	
Endesa	Edegel	3341525	21.26%	24.46%
	Epsa	503403	3.20%	
	Enersur	1036484	6.59%	6.59%
	Egenor	1709619	10.88%	10.88%
SN Power	Electroandes	194266	1.24%	3.68%
	Cahua	384677	2.45%	
	Termoselva	250058	1.59%	1.59%
	Sinersa	109182	0.69%	0.69%
	Minera Corona	39832	0.25%	0.25%
	Kallpa	14903	0.09%	0.09%
	Santa Rosa	16087	0.10%	0.10%
	Shougesa	1752	0.01%	0.01%
	Conenhua	2273	0.01%	0.01%
Total		15720524	100.00%	100.00%
IHH				3442.22

Fuente: Osinergmin  
 Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

43. Sin perjuicio de que no se registre ninguna variación en el nivel de concentración en la provisión de energía de las empresas generadoras a las distribuidoras como resultado de la operación notificada, la existencia en este mercado de una fijación administrativa de precios, disciplinaría cualquier intento de ejercer poder de mercado. En consecuencia, la operación notificada no tendría efectos sobre el mercado de clientes regulados.

### 3.3.2. El mercado de clientes libres

44. A criterio de esta Comisión, el análisis del mercado de clientes libres debe ser uno que considere como suministradores de energía y potencia a la totalidad de generadores y distribuidores interconectados a través del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN). Ello debido a que el marco normativo permite a generadores y distribuidores proveer energía eléctrica a los clientes libres. Asimismo, cabe indicar que, según las normas legales vigentes, existe libre acceso a tarifas reguladas por el Osinergmin a las redes del Sistema Principal de Transmisión<sup>18</sup> y del Sistema Secundario de Transmisión<sup>19</sup> y de

<sup>18</sup> Conforme a las definiciones contenidas en el Anexo de la LCE el Sistema Principal de Transmisión es la parte del sistema de transmisión común al conjunto de generadores de un Sistema Interconectado, que permite el intercambio de electricidad y la libre comercialización de la energía eléctrica.



distribución<sup>20</sup>, lo que facilitaría la provisión a clientes libres independientemente de su ubicación geográfica y su demanda de energía.

45. De acuerdo a lo anterior, en el siguiente cuadro se muestra el monto facturado (Millones de S/.) y el volumen energía provisto (GWh) por generadores y distribuidores a clientes libres en el 2007. En particular, en dicho año, Enersur fue la empresa que presentó la mayor facturación a clientes libres con más del 32%, seguida por el conjunto de empresas controladas por Endesa (Edegel, Eepsa y Edelnor) con casi el 23%. Distinta situación se presentó en la venta de energía, pues el Estado, a través de las distintas empresas sobre las que tiene participación, presentó la mayor participación con más del 27%, seguida de las empresas controladas por Endesa, las que presentaron una participación conjunta de casi el 24%. Enersur por su parte se ubicó en el tercer lugar con más de 20%.

**Cuadro 4**  
**Venta de energía eléctrica (GWh y Millones de S/.) de generadores y distribuidores a clientes libres - 2007**

Grupo	Empresa	Por facturación			Por venta de energía				
		Millones de S/.	Participación Individual	Participación Conjunta	GWh	Participación Individual	Participación Conjunta		
	Enersur	582.5	32.37%	32.37%	2348.5	20.66%	20.66%		
Endesa	Edegel	255.6	14.21%	22.94%	1761.6	15.49%	23.93%		
	Eepsa	11.8	0.64%		64.5	0.57%			
	Edelnor	145.5	8.09%		895.3	7.87%			
Estado	Electroperú	174.6	9.70%	18.86%	1566.0	13.77%	27.17%		
	Ejasa	40.4	2.25%		452.4	3.98%			
	San Gabán	51	2.83%		443.7	3.90%			
	Eremsa	27	1.50%		331.6	2.92%			
	Hidrandina	3.6	0.20%		22.1	0.19%			
	Electrocentro	14.8	0.82%		111.3	0.98%			
	Electronoroeste	0.9	0.05%		5.1	0.04%			
	Saai	8	0.44%		51.3	0.45%			
	Electro Norte	4.3	0.24%		28.0	0.25%			
	Electro Sur Este	10.8	0.60%		55.9	0.49%			
	Electro puno	2.2	0.12%		14.3	0.13%			
	Electro Ucayali	1.7	0.09%		7.9	0.07%			
	Termoselva	115.6	6.42%		6.42%	894.7		7.87%	7.87%
	SN Power	Electroandes	79		4.39%	4.44%		660.1	5.80%
Cahua		0.9	0.05%	6.1	0.05%				
AEI	Luz del Sur	71.2	3.98%	4.08%	397.8	3.50%	3.61%		
	Edecañete	2.2	0.12%		13.1	0.12%			
	Egenor	76.2	4.23%	4.23%	512.0	4.50%	4.50%		
	Kallpa	16.4	0.91%	0.91%	140.8	1.24%	1.24%		
	Shougesa	70	3.89%	3.89%	430.4	3.78%	3.78%		
	Corona	7.5	0.42%	0.42%	52.3	0.46%	0.46%		
	Electro Sur Medio	11	0.61%	0.61%	66.8	0.59%	0.59%		
	Conenhua	3.5	0.19%	0.19%	20.5	0.18%	0.18%		
	Coelvisa	2.1	0.12%	0.12%	14.9	0.13%	0.13%		
	Atocongo	9.2	0.51%	0.51%	1.6	0.01%	0.01%		
	<b>TOTAL</b>		<b>1799.3</b>	<b>100%</b>	<b>100.00%</b>	<b>11371.6</b>	<b>100.00%</b>	<b>100.00%</b>	
	<b>HHI</b>				<b>2042.15</b>			<b>1883.8</b>	

<sup>19</sup> Conforme a las definiciones contenidas en el Anexo de la LCE, el Sistema Secundario de Transmisión es la parte del sistema destinado a transferir electricidad hacia un distribuidor o consumidor final, desde una Barra del Sistema Principal. Son parte de este sistema, las instalaciones necesarias para entregar electricidad desde una central de generación hasta una Barra del Sistema Principal de Transmisión.

<sup>20</sup> Ellos sin atender a las nuevas denominación establecidas en la Ley 28832; que incorpora dos nuevas denominaciones para las instalaciones de transmisión, los denominados Sistema Garantizado de Transmisión y Sistema Complementario de Transmisión (Capítulo Quinto de la Ley 28832); toda vez que, en la actualidad, la mayor proporción de la infraestructura no está comprendida en dichas denominaciones.





Fuente: Osinergmin  
Elaboración: ST-CLC/INDECOPi

46. Al respecto, cabe señalar que los índices de concentración presentados no variarán de concretarse la operación de concentración notificada. En efecto, como se ha señalado con antelación, la operación de concentración no implica el incremento o disminución del número de agentes independientes que participan en el mercado eléctrico nacional, como es el caso de mercado de clientes libres; pues la Notificación implica un reordenamiento de la estructura de control sobre Endesa y no directamente de las actividades que ésta realiza en el Perú a través de Edegel, Eepsa y Edelnor.
47. En consecuencia, del análisis realizado a modo de ejemplo, considerando que no se presentarán variaciones en las concentraciones de los mercados de clientes regulados y clientes libres, toda vez que Endesa continuará operando en el mercado peruano a través de las mismas empresas; esta Comisión opina que no existe evidencia que permita inferir que la operación de concentración notificada generará facilidades para el ejercicio de poder de mercado y/o la realización de prácticas colusorias. Por lo tanto, de concretarse la Notificación no representará problemas para la competencia y la libre competencia.

Estando en lo previsto en la Constitución Política del Perú, Ley 26876 y la Ley 27444, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

**RESUELVE:**

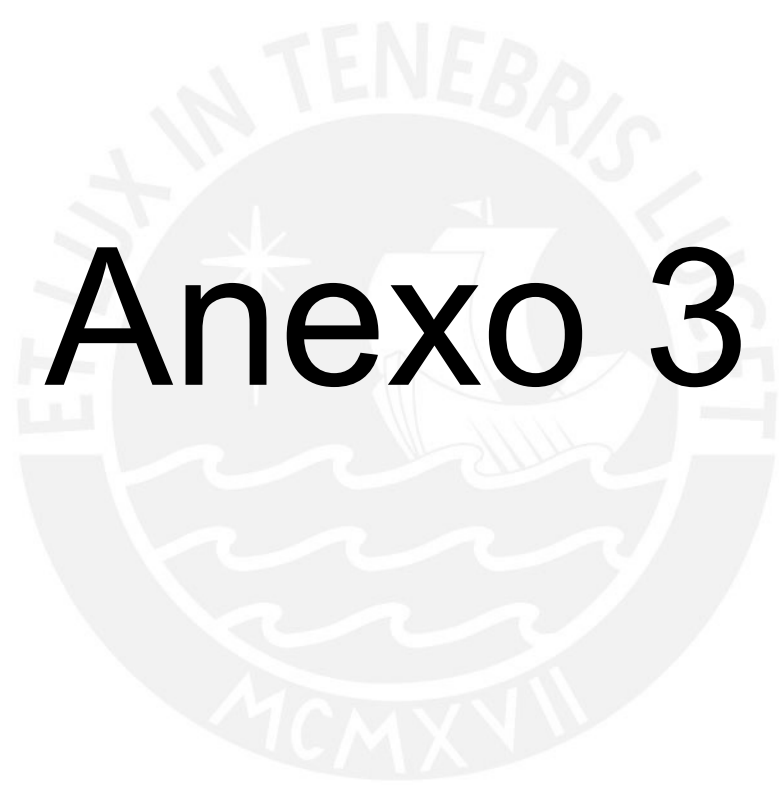
Autorizar el acto de concentración notificado por la Enel S.P.A., por medio del cual adquirirá el control exclusivo sobre Endesa S.A., y a través de ésta sobre Edegel S.A.A., Empresa Eléctrica de Piura S.A. y Edelnor S.A.A., empresas que desarrollan actividades en el sector eléctrico peruano.

**Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Libre Competencia: Paul Phumpiu Chang, Elmer Cuba Bustinza y Joselyn Olaechea Flores.**



**Paul Phumpiu Chang**  
**Presidente**





# Anexo 3

PAYET REY CALVI

ABOGADOS

INDECOPI  
Comisión de Defensa de la Libre Competencia  
06 AGO 2009  
RECIBIDO

00038 994  
085009

CLL

Expediente	010-2009/CBC
Secretario Técnico	Miguel Angel Luque Oyarce
Escrito N°	
Sumilla	Descargo

RECIBIDO  
UNIDAD ADMINISTRATIVA

2009 AGO 5 PM 2:00

SECRETARÍA  
INDECOPI

DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA  
INDECOPI  
0047

**A LA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:**

**ENEL S.P.A.** ("Enel"), una sociedad debidamente constituida de conformidad con la legislación de la República de Italia, inscrita en la Cámara de Comercio de Roma con número N. Q8933321005, con domicilio en Viale Regina Margherita, 137, Roma, Italia; señalando domicilio procesal para los efectos exclusivos del presente procedimiento administrativo en la Casilla No. 64 del INDECOPI; debidamente representada por su apoderado Sr. Daniel Abramovich Ackerman, identificado con D.N.I. No. 09344431, según poderes que obran en el Expediente N° 004-2009/CLC tramitado ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (la "Comisión"); respetuosamente nos presentamos y decimos:

El día 20 de julio último, hemos sido notificados con la notificación de cargo fechada el día 9 de julio último (la "Notificación de Cargo"), mediante la cual la Comisión resuelve iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de nuestra empresa, por la presunta comisión de actos contrarios a la Ley N° 26876 (la "Ley de Concentraciones") y el D.S. N° 017-98-ITINCI (el "Reglamento"). En particular, en la Notificación de Cargo se imputa a nuestra empresa lo siguiente:

*"...haber realizado el acto de concentración notificado a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, luego de presentada su solicitud el 21 de abril de 2009 pero antes de la decisión de la*

X

NO SE ADELANTA COPIA DE  
ESTE DOCUMENTO  
PRECAUDOS

*Comisión, hecho que verificaría el supuesto de infracción administrativa contemplado en el artículo 6 de la Ley 26876 y susceptible de sanción conforme a lo establecido en ese mismo dispositivo legal."*

Por medio del presente, dentro del plazo concedido, procedemos a presentar nuestros descargos en los siguientes términos:

## I. ANTECEDENTES

1.1 Como es de conocimiento de la Comisión, Endesa, S.A. ("Endesa") es la primera compañía eléctrica privada de Iberoamérica. Desde los años 90, Endesa realiza operaciones en el sector eléctrico peruano, a través de sus subsidiarias Empresa Eléctrica de Piura S.A. ("Eepsa"), Edegel S.A.A. ("Edegel") y Edelnor S.A.A. ("Edelnor").

1.2 En el año 2007, Enel y la empresa Acciona, S.A. ("Acciona") eran directa o indirectamente, accionistas de Endesa, con participaciones del 9,993% y del 21,036% respectivamente, no ejerciendo ninguna de ellas control sobre Endesa.

El 26 de marzo de 2007, Enel y Acciona celebraron un "Acuerdo sobre acciones de Endesa S.A." (el "Acuerdo Inicial"), en virtud del cual ambas partes -junto con sendas subsidiarias- se obligaron a formular una oferta pública de adquisición conjunta sobre las acciones de Endesa (la "OPA") y, a su vez, acordaron una serie de mecanismos que les permitirían desarrollar un proyecto de gestión



compartida de Endesa en caso que la OPA obtuviera un resultado positivo.

La OPA fue autorizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España el 25 de julio de 2007. Como resultado de la OPA, Enel elevó su participación en Endesa a poco más del 67% del capital y Acciona aumentó su participación en Endesa a poco más del 25% del capital.

- 1.3 El Acuerdo Inicial incluía una serie de compromisos que determinan que Enel y Acciona ostentasen una situación de control conjunto sobre Endesa. Esta situación de control conjunto fue así declarada por las autoridades de defensa de la competencia de la Comunidad Europea (en particular, Decisión de la Comisión Europea del 5 de julio de 2007).

Por otro lado, en el Acuerdo Inicial, Enel concedió a Acciona una opción de venta de sus acciones (la "Opción de Venta"), *"anticipando los posibles conflictos de interés entre las Partes derivados de las relaciones industriales que nacerán como consecuencia de la ejecución de este contrato, eventuales Situaciones de Bloqueo, la posible frustración de la toma de Control Efectivo, la complejidad de un proceso de División y la conveniencia de que sea posible mantener la integridad empresarial de Endesa"*. En esencia, en virtud de la Opción de Venta, Acciona tenía el derecho de transmitir a Enel la totalidad de las acciones de Endesa que sean de su titularidad.



- 1.4 El 20 de febrero de 2009, Enel y Acciona -junto con sendas subsidiarias- celebraron un "Contrato de Compraventa de Acciones y Transmisión de Activos entre Acciona, Finanzas Dos, S.A., Enel, Enel Energy Europe, SrL y Endesa" (el "Contrato de Compraventa de Acciones").

En el Contrato de Compraventa de Acciones, las partes convinieron en ejercer la Opción de Venta (la "Operación"), sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas (las "Condiciones Suspensivas") enunciadas en la cláusula 9 del acuerdo. Entre las Condiciones Suspensivas figuraba, como veremos luego, la obtención de las pertinentes autorizaciones sin condiciones de "las autoridades competentes de Defensa de la Competencia, nacionales o comunitarias, que fueran necesarias" (subrayado agregado).

Por otro lado, en la cláusula 9.5 del Contrato de Compraventa de Acciones, Enel y Acciona acordaron que, una vez cumplidas las Condiciones Suspensivas (con excepción de una condición referida a temas de financiamiento), las partes fijarían la fecha en que se formalizaría la transferencia de acciones de Endesa, lo cual debería acontecer dentro de "los quince (15) días inmediatamente posteriores a la fecha en que tengan constancia del cumplimiento de todas las Condiciones Suspensivas" (énfasis y subrayado agregado).

Finalmente, en la cláusula 17.1 del Contrato de Compraventa de Acciones se estipuló que el mismo "se regirá íntegramente por la ley común española" (énfasis y subrayado agregado).



PAYET REY CAUVE

ABOGADOS

- 1.5 El 21 de abril último, Enel notificó a la Comisión la Operación, dando cumplimiento a la Ley de Concentraciones, para cuyos efectos cumplimos con acompañar copia del "Formulario Para la Notificación de Concentraciones en el Sector Eléctrico" ("Formulario de Notificación") aprobado por la Comisión. En la sección 9.2 del Formulario de Notificación, Enel informó a la Comisión que la *"fecha tope prevista para que se produzca el efectivo cumplimiento de todas las condiciones suspensivas acordadas [en el Contrato de Compraventa de Acciones] es el 20 de agosto de 2009"* (subrayado agregado).

Es de destacar que al Formulario de Notificación se acompañó una voluminosa información relativa, no solo a la Operación, sino también a las sociedades peruanas afectadas, a las sociedades extranjeras que intervinieron en la misma y a sus apoderados. Tal documentación, por ser, en ocasiones, de origen extranjero, debió traducirse al idioma castellano y legalizarse ante autoridades de otros países, procedimientos que, por lo tanto, y necesariamente, complicaron y demoraron involuntariamente la presentación de dicho Formulario de Notificación ante la Comisión.

El **2 de julio de 2009**, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió el Informe N° 029-2009/ST-CLC-INDECOPI (el "Informe"), en el cual concluye que, si bien la Operación notificada calificaba como un acto de concentración sujeto a autorización previa conforme a las disposiciones de la Ley de Concentraciones y su Reglamento, la misma *"no implica el ingreso de un nuevo agente al mercado peruano, ni la reducción de los mismos, sino el reordenamiento*



PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

*interno de la estructura de control de [Endesa, S.A.]; por lo que no existirán variaciones de las condiciones de competencia y la libre competencia al mercado". Atendiendo a ello, entre otras consideraciones, en el Informe, la Secretaría Técnica recomendó a la Comisión autorizar sin condicionamientos la Operación notificada.*

Mediante los informes 022-2009/MEM-DGE y 014-2009-OEE/OS, el Ministerio de Energía y Minas ("MINEM") y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería ("OSINERGMIN"), respectivamente, emitieron sus opiniones en relación con la Operación notificada, concluyendo ambos que el desarrollo de actividades en el sector eléctrico peruano no sería afectado por la ejecución de la misma.

Atendiendo a lo anterior, el **16 de julio de 2009**, la Comisión emitió la Resolución 058-2009/CLC-INDECOPI (la "Resolución"), por medio de la cual autorizó sin condiciones la Operación notificada. En la Resolución, la Comisión concluye lo siguiente:

*"37. (...) el cambio en el control sobre Endesa no implicaría una variación de la presencia de ésta en el mercado peruano, pues, de concretarse la operación de concentración notificada, Endesa continuaría operando a través de las mismas empresas con las que viene desarrollando actividades actualmente. En efecto, la operación de concentración notificada no implica que Endesa varíe de participación en el mercado peruano como resultado directo de la toma de control por parte de Enel.*





DAYET REY CAUVI

ABOGADOS

38. En otras palabras, la toma de control sobre Endesa por parte de Enel no implica el ingreso de un nuevo agente al mercado peruano, ni la reducción de alguno de ellos, sino el reordenamiento interno de la estructura de control de dicha empresa.

39. En consecuencia, el desarrollo del mercado eléctrico peruano no será afectado por la ejecución de la operación de control notificada."

- 1.6 En paralelo, con anterioridad a la fecha de emisión de la Resolución, se cumplieron las Condiciones Suspensivas previstas en el Contrato de Compraventa de Acciones. Como consecuencia, atendiendo a lo acordado en la cláusula 9.5 de ese acuerdo, las partes se vieron en la obligación de fijar la fecha en que se formalizaría la transferencia de acciones de Endesa, lo cual, como hemos explicado, debía acontecer dentro de "los quince (15) días inmediatamente posteriores a la fecha en que tengan constancia del cumplimiento de todas las Condiciones Suspensivas" (subrayado agregado).

Para estos efectos, el **18 de junio de 2009**, Enel y Acciona -junto con sendas subsidiarias-, anunciaron al mercado que, dando cumplimiento a lo acordado en la cláusula 9.5 del Contrato de Compraventa de Acciones, habiéndose cumplido todas las Condiciones Suspensivas del Contrato pertinentes, fijaban como fecha para la ejecución del acto jurídico de transferencia de acciones el 25 de junio de 2009 ("Fecha de Cierre").

18/06/2009  
25/06/2009

Asimismo, Enel y Acciona acordaron que en la Fecha de Cierre, se entregaría a Endesa cartas de renuncia irrevocable de todos los



miembros de los órganos de administración de "sociedades del Grupo Endesa" nombrados a instancia de Acciona.

- 1.7 Atendiendo a lo expuesto en el numeral precedente, *dado que a la Fecha de Cierre se preveía que la Comisión pudiera -pese a la evidente ausencia de efectos anticompetitivos de la Operación- agotar los plazos legalmente establecidos, y no haber autorizado la Operación notificada, y con el propósito de asegurar que la ejecución del acto jurídico de transferencia de acciones, y sus acuerdos complementarios, a llevarse a cabo 25 de junio de 2009, no produzcan efectos legales propios de una concentración, oponibles ante autoridades o terceras personas, en territorio peruano, en la sesión del Consejo Directivo de Endesa Latinoamérica, S.A. -empresa holding a través de la cual se ejerce el control indirecto en Eepsa, Edegel y Edelnor- llevada a cabo el **22 de junio de 2009** (ver Anexo 1-A), conforme consta en el acta de la referida sesión (el "Acta 127") que se copia a continuación, se discutió y se acordó lo siguiente:*

I

En cuanto a los efectos de esta operación para las filiales en Latinoamérica, se deja constancia que se encuentra en trámite la autorización de concentración solicitada por Enel en el mes de abril a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en Perú. Por tratarse de una operación de transferencia de acciones que se efectúa fuera de territorio peruano, sujeta a la ley española, la obtención de dicha autorización no es una condición necesaria para la adquisición de las acciones según el contrato celebrado entre Enel y Acciona, pero sí para que se produzcan efectos legales, oponibles ante las autoridades correspondientes o terceras personas, en territorio peruano, relacionados a la adquisición de control exclusivo por parte de Enel sobre las sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.

Atendiendo a lo expuesto, se acuerda dar inmediatas instrucciones a los representantes de Endesa Latinoamérica en las sociedades peruanas afectadas de forma que no se ejercerán actos, directos o indirectos, del control exclusivo, a través del ejercicio del derecho de voto de las acciones o de cualquier otro acto jurídico, quedando en suspenso el ejercicio del control hasta que se obtenga la referida autorización, lo que implica que, en tanto no se obtenga la referida autorización: (i) no se modificarán los órganos de administración de dichas sociedades, (ii) no se alterará la política comercial de dichas sociedades, ni (iii) en forma general se efectuará acto alguno que implique modificar la estructura de control vigente en las Sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.

- 1.8 Los días **18 y 25 de junio de 2009**, Enel, Acciona y Endesa remitieron una serie de comunicaciones a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España, dando cuenta la Fecha de Cierre, la ejecución del acto jurídico de transferencia de acciones materia del Contrato de Compraventa de Acciones y los cambios producidos en la conformación del Consejo Directivo de Endesa, las mismas que han sido incorporadas a la Notificación de Cargo.

En paralelo, el mismo día 25 de junio de 2009, Eepsa, Edegel y Edelnor comunicaron, por separado, a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores ("CONASEV"), lo acontecido en España con motivo del cierre de la operación materia del Contrato de Compraventa de Acciones (ver Anexo 1-B, Anexo 1-C y Anexo



RAVET REY CAUVI

ABOGADOS

1-D). En estas comunicaciones, que constituyen documentos de fecha cierta, expresamente se informa, atendiendo a lo instruido en el Acta 127, que "los efectos de la referida operación están sujetos a los requisitos que fuesen aplicables bajo la legislación peruana" (subrayado agregado).

1

Finalmente y contrariamente a lo que ha sucedido en Endesa y en la propia Endesa Latinoamérica, S.A., donde tras el cierre de la Operación se han producido cambios tanto en los Consejos de Administración, como en la Dirección de dichas sociedades, en ejecución de lo instruido en el Acta 127, **entre los días 25 de junio y 16 de julio último**, no se modificaron los órganos de administración de Eepsa, Edegel y Edelnor, ni se alteraron las políticas comerciales de dichas empresas ni, en general, se realizaron actos que, de modo alguno, hayan implicado la modificación de la estructura de control vigente en tales empresas antes del 25 de junio de 2009 o que puedan ser interpretados como el ejercicio de un control exclusivo sobre estas sociedades por parte de Enel (ver Anexo 1-E, Anexo 1-F y Anexo 1-G).



II. CUESTIÓN PREVIA: ¿QUÉ PROHÍBE LA LEY DE CONCENTRACIONES? ¿LA EJECUCIÓN DE ACTOS JURÍDICOS LLEVADOS A CABO EN EL EXTRANJERO Y SUJETOS A LEY EXTRANJERA O LA MATERIALIZACIÓN DE SUS EFECTOS EN TERRITORIO PERUANO?

A) Nociones Previas

A.1 Concentración y Control

2.1 La Ley de Concentraciones dispone en su artículo 1 que *"las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa (...)"* (subrayado agregado), a cargo de la Comisión.

Para delimitar los alcances de la disposición antes transcrita es necesario analizar qué se entiende por 'concentración'.

2.2 En lo que concierne al concepto de 'concentración', la doctrina especializada define este término como *"un cambio duradero en la estructura [de control] de las empresas afectadas"* (subrayado agregado),<sup>1</sup> o como *"una 'modificación de la estructura de control'"*

<sup>1</sup> BRIONES, Juan, et al. El Control de Concentraciones en la Unión Europea. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 35.



PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

*preexistente en una empresa o parte de una empresa (...) [con] carácter 'estable'" (subrayado agregado).<sup>2</sup>*

La definición de concentración antes reseñada es compartida por la Comisión. Así, por ejemplo, en el pasado, la Comisión ha considerado que una adquisición de acciones "sólo constituye una operación de concentración si produce una modificación relevante en la estructura de control de una empresa" (subrayado agregado).<sup>3</sup> Del mismo modo, la Comisión ha reconocido que, para efectos de determinar la aplicabilidad de la Ley de Concentraciones a un caso concreto "debe evaluarse si dichas operaciones ocasionaron una concentración de empresas, es decir, la modificación sustancial en la estructura de control de las empresas" (subrayado agregado);<sup>4</sup> y, que "el término concentración abarca al conjunto de operaciones (...) cuyo resultado es la adquisición por parte de una empresa del control sobre otra u otras empresas" (subrayado agregado).<sup>5</sup>

La propia Ley de Concentraciones define el concepto de concentración en su artículo 2 como "la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas" (subrayado agregado) o un acto que "confiera el control directo o indirecto de una empresa" (subrayado agregado).

<sup>2</sup> FOLGUERA Jaime y Patricia VIDAL. De las Concentraciones Económicas. En: MASSAGUER, José, et al. (Directores). Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia. Madrid: Thomson Civitas, 2008, pp. 283-284.

<sup>3</sup> Resolución N° 015-1998-INDECOPI-CLC.

<sup>4</sup> Resolución N° 012-1999-INDECOPI/CLC.

<sup>5</sup> Resolución N° 016-2002-INDECOPI/CLC.



Conforme se aprecia, tanto para la doctrina, para la Comisión como para la Ley de Concentraciones, el concepto de 'concentración' se encuentra vinculado, de manera ingénita, al concepto de 'control'. Así, por definición, **'concentración' es un cambio, duradero y permanente, en la estructura de 'control' de la empresa o empresas afectadas.**

2.3 En cuanto al concepto de 'control', para efectos de las normas de derecho de la competencia que versan sobre concentraciones, la doctrina es consistente al definir este término como *"la capacidad para ejercer una 'influencia decisiva' sobre una empresa"*,<sup>6</sup> o como *"la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa"*.<sup>7</sup>

En la jurisprudencia administrativa peruana, de manera consistente con lo señalado en la doctrina comparada, el concepto de 'control' se ha definido como la influencia preponderante y continua sobre los órganos de decisión de una persona jurídica. Para la Comisión, *"la influencia preponderante y continua que implica el control, es aquella que permite definir las decisiones que configuran la estrategia competitiva de una empresa de forma repetida en el tiempo"* la misma que puede ejercerse *"sobre las decisiones estratégicas que se adoptan en la Junta General de Accionistas, el Directorio e incluso a través de las principales Gerencias"*.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Folguera y Vidal, op. cit., p. 284.  
<sup>7</sup> Briones, et al., op. cit., p. 40.  
<sup>8</sup> Resolución N° 012-1999-INDECOPI/CLC.



Así, concordando los conceptos de 'concentraci3n' y 'control' antes explicados, tenemos que 'concentraci3n' es un cambio, duradero y permanente, en la capacidad o posibilidad para influir, de manera preponderante y decisiva, en las decisiones estrat3gicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas.

2.4 Habiendo delimitado los alcances del concepto de control, corresponde repasar brevemente qu3 decisiones estrat3gicas y comerciales suelen ser consideradas relevantes a efectos de determinar que una parte ostente el control sobre una empresa.

Al respecto, Folguera y Vidal explican lo siguiente:

*"Para que exista concentraci3n econ3mica es preciso que el control afecte a materias de la estrategia competitiva de la compa1a. Aunque esta cuesti3n debe decidirse caso por caso, normalmente se trata de decisiones sobre el nombramiento de los miembros del Consejo de Administraci3n, directivos y personal clave, aprobaci3n del presupuesto anual, plan de negocio o realizaci3n de ciertas inversiones estrat3gicas de la empresa. No es preciso que los derechos de veto afecten a todas estas materias para apreciar la existencia de control. En ocasiones es suficiente que el veto afecte s3lo a algunas de ellas, aunque no puede determinarse a priori cu3les son imprescindibles y cuales no. No obstante, en l3neas generales la capacidad para determinar el presupuesto y el plan de negocio actual, as3 como el nombramiento de directivos tiene un car3cter especialmente relevante a*





**efectos de determinar la existencia de control**" (énfasis y subrayado agregado).<sup>9</sup>

En la jurisprudencia administrativa peruana, de manera consistente con lo señalado en la doctrina comparada, la Comisión ha señalado que el control suele "ejercerse sobre las decisiones estratégicas que se adoptan en la Junta General de Accionistas, el Directorio e incluso a través de las principales Gerencias" (subrayado agregado).<sup>10</sup>

Así las cosas, si bien el ejercicio del control sobre una empresa ha de determinarse casuísticamente, por lo general, habrá control cuando una parte, o varias partes de manera conjunta, efectivamente puedan decidir autónomamente sobre el presupuesto y plan de negocios de la empresa afectada, sobre el nombramiento de sus directivos y principales gerentes o sobre la realización de inversiones de carácter estratégico para la empresa, entre otros.

## **A.2 Acto de Concentración y Operación de Concentración**

2.5 Precisos los alcances del concepto de 'concentración', veamos ahora los conceptos de 'acto de concentración' y 'operación de concentración'.

Conforme a las disposiciones de la Ley de Concentraciones, el 'acto de concentración' es todo acto, contrato o figura jurídica, con

<sup>9</sup> Folguera y Vidal, op. cit., p. 285.

<sup>10</sup> Resolución N° 012-1999-INDECOPI/CLC.



PAYET RFY CAUVI

ABOGADOS

independencia de la forma que revista, que conlleva como consecuencia una concentración, en los términos antes explicados. Así, en su artículo 2, la Ley de Concentraciones se señala lo siguiente:

*"Artículo 2.- Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes **actos**: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de **cualquier otro contrato o figura jurídica** que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación "joint venture", asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares.*

*Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro **acto, contrato o figura jurídica** incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos" (énfasis y subrayado agregado).*

A su vez, el concepto de 'operación de concentración' es, para efectos de la Ley de Concentraciones y su Reglamento, sinónimo de 'acto de concentración'. A estos efectos, en el artículo 2 inciso k) del Reglamento, se define 'operación de concentración' como



"[t]odos los actos detallados en el Artículo 2" (subrayado agregado) de la Ley de Concentraciones.

Los conceptos antes desarrollados son consistentes con el tratamiento doctrinal comparado. La doctrina define acto u operación de concentración, como "cualquier operación, con independencia de su forma jurídica, [que] conlleva una modificación estable en la estructura de control de la totalidad o parte de una empresa".<sup>11</sup>

- 2.6 Así las cosas, concordando estos conceptos con los de concentración y control antes desarrollados, ha de concluirse que un acto u operación de concentración es **el acto jurídico, con independencia de su forma, que conlleva como consecuencia un cambio, duradero y permanente, en la capacidad o posibilidad para influir, de manera preponderante y decisiva, en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas.**

#### **B) Introducción al principio de suspensión de la concentración**

- 2.7 Los regímenes de control de concentraciones económicas, basados en mecanismos de autorización previa, como es el caso de la Ley de Concentraciones, suelen consagrar entre sus disposiciones, como principio general, la suspensión de la concentración, en tanto no se haya emitido la decisión autoritativa correspondiente. Así,

<sup>11</sup> Folguera y Vidal, op. cit., p. 283.



PATEL REY CAUVE

ABOGADOS

como explican Briones, et al., comentando el régimen de control de concentraciones comunitario europeo:

*"El principio general (...) establece que no podrá llevarse a cabo una concentración ni antes de ser notificada ni hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común. Ello supone la instauración de un principio de efecto suspensivo completo mientras no haya una decisión explícita (...) o implícita (...) favorable sobre el asunto por parte de la Comisión".<sup>12</sup>*

El objetivo perseguido por esta suspensión, como explican los citados autores, es impedir "a la empresa [adquirente] **ejercer su control de manera efectiva** sin autorización de la [autoridad]" (énfasis y subrayado agregado).<sup>13</sup> De este modo se asegura que las condiciones de la competencia en el mercado no se vean afectadas sino hasta que la autoridad competente pueda evaluar apropiadamente las consecuencias de la concentración notificada.

- 2.8 En el caso peruano, la suspensión de la concentración se encuentra regulada en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento, de la siguiente manera:

**"Artículo 3.- Antes de realizar actos de concentración (...) deberá solicitarse la autorización previa (...) sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno" (subrayado agregado).**

<sup>12</sup> Briones, et al., op. cit., p. 300.

<sup>13</sup> Ibid.



PALET REY CAUVI

ABOGADOS

**"Artículo 11.- Efecto de la Notificación. Una vez notificada, la Operación de Concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente (...)" (subrayado agregado).**

Como se aprecia de la lectura concordada de las normas antes transcritas, en el Perú, la suspensión alcanza a los "actos de concentración" (artículo 3) o, lo que es lo mismo, a la "operación de concentración" (artículo 11) -es decir, como hemos explicado anteriormente, al **acto jurídico** que conlleva como consecuencia un cambio de control sobre las empresas afectadas. Estas normas disponen que, en tanto no se haya obtenido la resolución autoritativa correspondiente, tales actos jurídicos (i) "no podrán realizarse" (artículo 3) o "ser consumados" (artículo 11), ni (ii) "tendrán" (artículo 3) o alcanzarán "efecto legal alguno" oponible ante las "autoridades correspondientes o terceras Personas" (artículo 11).

2.9 Ahora bien, las normas relativas a la suspensión de la concentración suelen ser complementadas, en el derecho comparado, con dos conjuntos de disposiciones que pasaremos a explicar.

En primer lugar, es común encontrar en las normas relativas a concentraciones económicas en el derecho comparado, disposiciones que contemplan mecanismos para solicitar a las autoridades competentes el *waiver* o la dispensa de la suspensión. Como comprenderá la Comisión, el levantamiento de la suspensión



de concentración muchas veces resulta imperativo, atendiendo a que los plazos necesarios para que las autoridades estudien adecuadamente las posibles implicancias para el proceso competitivo de la autorización de la concentración, pueden resultar incompatibles, por ejemplo, con la dinámica de la ejecución de una operación que involucra múltiples jurisdicciones.

Un ejemplo típico de dispensa, explícitamente previsto tanto en la legislación sobre concentraciones económicas en la comunidad europea, así como en las legislaciones nacionales de los países miembros de la Unión Europea ("UE"), es el de las ofertas públicas de adquisición. Por lo general, todas estas legislaciones permiten al oferente obtener la dispensa y realizar los anuncios de la oferta, iniciar el plazo de aceptación e, incluso, perfeccionar la adquisición de las acciones, siempre y cuando no ejerza los derechos de voto inherentes a las acciones adquiridas o lo haga sólo para salvaguardar sus inversiones, en tanto las autoridades competentes no emitan su pronunciamiento definitivo. Así las cosas, "no es la transferencia legal de la propiedad sobre las acciones, sino el ejercicio de los derechos adheridos a tales acciones, lo que se considera constituye la implementación de la concentración" (énfasis y subrayado agregado).<sup>14</sup>

Como explican Briones, et al., el dispensar la suspensión, condicionado a que no se ejerzan los derechos de voto sobre los

<sup>14</sup> KIRCH, Pierre y Gaëlle LE BRETON. France. Ed: VERLOOP, Peter y Valérie LANDES (Eds.). Merger Control in Europe. La Haya: Kluwer Law International, 4a. ed., p. 149. Traducción libre: "...not the transfer of the legal ownership of shares, but the exercise of the rights attached to such shares, is deemed to constitute the implementation of concentration".



PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

valores adquiridos, "salvuarda básicamente el fin perseguido por el principio [de suspensión de la concentración], ya que impide a la empresa que lanza la OPA ejercer su control de manera efectiva sin autorización de la Comisión al no poder ejercitar sus nuevos derechos de voto con el fin de determinar la estrategia competitiva de la empresa objetivo" (énfasis y subrayado agregado).<sup>15</sup>

Del mismo modo, en caso de dispensas otorgadas en operaciones de concentración por mecanismos distintos a la OPA, éstas suelen ser otorgadas imponiendo al notificante condiciones prohibiéndole ejercer el control efectivo sobre la empresa afectada, o destinadas a asegurar condiciones de competencia efectiva en el mercado.<sup>16</sup>

Inexplicablemente, la Ley de Concentraciones y el Reglamento no regulan mecanismos de dispensa como los antes reseñados.

2.10 Finalmente, las normas relativas a la suspensión de la concentración suelen también ser complementadas, en el derecho comparado, con potestades sancionadoras, a cargo de las autoridades competentes, a efectos de disuadir a las empresas involucradas de llevar a cabo aquellas concentraciones que, pudieran tener efectos anticompetitivos vulnerando así el efecto de suspensión del ejercicio de control efectivo perseguido.

<sup>15</sup> Briones, et al., op. cit., p. 300.

<sup>16</sup> Ver, por ejemplo, RITTER, Lennart, et al. European Competition Law: A Practitioner's Guide. La Haya: Kluwer Law International, 2a. ed., 2000, p. 518.



En el caso de las normas sobre control de concentraciones económicas en el Perú, tales potestades, y la tipología de las conductas consideradas sancionables, se desarrollan en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones y en los artículos 30 y 34 del Reglamento, sobre los que volveremos más adelante.

(H)

**C) Los alcances extraterritoriales de las normas de derecho de la competencia**

2.11 Ahora bien, como no escapará del conocimiento de la Comisión, es un principio del *derecho consuetudinario internacional*, fundamentado en nociones elementales de soberanía, que el ámbito espacial dentro del cual han de aplicarse las consecuencias jurídicas previstas en una ley doméstica, como es el caso de la Ley de Concentraciones y su Reglamento, es, naturalmente, el territorio del país en que ésta se promulga. Es claro, por ejemplo, que las consecuencias jurídicas previstas en una ley boliviana no alcanzan a las personas ubicadas, ni a situaciones o hechos ocurridos, en el Perú, ni viceversa. Así, una ley boliviana que prohíbe la compra de cigarrillos por personas menores de 25 años, no prohíbe a una persona de 21 años adquirir cigarrillos en el Perú, ni suspende la "realización" o "consumación" de un acto jurídico consistente en la compra de cigarrillos por esta persona en el Perú.

Cuando un acto jurídico, que califica como un acto u operación de concentración, es llevado a cabo en el Perú, la aplicación del principio de suspensión previsto en la Ley de Concentraciones y su Reglamento, no reviste dificultad alguna. Conforme a este principio, por ejemplo, una fusión por absorción entre dos





sociedades independientes constituidas en el Perú dedicadas a la actividad de generación eléctrica, no podrá realizarse ni consumarse, en tanto se encuentre pendiente la respectiva autorización de concentración de la Comisión. Es decir, la eficacia del acto jurídico de fusión resultará condicionada a la obtención de un pronunciamiento autoritativo por parte de la autoridad en materia de derecho de la competencia.

La ley doméstica, sin embargo, por principio general, como hemos explicado, no tiene alcances extraterritoriales. Así, por ejemplo, una ley boliviana no podría impedir que dos sociedades constituidas en el Perú acuerden fusionarse, ni condicionar la eficacia de este acto jurídico que se llevará a cabo en el Perú.

- 2.12 La problemática de los alcances extraterritoriales de las leyes domésticas no es ajena al derecho de la competencia. Como seguro es conocido por la Comisión, las normas pioneras del derecho *antitrust* norteamericano, el *Sherman Act* y el *Clayton Act*, fueron originalmente concebidas para aplicarse a las empresas domésticas norteamericanas en sus actividades de comercio interestatal dentro de los Estados Unidos y, eventualmente, en sus actividades de comercio internacional como multinacionales, pero no para aplicarse a empresas foráneas y a los acuerdos celebrados e implementados por éstas en el extranjero. Lo que es más, durante las primeras décadas de su aplicación, las cortes norteamericanas respetaron el principio territorial de jurisdicción, tolerando las colusiones monopolísticas cuando éstas se celebraban e implementaban fuera del territorio norteamericano. Como explica Cynthia Day Wallace:



PAYET REY CALVE

ABOGADOS

"While antitrust legislation is itself an extensive subject, its primary aim is to protect competition, not to control the operations of foreign enterprises. It has, in fact, traditionally been directed by a government at its own national enterprises, whether those enterprises operate purely domestically or as multinationals (...).

It is clear, of course, that the pioneering antitrust law, the U.S. Sherman and Clayton Acts, have expressly applied to foreign as well as interstate commerce since their inception; but the control envisaged in 1890 at the time the Sherman Act was drafted, was not designed to be exercised over foreign firms but rather over U.S. firms operating in foreign markets. In the early days of the Sherman Act, the territorial principle of jurisdiction seems to have been generally respected and monopolistic collusions were treated by the U.S. legal authorities with more-or-less official indifference when arranged and implemented outside the country. (...)

[T]raditionally, antitrust legislation has largely been directed through a national legal system toward locally incorporated enterprises, be they national concerns operating domestically or multinationally, or be they affiliates of foreign-based parents, and when the laws are applied with an extraterritorial reach, that reach has normally been exercised through the home parent company to its affiliates, rather than through a foreign affiliate incorporated in the host state to its parent company abroad" (subrayado agregado).<sup>17</sup>

<sup>17</sup> WALLACE, Cynthia D. Legal Control of the Multinational Enterprise: National Regulatory Techniques and the Prospects for International Controls. Boston: Martinus Nijhoff, 1982, pp. 177-178. Traducción libre:

"Mientras que la legislación antitrust en sí misma es una materia extensa, su objetivo primario es proteger la competencia, no controlar las operaciones de empresas



PAYET REY CAUVE

ABOGADOS

2.13 Con el tiempo, la dinámica del comercio internacional condujo a las autoridades de competencia norteamericanas, y luego a las europeas, a desarrollar y adoptar principios de aplicación de las normas de competencia que, sin lesionar los principios de soberanía, prohibiendo la actuación de personas o condicionando a eficacia de actos celebrados en territorios extranjeros, le permitieran a las autoridades domésticas sancionar los efectos que tales actuaciones pudieran tener dentro de su jurisdicción. Esto es lo que comúnmente se conoce como el *effects doctrine* o la teoría de los efectos.

La aplicación de la teoría de los efectos al ámbito del derecho de la competencia fue, inicialmente, un desarrollo de las cortes norteamericanas, postulado por el célebre juez Learned Hand en el caso *Alcoa* de 1945, de la siguiente manera:

---

*extranjeras. Ha sido, por cierto, tradicionalmente dirigida por un gobierno a sus propias empresas nacionales, sea que éstas operen puramente domésticamente o como multinacionales. (...)*

*Es claro, por supuesto, que las leyes pioneras del derecho antitrust, las Sherman y Clayton Act de los EE.UU., han aplicado expresamente al comercio extranjero así como al interestatal desde su promulgación; pero el control previsto en 1890 al momento en que se redactó el Sherman Act, no fue diseñado para ser ejercido sobre empresas extranjeras sino más bien sobre empresas norteamericanas operando en mercados extranjeros. En los primeros días del Sherman Act, el principio de la territorialidad jurisdiccional fue generalmente respetado y las colusiones monopolísticas fueron tratadas por las autoridades legales norteamericanas con una indiferencia más o menos oficial cuando éstas habían sido acordadas e implementadas fuera del país. (...)*

*Tradicionalmente, la legislación antitrust ha sido principalmente dirigida a través del sistema legal nacional hacia las empresas constituidas localmente, sean éstas sociedades nacionales operando domésticamente o como multinacionales, o sean subsidiarias de empresas matrices basadas en el extranjero; y cuando las leyes son aplicadas con un alcance extraterritorial, este alcance normalmente ha sido ejercido a través de la empresa matriz doméstica a sus subsidiarias, y no a través de una subsidiaria extranjera constituida en el país anfitrión a su matriz extranjera."*



PALET REY CAUVI

ABOGADOS

"...we are not to read general words, such as those in this [Sherman] Act, without regard to the limitations customarily observed by nations upon the exercise of their powers; limitations which generally correspond to those fixed by the 'Conflict of Laws.' We should not impute to Congress an intent to punish all whom its courts can catch, for conduct which has no consequences within the United States. (...) On the other hand, it is settled law (...) that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends (...)" (subrayado agregado).<sup>18</sup>

La teoría de los efectos, como ha sido postulada para su aplicación al derecho de la competencia, deriva también de principios del derecho consuetudinario internacional que permiten a cada nación sujetar a su jurisdicción conductas que conllevan efectos suficientemente relevantes relacionados a su territorio. Así, como señalan Ritter, et al., explicando la aplicación de esta teoría al derecho de la competencia comunitario europeo:

"The 'effects doctrine' was developed principally under the antitrust laws of the United States and the Federal Republic of Germany and

<sup>18</sup> *United States v. Aluminum Company of America and others*, 44 F.Supp.97; 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). Traducción libre:

"...no hemos de leer las palabras generales, como las contenidas en el [Sherman] Act, sin considerar las limitaciones consuetudinarias observadas por las naciones al ejercer sus poderes; limitaciones que generalmente corresponden a aquellas establecidas en el 'Conflicto de Leyes'. No debemos imputar al Congreso el intento de castigar a todos aquellos que sus cortes pueden capturar, por conductas que no tienen consecuencias dentro de los Estados Unidos. (...) De otro lado, es ley establecida (...) que cualquier Estado puede imponer sanciones, incluso sobre personas que no se encuentren bajo su dominio, por conductas realizada fuera de sus fronteras, que tengan consecuencias dentro de sus fronteras, que el Estado reprime (...)"



PAVEL REY CAUVE

ABOGADOS

has gradually been adopted in Community decisions. The 'effects doctrine' holds that a state has jurisdiction to prohibit restraints of competition committed by parties located outside its territory if the restraint causes anticompetitive effects within its territory. Although it is not stated in Community legislation, the Commission has derived the effects doctrine from the territoriality principle of customary international law that permits every nation to subject to its jurisdiction conduct that bears a sufficient relationship to its territory, i.e. when it is foreseeable that it has an immediate and substantial effect in the Community" (énfasis y subrayado agregado).<sup>19</sup>

2.14 Para graficar la aplicación de la teoría de los efectos al derecho de la competencia, asumamos que tres sociedades bolivianas celebran un contrato, sujeto a la ley boliviana, por medio del cual acuerdan el precio de la soya a ser exportado al Perú. Los temas relacionados a la capacidad de tales sociedades para contratar, así como los relacionados a la validez y eficacia de las obligaciones contraídas se regirán por las disposiciones contenidas en las leyes de Bolivia. Así, en tanto tales sociedades tengan capacidad para contratar, y la ley Boliviana admita la posibilidad que se asuman obligaciones contractuales del tipo que son propias de un acuerdo

<sup>19</sup> Ritter, et al., op. cit., pp. 62-63. Traducción libre:

"La 'teoría de los efectos' fue desarrollada principalmente bajo las leyes antitrust de los Estados Unidos y de la República Federal Alemana, y ha sido gradualmente adoptada en las decisiones de la Comunidad. La 'teoría de los efectos' sostiene que un Estado tiene jurisdicción para prohibir restricciones a la competencia incurridas por partes ubicadas fuera de su territorio si tales restricciones causan efectos anticompetitivos dentro de su territorio. Pese a que no ha sido proclamada en la legislación comunitaria, la Comisión ha derivado la teoría de los efectos del principio de territorialidad del derecho consuetudinario internacional que permite a cada nación sujetar a su jurisdicción conductas que conllevan una relación suficiente a su territorio, i.e. cuando es previsible que tendrá un efecto inmediato y substancial dentro de la Comunidad".



de concertación de precios de exportación, el acto jurídico celebrado en Bolivia será válido y eficaz. A este respecto, las normas de derecho internacional privado contenidas en el Código Civil son claras en reconocer que la existencia y capacidad de las personas jurídicas de derecho privado "se rigen por la ley del país en que fueron constituidas" (artículo 2073); y, que las obligaciones contractuales "se rigen por la ley elegida por las partes" (artículo 2095).

Si bien las disposiciones de ley peruana no pueden aplicarse para determinar la capacidad para contratar de las sociedades ubicadas en Bolivia, ni la validez y eficacia de las obligaciones acordadas sujetas a la ley de Bolivia, por ser materias reservadas al *derecho privado* de ese país, conforme a la teoría de los efectos, las normas del derecho de competencia peruano, que son normas de *derecho público*, pueden sancionar los *efectos* que la ejecución de tales obligaciones puedan tener sobre las condiciones de la competencia en el Perú. Dicho de otro modo, las normas de competencia peruana no pueden impedir que tres sociedades constituidas en Bolivia acuerden concertar precios de exportación, ni condicionar de modo alguno la validez y eficacia de este acto jurídico, pero sí pueden, conforme a la teoría de los efectos, imponer sanciones a tales sociedades si la ejecución de este acto jurídico tiene efectos anticompetitivos en el mercado peruano.

2.15 La aplicación de la teoría de los efectos no es ajena al ámbito del derecho de la competencia peruano. Como recordará la Comisión, si bien el derogado Decreto Legislativo N° 701, predecesor del actual Decreto Legislativo N° 1034 ("Ley de Competencia"), no

(E)



contenía disposiciones expresas sobre la materia, la aplicación de la teoría de los efectos en derecho de la competencia peruano fue explícitamente reconocida por la Comisión en el caso *APAVIT v. Alitalia y otros*,<sup>20</sup> de la siguiente manera:

ver caso

40. (...) esta Comisión considera que se encuentra facultada para sancionar a las empresas matrices transnacionales que, directa o indirectamente (a través de sucursales o filiales), hayan incurrido en la comisión de prácticas anticompetitivas (abusos de posición de dominio o prácticas colusorias), ello siempre y cuando la conducta produzca sus efectos en perjuicio del interés económico general dentro del territorio nacional. (...)

42. La "teoría de los efectos" plantea que lo relevante para la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia son los efectos reales o potenciales que produzca o pueda producir alguna conducta o acto de las empresas, sin importar el lugar donde las mismas se encuentran constituidas o realizan sus actividades. En tal sentido, la aplicación de la legislación sobre libre competencia centra el análisis en el ámbito geográfico sobre el cual pueden tener efectos restrictivos o dañinos las prácticas o actos que realizan las empresas, independientemente de que sean nacionales o extranjeras."

Posteriormente, en junio de 2008, la aplicación de la teoría de los efectos en el ámbito del derecho de la competencia nacional fue elevada a rango de ley, mediante su expreso reconocimiento en el artículo 4 de la Ley de Competencia:

uf

<sup>20</sup> Resolución N° 043-2004-INDECOPI/CLC.



**"Artículo 4.- Ámbito de aplicación territorial.-**

*La presente Ley es de aplicación a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aún cuando dicho acto se haya originado en el extranjero."*

Sobre el particular, en la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia se justifica la consagración legislativa de la teoría de los efectos de la siguiente manera:

"La aplicación territorial de una norma suele consistir en la sujeción de una determinada conducta a la ley nacional del territorio donde aquélla ha tomado lugar. No obstante ello, en materia de defensa de la libre competencia, el ámbito de aplicación territorial se define por lo general en función a la denominada "teoría de los efectos", recogida en el artículo 4 del Proyecto. Bajo esta teoría, la Ley se aplica a todas aquellas conductas anticompetitivas que afecten la competencia en el territorio peruano, con prescindencia del lugar de su realización, que en muchos casos puede no circunscribirse a una determinada jurisdicción.

Considerando que el objeto jurídico protegido por la legislación de defensa de la competencia es el correcto funcionamiento del proceso competitivo, el test de los efectos permite reprimir precisamente aquellas prácticas que afecten la competencia en el territorio nacional, aun cuando el origen de la conducta anticompetitiva se haya dado en el extranjero."





Como se aprecia de lo explicado en la Exposición de Motivos, la teoría de los efectos no persigue sujetar o condicionar la realización de conductas llevadas a cabo el extranjero a la ley nacional, sino únicamente valorar los efectos que tales conductas puedan tener sobre la competencia en el mercado peruano.

- 2.16 Ahora bien, como es de conocimiento de la Comisión, la aplicación de la teoría de los efectos no es exclusiva a las normas de derecho de la competencia que versan sobre prácticas restrictivas y otras conductas anticompetitivas, siendo, por el contrario, también un principio que inspira las disposiciones ordenadoras del ámbito de aplicación de las normas de control de concentraciones económicas en el derecho comparado.

Como explican Briones, et al., refiriéndose al control de concentraciones en la UE:

*"...en la práctica la naturaleza extraterritorial del [Reglamento de Control de las Operaciones de Concentración entre Empresas de la Unión Europea] se deduce de los criterios que establece para determinar la extensión comunitaria de las concentraciones. Así, siempre que las operaciones alcancen los umbrales de dimensión comunitaria (...), las entidades participantes en la operación constituidas en Estados no miembros de la UE y del EEE quedarán sometidas al ámbito del Reglamento sobre concentraciones, independientemente de que tales entidades tengan o no filiales, operaciones o activos en el territorio de la UE o del EEE".<sup>21</sup>*

<sup>21</sup> Briones, et al., op. cit., p. 346.

Como se aprecia, las normas de concentraciones económicas de la Comunidad Europea resultarán de aplicación a las operaciones de concentración realizadas por sociedades foráneas a la UE, acordadas fuera del territorio de la UE, siempre que tales operaciones sean susceptibles de tener efectos dentro de la jurisdicción de la UE que revistan dimensión comunitaria.

Sobre este punto, vale la pena destacar que la extensión de la teoría de los efectos al campo de control de concentraciones empresariales, por lo demás, ha sido reconocido por la propia Comisión en *APAVIT v. Alitalia y otros*,<sup>22</sup> al postular la aplicación de esta teoría al derecho de la competencia peruano:

*"45. (...) la Comisión Europea sigue el mismo criterio de interpretación de las normas de libre competencia basado en los efectos de las conductas o actos de las empresas, tanto en el campo de las prácticas concertadas o de abuso de posición de dominio contenidas en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma como en lo que se refiere al Reglamento de Control de Concentraciones que recoge la doctrina de los efectos en sus considerandos (...)" (énfasis y subrayado agregado).*

2.17 En lo que concierne específicamente a las normas de control de concentraciones peruanas, hemos de recordar que en el artículo 9 de la Ley de Concentraciones se dispone lo siguiente:

<sup>22</sup> Resolución N° 043-2004-INDECOPI/CLC.



"Artículo 9.- Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional" (subrayado agregado).

La norma antes transcrita sujeta a los actos de concentración realizados en el extranjero por sociedades que no están constituidas en territorio peruano, a los mecanismos de autorización previa domésticos, en tanto tales actos sean susceptibles de tener por efecto alterar el control sobre empresas que realizan actividades dentro del Perú.

Nótese que el artículo 9 en cuestión expresamente alude a 'actos de concentración', es decir, a los actos jurídicos que conllevan como efecto un cambio de control sobre las empresas afectadas. El hecho que estos actos jurídicos celebrados en el extranjero tengan efectos de concentración sobre empresas ubicadas en el Perú, determina que se gatille la obligación de notificar tal concentración, solicitando su autorización ante las autoridades nacionales. No obstante, esto último no extiende la aplicación territorial de Ley de Concentraciones y su Reglamento, ni la competencia de la Comisión, al ámbito de la jurisdicción extranjera en la que se lleva a cabo el acto. El acto de concentración, como acto jurídico, se registrará en todo lo concerniente a su celebración, validez y eficacia, por las normas de derecho privado que resulten aplicables conforme a la ley del lugar de su celebración. De manera consistente con la aplicación de la teoría de los efectos, la



Comisión únicamente resultará competente para conocer, y eventualmente autorizar, condicionar o impedir, los efectos que el acto de concentración pudiera tener en el Perú.

Lo explicado en el párrafo anterior ha sido expresamente reconocido por la propia Comisión, tanto en jurisprudencia administrativa relacionada a la aplicación de la Ley de Concentraciones, así como en documentos institucionales públicamente difundidos. Así, en la "Memoria Anual de la Comisión de Libre Competencia" del año 1999, resumiendo los criterios interpretativos desarrollados durante aquel año, la Comisión explica lo siguiente:

"El artículo 9 de la Ley 26876 establece que, se encuentra comprendidos dentro del ámbito de esta Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucran directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional. Por lo tanto, **es obvio que la norma no extiende la jurisdicción de la Comisión de Libre Competencia al ámbito internacional**, sin embargo se refiere la concentración de empresas eléctricas peruanas que pudieran ser consecuencia de operaciones realizadas en el extranjero, **limitando la aplicación de la Ley a las consecuencias de dichas operaciones en el territorio nacional**" (énfasis y subrayado agregado).

El criterio reseñado anteriormente, fue postulado por la Comisión con motivo de la tramitación del procedimiento de autorización



previa sujeto a la Ley de Concentraciones tramitado bajo los números de expediente 002-99-CLC y 003-99-CLC. En la resolución que autorizó la operación materia del referido procedimiento,<sup>23</sup> la Comisión señaló lo siguiente:

"21. Al respecto, el artículo 9 de la Ley 26876 establece lo siguiente: 'Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades (...) el territorio nacional. (...)'

Como se advierte, dicha norma no extiende la jurisdicción de la Comisión de Libre Competencia al ámbito internacional, sino que se refiere únicamente a la concentración de empresas eléctricas peruanas que pudiera ser consecuencia de operaciones realizadas en el extranjero, limitando la aplicación de la Ley a las consecuencias de dichas operaciones en el territorio nacional" (énfasis y subrayado agregado).

De lo anterior, se desprende con nitidez que, para la Comisión, "es obvio" que el artículo 9 en referencia no pretende extender las consecuencias jurídicas previstas en las disposiciones de la Ley de Concentraciones a operaciones llevadas a cabo en territorio extranjero, reconociendo, por lo demás, que la Comisión no tiene competencia o potestad jurisdiccional extraterritorial o internacional. En estricto, el artículo 9 comentado únicamente postula la aplicación de la teoría de los efectos para delimitar qué operaciones llevadas a cabo en el extranjero han de requerir

<sup>23</sup> Resolución N° 012-1999-INDECOPI/CLC.



autorización en el Perú -esto es, aquellas operaciones que puedan tener por efecto una concentración sobre empresas que operan en el Perú o, lo que es lo mismo, que puedan tener por efecto un cambio, duradero y permanente, en la capacidad o posibilidad para influir, de manera preponderante y decisiva, en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de tales empresas afectadas.

**D) La correcta interpretación de los alcances de la suspensión de la concentración decretada en la Ley de Concentraciones y su Reglamento**

2.18 Resumiendo lo visto hasta el momento, tenemos lo siguiente:

- a) La Ley de Concentraciones sujeta las concentraciones que se produzcan sobre empresas que realizan actividades de generación, transmisión o distribución eléctrica en el mercado peruano a un procedimiento de autorización previa a cargo de la Comisión.
- b) Conforme a la Ley de Concentración y su Reglamento, los conceptos de 'acto de concentración' y 'operación de concentración' son sinónimos. El acto u operación de concentración es el acto jurídico, con independencia de su forma, que conlleva como consecuencia un cambio, duradero y permanente, en la capacidad o posibilidad para influir, de manera preponderante y decisiva, en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas.



PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

- c) Por lo general, tal capacidad o posibilidad para influir, de manera preponderante y decisiva, en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas se verificará cuando una parte, o varias partes de manera conjunta, efectivamente puedan decidir autónomamente sobre el presupuesto y plan de negocios de la empresa afectada, sobre el nombramiento de sus directivos y principales gerentes o sobre la realización de inversiones de carácter estratégico para la empresa, entre otros.
- d) Una vez notificado el acto de concentración a la Comisión para su autorización, la Ley de Concentraciones insta, como regla general, la suspensión de la concentración, en tanto no se haya emitido la decisión autoritativa correspondiente. El objetivo perseguido por esta suspensión no es otro más que disuadir a la empresa notificante de ejercer, de manera efectiva, el control a ser adquirido, sin la autorización correspondiente por parte de la Comisión, en previsión de que pudieran eventualmente existir efectos anticompetitivos en la operación. De este modo se pretende que las eventuales condiciones adversas a la competencia en el mercado no desplieguen sus efectos sin que la Comisión haya evaluado apropiadamente las consecuencias de la concentración notificada y en su caso, las medidas paliativas.
- e) Sin perjuicio de lo anterior, es claro que las disposiciones de la Ley de Concentración y su Reglamento, como regla general, no tienen alcances extraterritoriales, aplicándose las consecuencias jurídicas previstas en las mismas a situaciones o hechos



PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

ocurridos en el Perú. Así, las disposiciones de ley peruana no pueden aplicarse a materias reservadas al derecho privado extranjero, como, por ejemplo, a la determinación de la capacidad para contratar de sociedades ubicadas en el extranjero o a determinación de la validez y eficacia de las obligaciones acordadas sujetas a la ley extranjera.

- f) No obstante lo anterior, conforme a la teoría de los efectos, de aplicación tanto para las disposiciones del derecho de la competencia que versan sobre prácticas restrictivas y monopólicas, como a las que versan sobre el control de concentraciones económicas, la ley peruana sí puede aplicarse para verificar los efectos que la ejecución de obligaciones contraídas en el extranjero, por personas extranjeras, puedan tener sobre las condiciones de la competencia en el Perú.
- g) La teoría de los efectos inspira las disposiciones referentes al ámbito de aplicación de las normas de control de concentraciones económicas peruanas. En particular, el artículo 9 de la Ley de Concentraciones sujeta a los actos de concentración realizados en el extranjero, por sociedades que no están constituidas en territorio peruano, a los mecanismos de autorización previa domésticos, en tanto tales actos sean susceptibles de tener por efecto alterar el control sobre empresas que realizan actividades dentro del Perú.
- h) La Comisión ha sido, en el pasado, explícita en reconocer que "es obvio" que el artículo 9 de la Ley de Concentraciones antes aludido no pretende extender las consecuencias jurídicas





previstas en las disposiciones de esta ley a operaciones llevadas a cabo en territorio extranjero, reconociendo, por lo demás, que la Comisión no tiene competencia o potestad jurisdiccional extraterritorial o internacional. En estricto, el artículo 9 en referencia únicamente postula la aplicación de la teoría de los efectos para delimitar qué operaciones llevadas a cabo en el extranjero han de requerir autorización en el Perú -esto es, aquellas operaciones que constituyan un 'acto de concentración' sobre empresas que operan en el Perú.

2.19 Hechas estas precisiones, veamos nuevamente cómo se encuentra regulada la suspensión de la concentración en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento:

**"Artículo 3.-** Antes de realizar actos de concentración (...) deberá solicitarse la autorización previa (...) sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno" (subrayado agregado).

**"Artículo 11.-** Efecto de la Notificación. Una vez notificada, la Operación de Concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente (...)" (subrayado agregado).

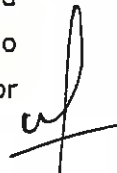
Como se aprecia de la lectura concordada de las normas antes transcritas, en el Perú, la suspensión decretada en la Ley de Concentraciones y su Reglamento alcanza a los "actos de concentración" (artículo 3 de la Ley de Concentraciones) o, lo que es lo mismo, a la "operación de concentración" (artículo 11 del

Reglamento) -es decir, al **acto jurídico** que conlleva como consecuencia un cambio de control sobre las empresas afectadas.

Ahora bien, como hemos visto ya, las disposiciones de una ley doméstica no pueden aplicarse a la determinación de la validez y eficacia de las obligaciones acordadas sujetas a una ley extranjera, ni, por consiguiente, impedir o condicionar, de modo alguno, la realización de un acto jurídico sujeto a ley extranjera. Así las cosas, debe resultar evidente que la suspensión de la obligación regulada en la Ley de Concentraciones y su Reglamento no persigue impedir, condicionar o suspender la posibilidad de que un acto de concentración u operación de concentración llevado a cabo en el extranjero sea, jurídicamente, consumado.

No obstante lo anterior, conforme se aprecia de la lectura literal de las normas antes trascritas, en éstas se dispone, en primer término, que, en tanto no se haya obtenido la resolución autoritativa correspondiente, tales actos jurídicos "*no podrán realizarse*" (artículo 3 de la Ley de Concentraciones) o "*ser consumados*" (artículo 11 del Reglamento).

Observamos, pues, que la consecuencia jurídica de las normas domésticas que decretan la suspensión de la concentración, *aparentemente* contradicen el principio general de la territorialidad de la aplicación de las leyes propio del derecho consuetudinario internacional. Esta aparente contradicción exige del operador jurídico efectuar una labor de interpretación jurídica.





2.20 Como es de conocimiento de la Comisión, la *"teoría general de la interpretación jurídica (...) es la parte de la Teoría General del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma"*.<sup>24</sup>

La labor de interpretación de las normas que regulan la suspensión de la concentración en el Perú exige tener presente que el Derecho, o el sistema jurídico, es un sistema estructural, y no un mero agregado de normas atomizadas independientes unas de otras. Como explica Marcia Rubio, *"[l]a normatividad sistémica del ordenamiento jurídico, consiste en considerar al Derecho como un sistema y a este como un conjunto de partes interrelacionadas y que rigen su relación por principios comunes. En el Derecho como sistema las diversas normas son consonantes entre sí y trabajan armónicamente"*.<sup>25</sup>

Por lo demás, hemos de recordar que, partiendo de reconocer que el ordenamiento jurídico es una unidad armónicamente ordenada, el Tribunal Constitucional ha establecido que el ordenamiento tiene vocación de coherencia, lo que exige que las normas que lo conformen guarden una relación de compatibilidad entre sí. El principio de coherencia normativa, conforme ha sido enunciado por el Tribunal Constitucional *"alude a la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión*

<sup>24</sup> RUBIO, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 5a. ed., 1991, p. 264.

<sup>25</sup> RUBIO, Marcial. La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 111.

*axiológica, ideológica, lógica, etc., entre los deberes y derechos asignados; amén de las competencias y responsabilidades establecidas que derivan del plano genérico de las normas de un orden constitucional".<sup>26</sup>*

Lo explicado anteriormente implica tener presente que la interpretación de las disposiciones de la Ley de Concentraciones y su Reglamento ha de efectuarse de *manera sistemática*, buscando darle coherencia a disposiciones normativas que en apariencia son contradictorias, partiendo de la premisa central que, en su conjunto, todas las normas integran un sistema que funciona en armonía o que debe tender a la armonía, y que debe estar libre de contradicciones o redundancias. Como explica Claude Du Pasquier, el método sistemático de interpretación, "*dirige su atención sobre el vínculo que reúne todas las reglas y las instituciones en un todo coherente; ella aclara la disposición legal cuya interpretación se busca por los principios más generales bajo el imperio de los cuales la coloca el sistema*".<sup>27</sup>

En este sentido, lo que no puede hacer el intérprete es dar sentido a las normas de forma aislada, porque ello podría implicar otorgarle a una norma un significado que, pese a mostrarse lógico para resolver el caso concreto, colisione con otras normas integrantes del mismo sistema. Como ha señalado Kelsen, este tipo de colisiones o contradicciones no deben presentarse, puesto

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006, emitida en el Expediente N° 047-2004-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Gobierno Regional de San Martín en contra de la Ley N° 27971.

<sup>27</sup> DU PASQUIER, Claude. Introducción al Derecho. Lima: Ediciones y Distribuciones Justo Valenzuela, 1983, p. 113.

que "una ciencia normativa no puede admitir la contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema".<sup>28</sup>

- 2.21 A la luz de lo explicado, veamos nuevamente cómo se encuentra regulada la suspensión de la concentración en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento:

**"Artículo 3.-** *Antes de realizar actos de concentración (...) deberá solicitarse la autorización previa (...) sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno" (subrayado agregado).*

**"Artículo 11.-** *Efecto de la Notificación. Una vez notificada, la Operación de Concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente (...)" (subrayado agregado).*

Nótese en esta ocasión que tanto en el artículo 3, como en el artículo 11, antes transcritos, el legislador ha reconocido dos consecuencias legales distintas, a la suspensión de la concentración decretada. Así, en el artículo 3 se señala que una vez solicitada la autorización del acto de concentración (i.e., una vez notificado el acto de concentración a la Comisión), y en tanto no sea aprobado, el acto, por un lado, (i) no podrá realizarse, y, por otro, (ii) no tendrá efecto legal alguno. Del mismo modo, en el artículo 11 se señala que una vez notificada la operación, o el acto de concentración, y en tanto no se dicte la resolución autoritativa, la operación, por un lado, (i) no podrá ser consumada, y, por otro

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Eudeba, 2005, p.126.



(ii) no alcanzará efecto legal alguno, oponible ante las autoridades o terceras personas.

Así, tenemos que la primera consecuencia legal de la suspensión de la concentración es la prohibición legal de la "realización" o "consumación" del acto de concentración. Como consecuencia del hecho de notificar el acto de concentración, la ley impone una especie de obligación legal de no hacer, que impide al notificante perfeccionar (e.g., realizar o consumir) el acto jurídico en cuestión.

La segunda consecuencia legal de la suspensión de la concentración decretada en los artículos 3 y 11 en referencia, se refiere a la privación de los posibles efectos del acto jurídico. En buena cuenta, estas normas disponen que de perfeccionarse el acto jurídico de la concentración, éste no surtirá efectos legales en territorio nacional, oponibles ante las autoridades o terceras personas.

Ahora bien, si la suspensión de la concentración decretada conlleva como primera consecuencia la prohibición de la posibilidad de perfeccionar el acto de concentración, todo acto jurídico perfeccionado en contravención de esta norma resultaría, por las normas generales que regulan el acto jurídico en general, ineficaz (e.g., por ser contrario a una norma de orden público). Siendo ello así, lo señalado a continuación en los artículos 3 y 11, en el sentido que el acto perfeccionado no surte efectos legales, aparentaría resultar *redundante*, pues por definición, tratándose de un acto ineficaz, el mismo no tendría efectos legales oponibles ante



autoridades o terceras personas. La redundancia, sin embargo, como hemos visto, no es admisible en un sistema jurídico, concebido como un sistema estructural y coherente.

2.22 Así las cosas, la Comisión ha de tener presente que la interpretación sistemática de la suspensión de la concentración dispuesta en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento necesariamente impone tres exigencias en el intérprete.

Por un lado, ha de salvaguardarse el principio general de la territorialidad de la aplicación de las leyes propio del derecho consuetudinario internacional, por ser éste un principio de alcance general, aplicable a todo conjunto normativo. Dicho de otro modo, la correcta lectura de los artículos 3 y 11 antes referidos no puede ser que éstos persiguen impedir, condicionar o suspender la posibilidad de que un acto de concentración u operación de concentración llevado a cabo en el extranjero sea, jurídicamente, consumado, pues ello implicaría reconocerle a la Ley de Concentraciones y a su Reglamento alcances jurisdiccionales internacionales extraterritoriales, e indirectamente reconocerle a la Comisión una competencia en el ámbito internacional, que la propia Comisión ha -correctamente- reconocido "es obvio" no puede ostentar.

Por otro lado, la interpretación sistemática de la suspensión de la concentración dispuesta en los artículos 3 y 11 en cuestión, ha de efectuarse dotando de sentido las dos consecuencias jurídicas contenidas en estas normas, de modo que no resulten



redundantes entre sí. Si estas normas disponen la ineficacia de un acto jurídico, resulta ocioso que a su vez dispongan que el mismo acto jurídico no surte efectos legales.

Por último, toda interpretación de lo dispuesto en los artículos 3 y 11 en referencia ha de resultar compatible y lógicamente coherente con los principios y conceptos contenidos en las restantes disposiciones de la Ley de Concentraciones y su Reglamento y que, en general, inspiran y subyacen a todo régimen de control de concentraciones económicas.

- 2.23 Conforme a lo explicado en los numerales precedentes, confiamos en que la Comisión coincidirá con nosotros en concluir que, sistemáticamente, la estricta interpretación de lo dispuesto en los artículos 3 de la Ley de Concentraciones y 11 del Reglamento implica reconocer que estas normas prevén dos consecuencias jurídicas independientes para dos supuestos de hechos diferentes.

Por un lado, la consecuencia legal consistente en la prohibición legal de la "realización" o "consumación" del acto de concentración únicamente es de aplicación a los actos jurídicos de concentración que se llevan a cabo en el Perú, sujetos a la ley peruana. Y ello necesariamente es así, en tanto que, como hemos visto, la ley doméstica no puede aplicarse a la determinación de la validez y eficacia de las obligaciones acordadas sujetas a una ley extranjera, ni, por consiguiente, impedir o condicionar, de modo alguno, la realización de un acto jurídico sujeto a ley extranjera. Por lo mismo, la obligación legal de no hacer implícita en la prohibición legal de la "realización" o "consumación" del acto de concentración,





PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

prevista en los artículos 3 y 11 antes aludidos, *únicamente* puede aplicarse a actos jurídicos a ser perfeccionados en el Perú, como sería el caso, por ejemplo, de una compra de acciones en virtud de una OPA lanzada en la Bolsa de Valores de Lima o una fusión entre dos empresas constituidas en el Perú.

De otra parte, la consecuencia legal consistente en la privación de los posibles efectos del acto jurídico de concentración perfeccionado antes de la emisión de la resolución autoritativa correspondiente, resultaría de aplicación a los actos jurídicos de concentración perfeccionados en el extranjero. Como hemos anticipado, interpretar que esta consecuencia jurídica es aplicable a los actos de concentración realizados en el Perú, en contravención de la prohibición legal de "realizar" o "consumar" el acto de concentración, resultaría redundante, en tanto que este acto, por su naturaleza, ya es ineficaz. Interpretar, por el contrario, que lo que la Ley de Concentraciones y su Reglamento persiguen es privar de efectos al acto jurídico de concentración perfeccionado en el extranjero resulta plenamente consistente con la aplicación de la teoría de los efectos que inspira el derecho de la competencia en general. Conforme a ésta, el acto jurídico de concentración perfeccionado en el extranjero, será válido y eficaz en el extranjero, conforme a las normas extranjeras que le resulten aplicables, pero en el Perú, dicho acto no podrá surtir sus efectos, y por tanto resultará inoponible ante las autoridades y terceras personas en el Perú, en tanto la Comisión no haya verificado que resulta compatible con el proceso competitivo en territorio peruano.



PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

De esta forma, sistemáticamente, la estricta manera de leer lo dispuesto en los artículos 3 de la Ley de Concentraciones y 11 del Reglamento es como sigue:

**"Artículo 3.-** *Antes de realizar actos de concentración (...) deberá solicitarse la autorización previa (...) sin cuya aprobación no podrán realizarse [un acto de concentración sujeto a ley peruana], ni tendrán efecto legal alguno [un acto de concentración sujeto a ley extranjera]"*.

**"Artículo 11.-** *Efecto de la Notificación. Una vez notificada, [la Operación de Concentración sujeta a ley peruana] no podrá ser consumada ni [la Operación de Concentración sujeta a ley extranjera podrá] alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente (...)"*.

- 2.24 La interpretación sistemática de los artículos 3 de la Ley de Concentraciones y 11 del Reglamento postulada en el numeral precedente cumple las tres exigencias reseñadas en el numeral 2.22 precedente.

En efecto, como apreciará la Comisión, al sujetar únicamente a los actos jurídicos de concentración que se lleven a cabo en el Perú, sujetos a la ley peruana, a la prohibición legal de la "realización" o "consumación" del acto de concentración, se salvaguarda el principio general de la territorialidad de la aplicación de las leyes propio del derecho consuetudinario internacional. Así, se asegura no reconocerle a la Ley de Concentraciones y a su Reglamento



PAYET REY CALVI

ABOGADOS

alcances jurisdiccionales internacionales, e indirectamente reconocerle a la Comisión una competencia en el ámbito internacional, que la propia Comisión ha -correctamente- reconocido en el pasado "es *obvio*" no puede ostentar. La Ley de Concentraciones peruana, simplemente, no puede prohibir la realización de un acto jurídico de fusión a ser llevado a cabo en Bolivia, del mismo modo como la ley boliviana no puede prohibir el acto jurídico de venta de cigarrillos a un menor de 25 años en el Perú.

En segundo lugar, la interpretación sistemática postulada dota de sentido pleno a las dos consecuencias jurídicas contenidas en las normas interpretadas, de modo que no resulten redundantes entre sí. Estando ya el acto jurídico de concentración sujeto a ley peruana prohibido de "realizarse" o "consumarse", su perfeccionamiento en contravención de esta prohibición determinará la ineficacia del acto, no siendo necesario que las normas redunden en establecer que el mismo no surtirá efectos legales en el Perú. Por el contrario, siendo que no existe impedimento legal alguno para que el acto jurídico de concentración sujeto a ley extranjera puede ser "realizado" o "consumado", en caso de perfeccionarse éste en el extranjero, la segunda consecuencia prevista en la ley peruana resulta perfectamente comprensible, persiguiendo asegurar que los efectos de dichos actos no puedan ser opuestos en el Perú.

Por último, la interpretación sistemática de los artículos 3 y 11 en referencia resulta plenamente compatible y lógicamente coherente con los principios y conceptos contenidos en las restantes



**PAYET REY CAUVI**

ABOGADOS

disposiciones de la Ley de Concentraciones y su Reglamento y que, en general, inspiran y subyacen a todo régimen de control de concentraciones económicas.

Como hemos explicado, el objetivo perseguido por la suspensión de la concentración no es otro más que disuadir a la empresa notificante de que ejerza el control a ser adquirido, de manera efectiva, sin la autorización correspondiente por parte de la Comisión, a efectos de asegurar que las condiciones de la competencia en el mercado no se vean afectadas en forma adversa sino hasta que la Comisión pueda evaluar apropiadamente las consecuencias de la concentración notificada. Este objetivo se ve plenamente resguardado con la interpretación sistemática postulada.

Así, si bien la ley peruana no puede prohibir ni impedir el perfeccionamiento de un acto jurídico en el extranjero, en aplicación de la teoría de los efectos, la ley peruana sí puede desconocer los potenciales efectos que dicho acto pueda acarrear en territorio peruano. Por ello, en tanto se encuentre pendiente la autorización de la Comisión, los efectos del acto de concentración realizado en el extranjero no serán oponibles ni ante las autoridades, ni ante terceras personas, en el Perú, asegurando que las condiciones de la competencia en el mercado no se vean afectadas en el ínterin.



PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

### III. FUNDAMENTOS DE DESCARGO

#### A) El tipo imputado: Infracción a la suspensión en la Ley de Concentraciones y su Reglamento

3.1 En la Notificación de Cargo se imputa a nuestra empresa lo siguiente:

*"...haber realizado el acto de concentración notificado a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, luego de presentada su solicitud el 21 de abril de 2009 pero antes de la decisión de la Comisión, hecho que verificaría el supuesto de infracción administrativa contemplado en el artículo 6 de la Ley 26876 y susceptible de sanción conforme a lo establecido en ese mismo dispositivo legal" (subrayado agregado).*

Como apreciamos, el tipo sancionador imputado es el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, el cual se transcribe a continuación:

**"Artículo 6.- (...)**  
*[L]a Comisión podrá imponer multas (...) a las personas o empresas (...) que: (...) lleven a cabo [el acto de concentración] luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal (...)"*

3.2 A efectos de poder efectuar nuestros descargos con relación a la infracción imputada, resulta necesario, ante todo, esclarecer el supuesto fáctico del tipo sancionador cuya infracción se nos atribuye. Éste, como hemos visto, impone la consecuencia jurídica

de la sanción administrativa "a las personas o empresas (...) que: (...) lleven a cabo [el acto de concentración]" luego de notificada una operación de concentración, pero antes que la Comisión emita una decisión al respecto.

Como hemos adelantado en el numeral 2.11 precedente, en el derecho comparado, las normas relativas a la suspensión de la concentración suelen ser complementadas con potestades sancionadoras, a cargo de las autoridades competentes, a efectos de disuadir a la empresa notificante de ejercer el control a ser adquirido, de manera efectiva, sin la autorización correspondiente por parte de la Comisión, en previsión de que pudieran eventualmente existir efectos anticompetitivos en la Operación. El artículo 6 de la Ley de Concentraciones, precisamente, persigue esta finalidad. Así las cosas, la correcta interpretación, y delimitación, del supuesto de hecho contenido en este tipo sancionador, han de efectuarse a la luz de lo dispuesto en las normas de la Ley de Concentraciones y del Reglamento que, precisamente, versan sobre la suspensión de concentración que se persigue garantizar.

Hemos desarrollado ya, en extenso, la manera correcta y estricta de leer lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento, desde una perspectiva sistemática que garantice salvaguardar el principio general de la territorialidad de la aplicación de las leyes propio del derecho consuetudinario internacional, que asegure que las consecuencias previstas en estas normas no resulten redundantes y que guarde armonía con los principios y conceptos contenidos en las restantes



PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

disposiciones de la Ley de Concentraciones y su Reglamento y que, en general, inspiran y subyacen a todo régimen de control de concentraciones económicas. Así las cosas, sistemáticamente, la correcta manera de leer lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento es que estas normas prevén dos consecuencias jurídicas independientes para dos supuestos de hecho distintos, como sigue:

**"Artículo 3.-** *Antes de realizar actos de concentración (...) deberá solicitarse la autorización previa (...) sin cuya aprobación no podrán realizarse [un acto de concentración sujeto a ley peruana], ni tendrán efecto legal alguno [un acto de concentración sujeto a ley extranjera]".*

**"Artículo 11.-** *Efecto de la Notificación. Una vez notificada, [la Operación de Concentración sujeta a ley peruana] no podrá ser consumada ni [la Operación de Concentración sujeta a ley extranjera podrá] alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente (...)".*

- 3.3 Del mismo modo, para mantener la coherencia interna entre la potestad sancionadora contenida en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, y las disposiciones de la Ley de Concentraciones y del Reglamento que aquella persigue garantizar, la premisa fáctica del tipo infractor, consistente en "llevar a cabo el acto de concentración", debe ser interpretada de modo que comprenda los dos supuestos de hechos regulados en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento.



Así, en el caso de actos jurídicos de concentración que se llevan a cabo en el Perú, sujetos a la ley peruana, "llevar a cabo el acto de concentración" ha de entenderse como el perfeccionamiento del acto o, en los términos de las normas en referencia, como la "realización" o "consumación" del acto de concentración.

De otra parte, en el caso de actos jurídicos de concentración que se llevan a cabo en el extranjero, sujetos a la ley extranjera, "llevar a cabo el acto de concentración" ha de entenderse como la *implementación de los efectos del acto jurídico de concentración en territorio peruano*, o lo que es lo mismo, *la implementación de actos que permitan, de manera efectiva, influir en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas. Este último supuesto es el que resulta relevante para el caso que nos ocupa.*

3.4 Respetuosamente, creemos que el artículo 6 de la Ley de Concentraciones **no puede** ser interpretado para sostener que resulta punible en el Perú el mero hecho de perfeccionar, en el extranjero, un acto jurídico de concentración sujeto a la ley extranjera, sin considerar si éste ha surtido o no efectos en el territorio nacional (más aún, a sabiendas que el mismo carece de efectos anticompetitivos, como la propia Comisión ha declarado en la Resolución). Ello, no sólo creemos resultaría a todas luces asistemático, y contradictorio con las disposiciones de una Ley de Concentraciones que no prohíben, ni persiguen impedir o condicionar, de modo alguno, la realización de un acto jurídico sujeto a ley extranjera, como se ha explicado en extenso







anteriormente; sino que lesionaría los principios básicos ordenadores del derecho administrativo en general y del derecho administrativo sancionador, en particular, conforme se desarrollará brevemente a continuación.

- 3.5 Sobre el particular, hemos de recordar, en primer lugar, que en el artículo IV de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (la "LPAG"), se enuncian los principios fundamentales sobre los que se sustenta el derecho administrativo peruano en general. Entre estos principios, en el numeral 1.4 del referido artículo IV se proclama el principio de razonabilidad o de proporcionalidad, de la siguiente manera:

**"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

*1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)*

**1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (...)** (énfasis y subrayado agregado).

Explicando los alcances de este principio del derecho administrativo, Jorge Danós señala que "[e]l principio de razonabilidad, también conocido como proporcionalidad en otros



ordenamientos, postula la adecuación entre medios y fines, de modo que la Administración Pública no debe imponer ninguna carga, obligación, sanción o prestación más gravosa que la que sea indispensable para cumplir con las exigencias del interés público" (énfasis y subrayado agregado).<sup>29</sup>

I

Del mismo modo, Ariño explica que las potestades de intervención gubernamental dentro de una economía social de mercado deben ser siempre respetuosas de los diversos derechos reconocidos a los particulares.<sup>30</sup> En tal sentido, concluye el citado autor, los supuestos de intervención gubernamental son admisibles sólo en la medida en que, siendo absolutamente necesarios, se respeten los derechos fundamentales de las personas.<sup>31</sup>

En la misma línea de los autores antes citados, Rolf Stober manifiesta que en una economía social de mercado "...el Estado garantiza la libertad de las personas, interviniendo en el desarrollo económico sólo en la medida que lo hace necesario la justicia social. La máxima es, pues: 'el máximo de libertad posible; medidas de coacción sólo en tanto sean necesarias'".<sup>32</sup> Esta máxima resume la esencia del principio de razonabilidad o proporcionalidad, traducándose en la exigencia de que toda medida intervencionista del Estado necesariamente reúna las siguientes características, sin las cuales tal medida no podría ser considerada válida:



<sup>29</sup> DANOS, Jorge. Comentarios al Proyecto de la Nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. En: Themis - Revista de Derecho, N° 39, 1999, p. 240.

<sup>30</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economía y Estado. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 70.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> STOBER, Rolf. Derecho Administrativo Económico. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid: MAP, 1992, p. 51.



- Debe ser adecuada: Como señala la doctrina, "[a]decuada es una medida cuando el fin que se pretende, objeto de regulación de la medida, es de posible consecución mediante aquélla (...) [i]nade cuadas son, así, las medidas cuyo cumplimiento no es posible jurídica o efectivamente".<sup>33</sup>
- Debe ser necesaria: Ello significa que la medida ha de dictarse "...ya que no puede dictarse en el caso concreto una medida menos gravosa".<sup>34</sup>
- Debe ser proporcional: La medida será desproporcionada cuando "...limita la libertad de una forma excesiva o no justificada en el fin que se pretende".<sup>35</sup>

En el caso que nos ocupa, la observancia del principio de razonabilidad o proporcionalidad exige que, al momento de interpretar y delimitar el supuesto de hecho contenido en el tipo sancionador del artículo 6 de la Ley de Concentraciones cuya infracción se nos ha imputado, la Comisión no pierda de vista que esta potestad sancionadora persigue, *fundamentalmente*, coadyuvar a alcanzar el objetivo perseguido por la suspensión de la concentración dispuesta en el artículo 3 de la mencionada ley y en el artículo 11 del Reglamento. Hemos ya visto que el objetivo de estas disposiciones no es otro más que disuadir a las empresas notificantes de un acto de concentración de *ejercer el control a ser adquirido, de manera efectiva*, sin la autorización correspondiente

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Op. cit., p. 92.



por parte de la Comisión, en previsión de que pudieran eventualmente existir efectos anticompetitivos en la Operación.

Teniendo en claro cuál es el objetivo perseguido por las normas cuya fiscalización se encuentra a cargo de la Comisión, al dotar de contenido de los alcances de su potestad sancionadora, la Comisión debe preferir, *obligatoriamente*, la interpretación que resulte (i) estrictamente necesaria para cautelar este objetivo y, a su vez, sea (ii) la menos gravosa para las libertades de los administrados.

Por lo mismo, en el caso que nos ocupa, si la tutela de la suspensión de la concentración dispuesta en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento se ve satisfecha asegurando que el acto jurídico de concentración perfeccionado en el extranjero no haya surtido los efectos propios de una concentración en territorio peruano, resultaría a todas luces desproporcionado e irrazonable interpretar, de manera más gravosa para el administrado, que conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones resulta punible en el Perú el mero hecho de perfeccionar, en el extranjero, un acto jurídico de concentración sujeto a la ley extranjera.

- 3.6 En lo que concierne a los principios ordenadores del derecho administrativo sancionador en particular, como es de conocimiento de la Comisión, la facultad con la que cuenta la administración de determinar la existencia de responsabilidad administrativa y de sancionar a quienes hubieran incurrido en ese tipo de responsabilidad es una manifestación del *ius punendi* o facultad



sancionadora del Estado. En este contexto, la administración debe ejercer dicha facultad respetando estrictamente en todo momento los principios y garantías comunes al derecho penal y al derecho administrativo sancionador.

Como bien se reconoce unánimemente la doctrina internacional y nacional, así como en la legislación nacional, el *ius puniendi* o facultad sancionadora del Estado es una sola y puede manifestarse tanto a través del derecho penal como del derecho administrativo sancionador. Debido a su naturaleza común, a esta última rama del Derecho le son aplicables los principios y garantías que informan al derecho penal, entre ellos, los de legalidad y tipicidad, por nombrar algunos de los más importantes.

Por lo demás, la aplicación de los diversos principios garantistas del derecho penal en el ámbito del derecho administrativo sancionador ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional, como parte integrante de los derechos que conforman el debido proceso. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia del 16 de abril de 2003, señalando que "...los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador" (énfasis y subrayado agregado);<sup>36</sup> y lo ha repetido, entre otras, en una reciente sentencia del 15 de agosto de 2008, en la que señala lo siguiente:



<sup>36</sup> Sentencia emitida en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC.



"El Tribunal Constitucional ha expresado en reiterada jurisprudencia, que el principio de legalidad consagrado en el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución, constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Social y Democrático de Derecho. (...) Asimismo, también se estableció que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, aplicables tanto a nivel penal como administrativo" (énfasis y subrayado agregado).<sup>37</sup>

- 3.6 Normativamente, los principios que rigen la potestad sancionadora administrativa en del derecho peruano, entre los cuales figuran los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento, presunción de licitud, entre otros, se encuentran enunciados en el artículo 230 de la LPAG. Para efectos del presente caso, resulta particularmente relevante tener presente los alcances legalmente conferidos en el ordenamiento peruano al principio de tipicidad.<sup>38</sup>

El principio de tipicidad, que es un subprincipio del principio general de legalidad, se traduce en la exigencia de que la conducta u omisión sujeta a una sanción se encuentre siempre

<sup>37</sup> Sentencia emitida en el Expediente N° 3094-2006-PA/TC.

<sup>38</sup> LPAG:

"**Artículo 230º.**- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)  
4. **Tipicidad.**- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin construir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria. (...)"



claramente determinada normativamente. En ese sentido, como explican García de Enterría y Fernández:

*"La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación; y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (Lex certa) [...] No caben pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa".<sup>39</sup>*

Sobre este particular, el propio Tribunal Constitucional peruano ha señalado en reiterada jurisprudencia que el principio de *"...tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica,*

<sup>39</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid: Civitas, 4a. ed., 1995. p. 174.



*comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal".<sup>40</sup>*

Como se aprecia, conforme a este principio garantista, la Administración Pública se encuentra impedida de imponer una sanción si la conducta u omisión involucrada no se encontraba previamente determinada (prohibida) de manera expresa y cierta.

En el caso que nos ocupa, hemos ya explicado en extenso que la Ley de Concentraciones y su Reglamento no prohíben el perfeccionamiento del acto de concentración sujeto a ley extranjera. Por lo mismo, confiamos en que la Comisión concluirá que la tipificación establecida en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones no puede ser válidamente interpretada para incluir dicho supuesto. Dicho de otro modo, en el presente caso, nos encontramos ante una conducta que no se encuentra previamente tipificada como susceptible de una sanción administrativa, lo cual, como hemos visto, es perfectamente coherente con la teoría de los efectos aplicable en la legislación de competencia en el Perú. En tal sentido, la Comisión no puede más que concluir que, en el presente procedimiento administrativo sancionador, la imposición de una sanción por el mero hecho de perfeccionar un acto de concentración sujeto a legislación extranjera, resultaría en una violación del principio de tipicidad, lo que implicaría la nulidad del acto sancionador.

<sup>40</sup> Sentencia emitida en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC.





- 3.7 Un segundo aspecto del principio de tipicidad que vale la pena destacar es que la observancia del mismo prohíbe a la Administración Pública la interpretación extensiva o la analogía cuando se trata de conductas susceptibles de sanción administrativa. En efecto, conforme se ha desarrollado este principio en el numeral 1.4 del artículo IV de la LPAG, para el derecho administrativo sancionador peruano, "[s]ólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía" (subrayado agregado).

La prohibición de interpretación extensiva implícita en el principio de tipicidad, deriva del principio general consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil que proclama que ninguna norma que establece excepciones o restringe derechos puede ser aplicada por analogía. A este respecto, Marcial Rubio explica lo siguiente:

*"Ocurre que en la tradición jurídica, el sentido de una norma como ésta ha sido no solamente el impedir la analogía, sino incluso la interpretación extensiva (...). El sentido del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, rectamente entendido en función de los precedentes doctrinales, debe ser el de impedir toda aplicación de normas restrictivas o excepcionales que no sea la proveniente de*



una interpretación estricta (y eventualmente la interpretación restrictiva) (...)" (subrayado agregado).<sup>41</sup>

Es indubitable que la suspensión de la concentración regulada en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 de su Reglamento, constituye una norma de excepción que restringe la libertad de acción de los administrados. Como norma de excepción, la suspensión de la concentración no puede ser válidamente interpretada de manera *extensiva* para sostener que ésta persigue, de algún modo, impedir, prohibir o condicionar el perfeccionamiento de un acto jurídico de concentración llevado a cabo en el extranjero y sujeto a ley extranjera.

La interpretación sistemática, y estricta, de las disposiciones que regulan la suspensión de la concentración en el ordenamiento peruano, como hemos visto, necesariamente nos conducen a concluir que la consecuencia legal consistente en la prohibición legal de la "realización" o "consumación" del acto de concentración prevista en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 de su Reglamento, únicamente es de aplicación a los actos jurídicos de concentración que se llevan a cabo en el Perú, sujetos a la ley peruana. A los actos jurídicos de concentración perfeccionados en el extranjero, sujetos a ley extranjera, únicamente le resulta aplicable la segunda consecuencia legal prevista en dichas normas consistente en la privación de los posibles efectos del referido acto jurídico de concentración en territorio nacional.

<sup>41</sup> RUBIO, Marcial. Título Preliminar. Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 86.



Por lo mismo, resultaría *extensivo*, y consecuentemente ilegal, concluir que artículo 6 de la Ley de Concentraciones puede ser válidamente interpretado para sostener que resulta punible en el Perú el mero hecho de perfeccionar, en el extranjero, un acto jurídico de concentración sujeto a la ley extranjera, sin considerar si éste ha surtido o no efectos en el territorio nacional.

- 3.8 En atención a todo lo anteriormente expuesto, confiamos en que la Comisión coincida con nosotros en concluir que, en el caso de actos jurídicos de concentración que se llevan a cabo en el extranjero, sujetos a la ley extranjera, como el que es materia del caso que nos ocupa, la premisa fáctica del tipo infractor contenido en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, cuya infracción se nos ha imputado en la Notificación de Cargo, consistente en "llevar a cabo el acto de concentración", sólo puede ser interpretada como *la implementación de los efectos del acto jurídico de concentración en territorio peruano*, o lo que es lo mismo, *la implementación de actos que permitan, de manera efectiva, influir en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas*.

En la siguiente sección pasaremos a explicar las razones por las que la Comisión ha de concluir que Enel no ha incurrido en una infracción a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones.

**B) Enel no ha incurrido en la infracción imputada**

3.9 Vistos los alcances de la tipología de la infracción imputada en la Notificación de Cargo, pasaremos a continuación a explicar cómo acontecieron los hechos que han motivado el presente procedimiento, y explicaremos las medidas adoptadas por Enel para asegurar no contravenir las disposiciones de la Ley de Concentraciones y su Reglamento.

3.10 Como se ha reseñado en la Sección I precedente, en el Contrato de Compraventa de Acciones, Enel y Acciona convinieron en realizar la Operación notificada a la Comisión, sujeto al cumplimiento de determinadas Condiciones Suspensivas enunciadas en la cláusula 9 del acuerdo. Entre las Condiciones Suspensivas figuraba, la obtención de las pertinentes autorizaciones sin condiciones de "*las autoridades competentes de Defensa de la Competencia, nacionales o comunitarias, que fueran necesarias*" (subrayado agregado).

Como comprenderá la Comisión, tratándose de un contrato sujeto íntegramente a "*la ley común española*", conforme a lo estipulado en su cláusula 17.1, la condición de obtener la autorización de las autoridades de competencia correspondientes se refiere a las autoridades (nacionales) *españolas* o (comunitarias) *europneas*, cuya autorización resultaba exigible, conforme a la legislación española, para el perfeccionamiento de la transferencia de propiedad de las acciones materia de la Operación.



**PAYET REY GAUVE**

ABOGADOS

3.11 Inicialmente, atendiendo a los plazos estándares comunes a este tipo de operaciones, las partes habían estimado que el cumplimiento efectivo de todas las Condiciones Suspensivas acordadas en el Contrato de Compraventa de Acciones se produciría aproximadamente el 20 de agosto de 2009, fecha límite que fue informada, con absoluta transparencia, al momento de notificar la Operación a la Comisión.

Las Condiciones Suspensivas, sin embargo, fueron cumpliéndose con anticipación a lo estimado inicialmente por las partes, habiéndose cumplido todas en su totalidad hacia mediados del mes de junio de 2009 -esto es, con dos meses de antelación a la fecha límite del 20 de agosto. Vale destacar que todas las Condiciones Suspensivas acordadas fueron cumplidas, sin que Enel o Acciona dispensaran o renunciaran a alguna condición pactada a su favor. Simplemente, los hechos se produjeron con mayor celeridad a la prevista.

3.12 Una vez cumplidas todas las Condiciones Suspensivas, se gatilló la obligación estipulada en la cláusula 9.5 del Contrato de Compraventa de Acciones. Conforme a lo acordado por las partes en esta cláusula, una vez cumplidas las Condiciones Suspensivas (con excepción de una condición referida a temas de financiamiento), las partes debían fijar la fecha en que se formalizaría la transferencia de acciones de Endesa, lo cual debía acontecer dentro de **"los quince (15) días inmediatamente posteriores a la fecha en que tengan constancia del cumplimiento de todas las Condiciones Suspensivas"** (énfasis y subrayado agregado).



En estas circunstancias, siendo posible que, pese a la evidente ausencia de efectos anticompetitivos de la Operación la Comisión agotase el plazo máximo legalmente establecido para resolver y emitiese su pronunciamiento respecto a la Operación notificada el día 16 de julio de 2009, se tornaba muy probable que el cierre de la Operación se daría antes de este pronunciamiento. Por otro lado, como apreciará la Comisión, de haber Enel rehusado acordar una fecha de cierre dentro del plazo previsto en la Cláusula 9.5 del Contrato de Compraventa de Acciones antes mencionada, se habría producido un incumplimiento contractual frente a Acciona, con graves perjuicios derivados de ese eventual incumplimiento frente a su contraparte.

3.13 En este contexto, se procedió de inmediato a realizar las consultas y coordinaciones del caso con los asesores legales de Enel, llegándose a la conclusión de que la suspensión de la concentración dispuesta en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento, no prohibían, ni perseguían impedir o condicionar, de modo alguno, la realización de un acto jurídico sujeto a ley extranjera, como se ha explicado en extenso anteriormente, aunque éste pudiera afectar a las empresas Eepsa, Edegel y Edelnor radicadas en el Perú, como resultaba de encontrarse pendiente la resolución autoritativa por parte la Comisión.

Sin perjuicio de lo anterior, también se arribó a la conclusión que se debían adoptar medidas a efectos de que el perfeccionamiento de la transferencia de acciones materia de la Operación no





resultara susceptible de producir, de manera efectiva, los efectos legales de una concentración sobre las empresas Eepsa, Edegel y Edelnor, o alterara de modo alguno las condiciones de la competencia en el sector eléctrico peruano, antes de que la Comisión emitiera su pronunciamiento definitivo en relación a la autorización solicitada.

- 3.14 Lo expuesto en el numeral precedente, fue materia de discusión en la sesión del Consejo de Administración (*i.e.*, el Directorio) de Endesa Latinoamérica, S.A. -empresa holding a través de la cual se ejerce el control indirecto en Eepsa, Edegel y Edelnor- llevada a cabo el **22 de junio de 2009**, conforme consta en el Acta 127.

Conscientes de que la ejecución del acto jurídico de transferencia de acciones, y sus acuerdos complementarios, a llevarse a cabo 25 de junio de 2009, no debía resultar susceptible de producir los efectos legales propios de una concentración, oponibles ante autoridades o terceras personas, en territorio peruano, en la referida sesión de Consejo Directivo se dispuso instruir a los representantes de Endesa Latinoamérica, S.A. en el Perú abstenerse de realizar cualquier acto que pudiese alterar la estructura de control vigente en Eepsa, Edegel y Edelnor, hasta que la Comisión no emitiera su decisión con relación a la Operación notificada, conforme se puede leer a continuación:



En cuanto a los efectos de esta operación para las filiales en Latinoamérica, se deja constancia que se encuentra en trámite la autorización de concentración solicitada por Enel en el mes de abril a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en Perú. Por tratarse de una operación de transferencia de acciones que se efectúa fuera de territorio peruano, sujeta a la ley española, la obtención de dicha autorización no es una condición necesaria para la adquisición de las acciones según el contrato celebrado entre Enel y Acciona, pero sí para que se produzcan efectos legales, oponibles ante las autoridades correspondientes o terceras personas, en territorio peruano, relacionados a la adquisición de control exclusivo por parte de Enel sobre las sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.

Atendiendo a lo expuesto, se acuerda dar inmediatas instrucciones a los representantes de Endesa Latinoamérica en las sociedades peruanas afectadas de forma que no se ejercerán actos, directos o indirectos, del control exclusivo, a través del ejercicio del derecho de voto de las acciones o de cualquier otro acto jurídico, quedando en suspenso el ejercicio del control hasta que se obtenga la referida autorización, lo que implica que, en tanto no se obtenga la referida autorización: (i) no se modificarán los órganos de administración de dichas sociedades, (ii) no se alterará la política comercial de dichas sociedades, ni (iii) en forma general se efectuará acto alguno que implique modificar la estructura de control vigente en las Sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.

Como resultado de esta instrucción, en la Fecha de Cierre (i.e., el 25 de junio de 2009), Eepsa, Edegel y Edelnor comunicaron, por separado, a CONASEV el perfeccionamiento de la transferencia de acciones materia de la Operación. En todas estas comunicaciones, que constituyen documentos de fecha cierta, expresamente se informó, atendiendo a lo instruido en el Acta 127, que "los efectos de la referida operación están sujetos a los requisitos que fuesen aplicables bajo la legislación peruana" (subrayado agregado). De este modo, se cumplió con informar al mercado que el perfeccionamiento de la transferencia de acciones materia de la Operación no surtiría efectos legales propios de una concentración en territorio peruano, en tanto no se cumpliera con los requisitos aplicables bajo la legislación peruana, que no son otros más que la





PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

obtención de la autorización de concentración por parte de la Comisión. No existe en la legislación peruana requisito adicional alguno que *sujete los efectos* de una operación llevada a cabo en territorio extranjero, como es la que es materia el presente caso, distinto a la autorización de concentración a cargo de la Comisión.

Asimismo, en ejecución de lo instruido en el Acta 127, entre los días 25 de junio y 16 de julio último, no se modificaron los órganos de administración de Eepsa, Edegel y Edelnor, ni se alteraron las políticas comerciales de dichas empresas ni, en general, se realizaron actos que, de modo alguno, hayan implicado la modificación de la estructura de control vigente en tales empresas antes del 25 de junio de 2009 o que puedan ser interpretados como el ejercicio de un control exclusivo sobre estas sociedades por parte de Enel.

Los actos reseñados en el presente numeral revelan, claramente, la intención de Enel de actuar con el mayor apego a las disposiciones de las normas sobre concentraciones económicas peruanas.

- 3.15 En vista que la ley peruana no prevé un mecanismo de dispensa de la suspensión de la concentración, como es usual encontrar en el derecho comparado, que de haberse otorgado hubiera revestido de seguridad jurídica plena el actuar de nuestra empresa, en el presente caso, confiamos en que la Comisión aplicará rigurosamente el principio de legalidad, reconocido en el artículo 2 inciso 24) de la Constitución peruana, según el cual "[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".



La ley peruana, como hemos explicado anteriormente, no prohíbe, ni persigue impedir o condicionar, de modo alguno, la realización de un acto jurídico, como el que es materia de la Operación, sujeto a ley extranjera. Como bien ha reconocido en el pasado la Comisión, la Ley de Concentraciones, simplemente, no pretende extender las consecuencias jurídicas previstas en sus normas a operaciones llevadas a cabo en territorio extranjero. Por lo mismo, ha de concluirse que Enel no ha contravenido disposiciones del derecho peruano al haber procedido a perfeccionar la transferencia de la propiedad sobre las acciones que es materia de la Operación, que se encontraba sujeta a la ley española.

- 3.16 La consecuencia legal que la ley peruana, en todo caso, dispone para aquellos casos de actos jurídicos de concentración perfeccionados en el extranjero, como es el caso de la transferencia de acciones materia de la Operación, es la privación de los posibles efectos que tales actos jurídicos pudieran acarrear en territorio peruano.

En el caso que nos ocupa, como hemos visto, Enel ha adoptado las precauciones exigibles, y *estrictamente necesarias*, para asegurar que la transferencia de acciones materia de la Operación no sea susceptible de surtir efectos propios de una concentración sobre Eepsa, Edegel y Edelnor, oponibles ante las autoridades o terceras personas en el Perú, en tanto se encontrase pendiente la autorización de la Comisión, asegurando de este modo que las condiciones de la competencia en el mercado no puedan verse afectadas en el ínterin.



PAYET REY CALVI

ABOGADOS

Por lo demás, como confiamos coincidirá la Comisión, de haber previsto la ley peruana un mecanismo de dispensa de la suspensión de la concentración, como es usual encontrar en el derecho comparado, las medidas específicamente adoptadas por Enel, de buena fe y según su leal saber y entender, para asegurar que el perfeccionamiento del acto jurídico de concentración en el extranjero no resulte susceptible de conllevar efectos en territorio peruano, son del tipo que una autoridad de competencia hubiese impuesto como condiciones *estrictamente necesarias* para conceder una dispensa.

Así, como hemos explicado anteriormente, en el caso de una operación de concentración realizada por medio de una OPA, las autoridades de competencia internacionales permiten que se efectúen los anuncios de la oferta, que se inicie el plazo de aceptación e, incluso, que se perfeccione la adquisición de las acciones, *siempre y cuando* no ejerza los derechos de voto inherentes a las acciones adquiridas o lo haga sólo para salvaguardar sus inversiones, en tanto las autoridades competentes no emitan su pronunciamiento definitivo. Y ello es así, dado que "no es la transferencia legal de la propiedad sobre las acciones, sino el ejercicio de los derechos adheridos a tales acciones, lo que se considera constituye la implementación de la concentración" (énfasis y subrayado agregado).<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Kirch y Le Breton, op. cit., loc. cit.



De manera análoga al ejemplo reseñado, *en ausencia de disposiciones legales expresas y pese a ser evidentes los nulos efectos anticompetitivos de la Operación*, Enel ha adoptado, de buena fe y según su leal saber y entender, previsiones y autolimitaciones que estamos seguros la Comisión considerará oportunas, idóneas, eficaces y estrictamente necesarias para prevenir la implementación de los efectos de la concentración en el Perú, estando aún pendiente la autorización correspondiente.

- 3.17 Lo acontecido con motivo del cierre internacional de la Operación notificada no es un hecho extraño en la práctica de las operaciones internacionales. Si bien sabemos que el presente es el primer caso en la jurisprudencia administrativa peruana en que se discute si el cierre de una operación internacional ha contradicho la suspensión de la concentración dispuesta por la Ley de Concentraciones, en operaciones que involucran múltiples jurisdicciones, la posibilidad de ir poniendo parcialmente en práctica la operación en una o varias jurisdicciones, dejando sin efecto la implementación de la operación en otras jurisdicciones en las cuáles aún se encuentren pendientes las autorizaciones de las autoridades competentes, no es una materia inexplorada.

Por lo general, desde un punto de vista teórico, la implementación parcial de una operación internacional, suspendiendo los efectos que ésta pueda acarrear en el país en que aún se encuentre pendiente de autorización, no debe resultar incompatible con la suspensión de la concentración materia de las legislaciones de control de concentraciones empresariales. Como explican Folguera



PATEL REY CAUVI

ABOGADOS

y Vidal, refiriéndose a la suspensión de la concentración dispuesta en el derecho de la competencia español:

*"En relación con esta disposición suelen plantearse al menos dos cuestiones en el marco de operaciones internacionales. Por una parte, se plantea la posibilidad de poner parcialmente en práctica la operación en otras jurisdicciones distintas a la española mientras se mantiene la suspensión en España hasta que las autoridades de competencia autoricen de forma tácita o expresa la concentración o concedan una dispensa de la obligación de suspensión (lo que se conoce como 'carve out option'). Desde un punto de vista teórico esta posibilidad no debería plantear dudas de su compatibilidad con el artículo 9.2 de la LDC, por cuanto que garantiza que no se adquiere control sobre el negocio de la empresa en España hasta que se haya autorizado la operación" (énfasis y subrayado agregado).<sup>43</sup>*

3.18 Reiteramos, el objetivo perseguido por la suspensión de la concentración en las normas de control de concentraciones económicas no es otro más que disuadir a la empresa notificante de ejercer el control a ser adquirido, de manera efectiva, sin la autorización correspondiente por parte de la Comisión, a efectos de asegurar que las condiciones de la competencia en el mercado no se vean afectadas sino hasta que la Comisión pueda evaluar apropiadamente las consecuencias de la concentración notificada.

<sup>43</sup> Folguera y Vidal, op. cit., p. 309.



PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

En el presente caso, hemos visto que Enel ha adoptado previsiones y autolimitaciones oportunas, idóneas, eficaces y estrictamente necesarias, que le impedían ejercer actos de control exclusivo, del tipo que fue, posteriormente, autorizado por la Comisión. Las medidas adoptadas impedían a Enel ejercer actos de control, de manera efectiva, en tanto se encontrase pendiente la autorización de la Comisión, adoptando decisiones sobre el presupuesto y plan de negocios de la Eepsa, Edegel y Edelnor, sobre el nombramiento de los directivos y principales gerentes de estas sociedades o sobre la realización de inversiones de carácter estratégico para estas empresas, entre otros. De hecho, repetimos, en las tres semanas transcurridas entre la Fecha de Cierre y la Resolución de la Comisión, Enel no ha realizado un solo acto que pudiera ser considerado del tipo de control pendiente de autorización.

Por lo demás, como se ha reseñado en el numeral 1.5 precedente, hemos de recordar que todas las autoridades involucradas en el procedimiento de autorización previa iniciado con motivo de la Operación notificada, incluyendo el Ministerio de Energía y Minas, OSINERGMIN, la Secretaría Técnica de la Comisión, así como la propia Comisión, han coincidido, de manera unánime, en concluir que, como resultado de la ejecución de la Operación, no existirán variaciones de las condiciones de competencia y la libre concurrencia al mercado eléctrico peruano o, como se ha señalado expresamente en la Resolución, *"que el desarrollo del mercado eléctrico peruano no será afectado por la ejecución de la operación de control notificada"*.



PAVEL REY CAUVI

ABOGADOS

Así las cosas, resulta indiscutible que aun en el negado supuesto que Enel hubiese podido realizar actos de control exclusivo, de manera efectiva, sobre Eepsa, Edegel y Edelnor, antes de la autorización de la Comisión, tales actos no hubieran sido capaces de afectar las condiciones de la competencia existentes en el mercado peruano, que es precisamente lo que toda suspensión de la concentración persigue, en última instancia, prevenir.

- 3.19 En atención a todo lo expuesto, confiamos en que la Comisión concluya que Enel no ha incurrido en la infracción administrativa imputada.

En efecto, como se ha explicado en los numerales 3.2 a 3.8 precedentes, la premisa fáctica del tipo infractor contenido en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, cuya infracción se nos ha imputado en el presente caso, consistente en "llevar a cabo el acto de concentración", ha de entenderse como la *implementación de los efectos del acto jurídico de concentración en territorio peruano*, o lo que es lo mismo, *la implementación de actos que permitan, de manera efectiva, influir en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas*.

Como se ha evidenciado en el presente escrito, Enel ha adoptado previsiones y autolimitaciones oportunas, idóneas, eficaces y estrictamente necesarias, de buena fe y según su leal saber y entender, para asegurar que el perfeccionamiento del acto jurídico de concentración en el extranjero no resulte susceptible de conllevar efectos en territorio peruano, por lo que confiamos que, en su oportunidad, la Comisión declarará infundada la imputación

PAYEY REY CAUVI

ABOGADOS

contenida en la Notificación de Cargo materia del presente procedimiento administrativo sancionador.

#### IV. MEDIOS PROBATORIOS

4.1 Ofrecemos como medios probatorios el mérito de los siguientes documentos que en calidad de anexos adjuntamos al presente escrito:

- Anexo 1-A: Copia notarialmente legalizada de los extractos pertinentes del Acta N° 127, correspondiente a la sesión del Consejo Directivo de Endesa Latinoamérica, S.A. llevada a cabo el día 22 de junio de 2009.
- Anexo 1-B: Comunicación remitida por Eepsa a CONASEV el día 25 de junio de 2009, informando el cierre de la Operación notificada en Europa y dejando constancia que *"los efectos de la referida operación están sujetos a los requisitos que fuesen aplicables bajo la legislación peruana"*.
- Anexo 1-C: Comunicación remitida por Edegel a CONASEV el día 25 de junio de 2009, informando el cierre de la Operación notificada en Europa y dejando constancia que *"los efectos de la referida operación están sujetos a los requisitos que fuesen aplicables bajo la legislación peruana"*.
- Anexo 1-D: Comunicación remitida por Edelnor a CONASEV el día 25 de junio de 2009, informando el cierre de la Operación notificada en Europa y dejando constancia que *"los efectos de la*





*referida operación están sujetos a los requisitos que fuesen aplicables bajo la legislación peruana”.*

- Anexo 1-E: Copia del reporte de hechos de importancia comunicados por Eepsa a CONASEV entre los días 25 de junio y 16 de julio último, que acredita que entre las referidas fechas no se modificaron los órganos de administración de esta empresa, ni se alteraron las políticas comerciales de dicha empresa ni, en general, se realizaron actos que, de modo alguno, hayan implicado la modificación de la estructura de control vigente en tal empresa antes del 25 de junio de 2009 o que puedan ser interpretados como el ejercicio de un control exclusivo sobre esta sociedad por parte de Enel.
- Anexo 1-F: Copia del reporte de hechos de importancia comunicados por Edegel a CONASEV entre los días 25 de junio y 16 de julio último, que acredita que entre las referidas fechas no se modificaron los órganos de administración de esta empresa, ni se alteraron las políticas comerciales de dicha empresa ni, en general, se realizaron actos que, de modo alguno, hayan implicado la modificación de la estructura de control vigente en tal empresa antes del 25 de junio de 2009 o que puedan ser interpretados como el ejercicio de un control exclusivo sobre esta sociedad por parte de Enel.
- Anexo 1-G: Copia del reporte de hechos de importancia comunicados por Edelnor a CONASEV entre los días 25 de junio y 16 de julio último, que acredita que entre las referidas fechas no se modificaron los órganos de administración de esta





PAVET REY CALVI

ABOGADOS

empresa, ni se alteraron las políticas comerciales de dicha empresa ni, en general, se realizaron actos que, de modo alguno, hayan implicado la modificación de la estructura de control vigente en tal empresa antes del 25 de junio de 2009 o que puedan ser interpretados como el ejercicio de un control exclusivo sobre esta sociedad por parte de Enel.

4.2 Adicionalmente, ofrecemos como medios probatorios el mérito de los siguientes documentos que, en su oportunidad, deberá requerir la Comisión a las sociedades que se señalan a continuación:

- Copia de las actas correspondientes a las sesiones de Directorio celebradas por Eepsa entre los días 25 de junio y 16 de julio último, que acredita que entre las referidas fechas no se modificaron los órganos de administración de esta empresa, ni se alteraron las políticas comerciales de dicha empresa ni, en general, se realizaron actos que, de modo alguno, hayan implicado la modificación de la estructura de control vigente en tal empresa antes del 25 de junio de 2009 o que puedan ser interpretados como el ejercicio de un control exclusivo sobre esta sociedad por parte de Enel. Esta documentación deberá ser requerida a Eepsa en su domicilio legal sito en Av. Víctor Andrés Belaúnde Nº 147, Torre Real 4, Piso 6, San Isidro, Provincia y Departamento de Lima.
- Copia de las actas correspondientes a las sesiones de Directorio celebradas por Egedel entre los días 25 de junio y 16 de julio último, que acredita que entre las referidas fechas no se



PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

modificaron los órganos de administración de esta empresa, ni se alteraron las políticas comerciales de dicha empresa ni, en general, se realizaron actos que, de modo alguno, hayan implicado la modificación de la estructura de control vigente en tal empresa antes del 25 de junio de 2009 o que puedan ser interpretados como el ejercicio de un control exclusivo sobre esta sociedad por parte de Enel. Esta documentación deberá ser requerida a Edegel en su domicilio legal sito en Av. Víctor Andrés Belaúnde N° 147, Torre Real 4, Piso 6, San Isidro, Provincia y Departamento de Lima.

- Copia de las actas correspondientes a las sesiones de Directorio celebradas por Edelnor entre los días 25 de junio y 16 de julio último, que acredita que entre las referidas fechas no se modificaron los órganos de administración de esta empresa, ni se alteraron las políticas comerciales de dicha empresa ni, en general, se realizaron actos que, de modo alguno, hayan implicado la modificación de la estructura de control vigente en tal empresa antes del 25 de junio de 2009 o que puedan ser interpretados como el ejercicio de un control exclusivo sobre esta sociedad por parte de Enel. Esta documentación deberá ser requerida a Edelnor en su domicilio legal sito en Jr. César López Rojas N° 201, Urbanización Maránga, San Miguel, Provincia y Departamento de Lima.

**POR TANTO:**

Solicitamos tener por presentados nuestros descargos, y en su oportunidad declarar infundada la imputación contenida en la Notificación de Cargo materia del presente procedimiento administrativo sancionador.



**PRIMER OTROSÍ DECIMOS:** Solicitamos que, en su oportunidad, se nos conceda el uso de la palabra por un espacio de veinte minutos, a efectos de exponer oralmente los argumentos de defensa nuestra empresa.

**SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS:** Sin perjuicio de lo expuesto en el presente escrito, dejamos a salvo nuestro derecho a ampliar los fundamentos de nuestra defensa. Asimismo, dejamos constancia que nos reservamos nuestro derecho a presentar ante la Comisión los medios probatorios que consideremos pertinentes, una vez que se inicie el correspondiente periodo de prueba.

**TERCER OTROSÍ DECIMOS:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 115.1 de la Ley No. 27444 y en los artículos 74 y 80 del Código Procesal Civil, otorgamos poder general a nuestros abogados Carlos A. Patrón Salinas, identificado con CAL N° 30682, Domingo Rivarola Reisz, identificado con CAL N° 29327, Gerardo Soto Carrillo, identificado con CAL N° 30302, Augusto Villarán Bedoya, identificado con CAL N° 37548, y Ana Julia Mendoza Chiappori, identificada con CAL N° 45264, para que individual e indistintamente ejerzan las facultades generales de representación para la tramitación ordinaria del presente procedimiento. Para estos efectos designamos como domicilio el indicado en la introducción de la presente y declaramos estar instruidos de los alcances de la representación que conferimos.

**CUARTO OTROSÍ DECIMOS:** Autorizamos a los señores David Kuroiwa Honma, identificado con DNI N° 43875727, identificado con DNI N° 42607150, Martín Ruggiero Garzón, identificado con DNI N° 44499147, y Laura Zúñiga Aleman, identificada con DNI N° 44201051 para que



**PAYET REY CAUVI**

**ABOGADOS**

cualquiera de ellos, indistintamente, pueda acceder al expediente, recoger copias y cualquier otro acto procesal tendiente al impulso del proceso.

**CARLOS PATRON SALINAS**  
**ABOGADO**  
Reg. C.A.L. N° 36682

Lima, 5 de agosto de 2009

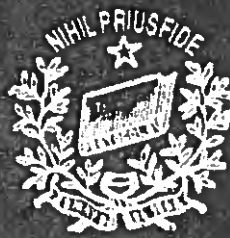
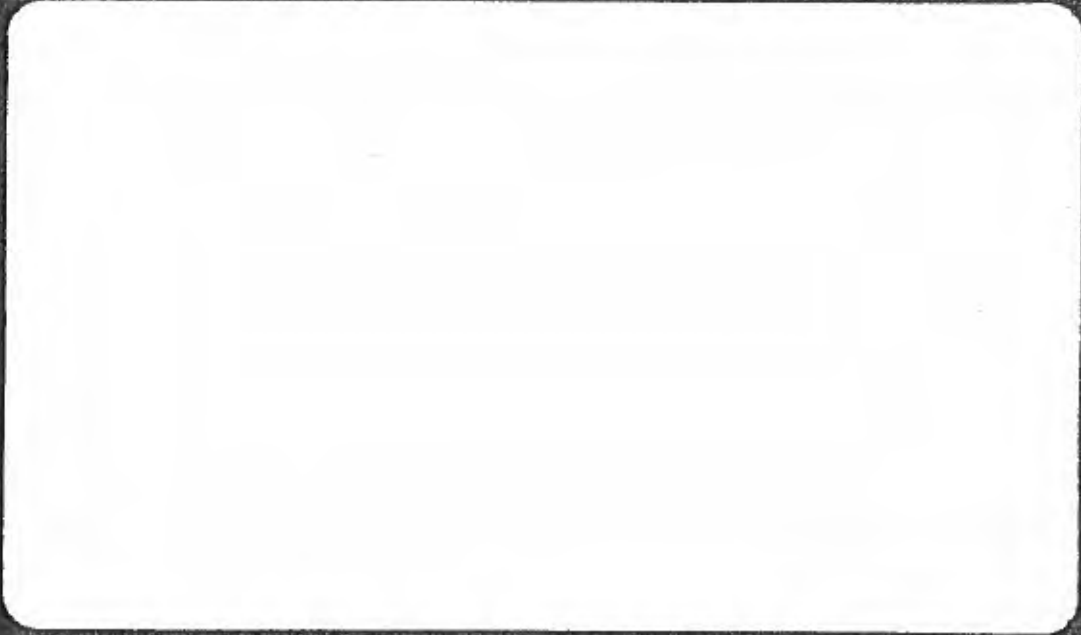


# ANEXO 1-A

EUROPA



NIHIL PRIUS FIDE  
NOTARIO



**D. ANDRES DOMINGUEZ NAFRIA**

Serrano, 92 - 1º  
28006 MADRID

Tel.: 91 577 47 87

Fax: 91 577 82 31

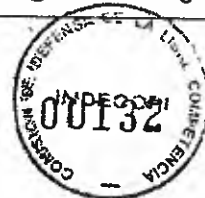
9J5272635



2/2009



ANDRES DOMINGUEZ NAFRIA  
*Notario*  
 C/ Serrano, 92, 1º  
 Tel (91) 577 47 87 Fax: (91) 577 82 31  
 28006 MADRID  
 andresdominguez@notariado.org



**ACTA DE EXHIBICIÓN formalizada a instancia de**  
**ENDESA LATINOAMÉRICA, S.A.**-----

NÚMERO: DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y  
 UNO.-----

En Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil nueve.-----

Ante mí, **ANDRÉS DOMINGUEZ NAFRÍA**, Notario  
 de Madrid y de su Ilustre Colegio Notarial, -----

-----= **COMPARECE:** = -----

**DON JOSÉ RAFAEL FAUQUIÉ BERNAL**, mayor  
 de edad, casado, de nacionalidad española, con domicilio, a  
 estos efectos, en 28042 Madrid, Ribera del Loira, número  
 60, y titular del documento nacional de identidad número  
**25.140.147-C.**-----

INTERVIENE en su calidad de SECRETARIO DEL  
 CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN en nombre y  
 representación de la Sociedad denominada "**ENDESA  
 LATINOAMERICA, S.A.**" (**SOCIEDAD  
 UNIPERSONAL**), domiciliada en 28042 Madrid, Ribera  
 del Loira, número 60, constituida, por tiempo indefinido, en  
 escritura otorgada ante el Notario, Don Santiago Rubio



Liniers, el día 26 de enero de 1.998, con el número 206 de protocolo. Inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, al Tomo 12.797, folio 144, libro 0, sección 8ª, hoja número M-205.375 y con código de identificación fiscal número A-81/932.873.-----

La sociedad ha cambiado su denominación social por la actual en virtud de acuerdo de la Junta General extraordinaria de la sociedad celebrada el 27 de junio de 2008 que fue elevado a público en escritura autorizada ante mí, el día 10 de julio de 2008 con el número 2289 de protocolo, que causó la inscripción 127ª en la hoja social. ---

El compareciente manifiesta que el objeto social de la sociedad a la que representa es el siguiente: -----

La sociedad tiene por objeto: -----

a) La compraventa, tenencia, administración, dirección y gestión de valores, representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, así como la colocación de los recursos financieros derivados de dichas actividades, con exclusión de aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no se cumplan por la sociedad. -----

b) La prestación de servicios de asesoramiento comercial, financiero, de negocio, empresarial, tecnológico e industrial a las entidades en cuyos fondos propios

9J5272636

1/2009



participe la sociedad en un porcentaje superior al 5%.-----

Sus facultades para este acto resultan de su expresado cargo de SECRETARIO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN (no Consejero), que me asegura vigente y para el que fue nombrado en la reunión del Consejo de Administración de la sociedad celebrado el 18 de junio de 2008, e inscrito en el Registro Mercantil con la inscripción 113ª.-----

Juzgo al compareciente, según interviene, bajo mi responsabilidad, con facultades representativas suficientes para formalizar la presente ACTA DE EXHIBICIÓN (artículo 98 de la Ley 24/2001, 27 de diciembre), y al efecto, -----

----- = HACE CONTAR = -----

1.- Que el compareciente en la representación que ostenta me exhibe a mí el Notario, un Libro de Actas, en el que en su primer folio consta la Diligencia del Servicio de Legalización de Libros del Registro Mercantil de Madrid, de fecha 23 de Diciembre de 2008 y que corresponde al Libro de Actas de la Sociedad Endesa Latinoamérica, S.A..

II.- Que dicho libro de actas consta de cien folios, legalizados por código de barras, numerados del uno al cien, ambos inclusive, de los que se encuentran ya escritos por el anverso y reverso los folios 2 al 41, ambos inclusive, y que corresponden a las actas de Consejo de Administración números 122 al 128, ambas inclusive, de fechas 17 de Diciembre de 2008 al 30 de Junio de 2009, ambas inclusive, respectivamente así como las Juntas Generales de Socios celebradas entre la fecha de legalización del Libro de Actas y el día 30 de Junio de 2009.-----

III.- Que desde el folio 34 al 37, ambos inclusive, consta transcrita el acta número 127, correspondiente al Consejo de Administración de Endesa Latinoamérica, S.A., celebrado el día 22 de Junio de 2009, debidamente firmada por el Secretario del Consejo Don José Rafael Fauquié Bernal con el visto bueno del entonces Presidente, Don Pedro Larrea Paguaga, cuyas firmas conozco y considero legítimas. -----

- Que acompañe a la presente fotocopia del anverso del folio 36, página 5 de la citada Acta número 27, de dicho Libro de Actas, que tengo a la vista y doy fe que concuerda con su original. -----

Así lo dice y otorga el compareciente, según interviene, a quien hago de palabra las reservas y advertencias legales, en particular, las del artículo 207 del Reglamento Notarial..-

9J5272637

/2009



Además, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, advierto al otorgante e interviniente que sus datos van a ser incorporados al fichero de protocolo y documentación notarial y al fichero de administración y organización de la Notaría, así como del hecho de que tales datos puedan ser cedidos a aquellas Administraciones Públicas que de conformidad con una norma con rango de Ley tengan derecho a ellos. -----

Invito al compareciente a leer por sí esta escritura y, una vez que lo ha efectuado, la leo yo, el Notario, que he comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias del compareciente, dando fe yo, el Notario, de que después de la lectura, el compareciente ha hecho constar haber quedado debidamente informado del contenido del instrumento, haber prestado a éste su libre consentimiento, lo aprueba y firma. -----

De haber identificado al compareciente por su documento de identidad antes reseñado, con retrato y firma,



12009



EXCLUSIVO PARA DOCUMENTOS NOTARIALES



9J5272638



36

contrato bajo condiciones comerciales más convenientes, todo ello considerando la proximidad de la fecha de término del mismo.

La suscripción de un contrato LTSA proporcionaría, por su naturaleza, entre otros, los siguientes beneficios a ENCO: minimizar el riesgo de incremento de precios y de disponibilidad de repuestos y servicios, motivados por variaciones del valor de mercado de estos productos, a medio y largo plazo; contar con atención especializada rápida ante fallas, así como con asistencia directa desde la fábrica o acotar los costes y riesgos operativos de la central durante su operación.

La renovación del contrato se basa en el acuerdo contractual vigente y considera los siguientes aspectos técnicos principales: ejecución de ocho mantenimientos programados, para cada unidad, a partir de la fecha de inicio, con un límite de vigencia de 12 años, lo que ocurra primero; aporte de personal especializado y supervisión para Mantenimientos Programados; asistencia y suministro de piezas para Mantenimientos No Programados; presencia permanente de un ingeniero de MHI, para realizar las coordinaciones establecidas en el Contrato.

Toma de control futura de Endesa por Enel. Efectos en Latinoamérica.-  
Se comenta por el Consejo que se ha tenido noticia de la publicación el 18 de junio pasado de un Hecho Relevante en la CNMV en el que se da cuenta de la inminente adquisición por Enel del 92,063% de las acciones de Endesa, S.A.

En cuanto a los efectos de esta operación para las filiales en Latinoamérica, se deja constancia que se encuentra en trámite la autorización de concentración solicitada por Enel en el mes de abril a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en Perú. Por tratarse de una operación de transferencia de acciones que se efectúa fuera de territorio peruano, sujeta a la ley española, la obtención de dicha autorización no es una condición necesaria para la adquisición de las acciones según el contrato celebrado entre Enel y Acciona, pero sí para que se produzcan efectos legales, oponibles ante las autoridades correspondientes o terceras personas, en territorio peruano, relacionados a la adquisición de control exclusivo por parte de Enel sobre las sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.

Atendiendo a lo expuesto, se acuerda dar inmediatas instrucciones a los representantes de Endesa Latinoamérica en las sociedades peruanas afectadas de forma que no se ejercerán actos, directos o indirectos, del control exclusivo, a través del ejercicio del derecho de voto de las acciones o de cualquier otro acto jurídico, quedando en suspenso el ejercicio del control hasta que se obtenga la referida autorización, lo que implica que, en tanto no se obtenga la referida autorización: (i) no se modificarán los órganos de administración de dichas sociedades, (ii) no se alterará la política comercial de dichas sociedades, ni (iii) en forma general se efectuará acto alguno que implique modificar la estructura de control vigente en las Sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.

4

ES COPIA DE SU MATRIZ, en la que dejo nota de esta expedición. Y a instancia del compareciente, según interviene, la expido en cuatro folios de papel timbrado del Estado serie 9J, número: 5272635 — y los tres siguientes en orden correlativos. En Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil nueve. **DOY FE.**-----

DOCUMENTO SIN CUANTIA



**ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE MADRID**  
**DECANATO**

Legalización del signo, firma y rúbrica de

D. Andrés Domínguez Najera

Notario de este Ilustre Colegio.

Madrid, a veintisiete de julio  
de dos mil nueve



Don José Manuel García Collantes  
Miembro de la Junta Directiva en funciones de Decano

SE LEGALIZA LA FIRMA NO EL CONTENIDO DEL DOCUMENTO



CONSULADO GENERAL DEL PERU  
MADRID - ESPAÑA



Se legaliza la firma de don(ña):

JOSE MANUEL GARCIA.....

COLLANTES - Miembro de la Junta

Directiva en Funcion de Decano.

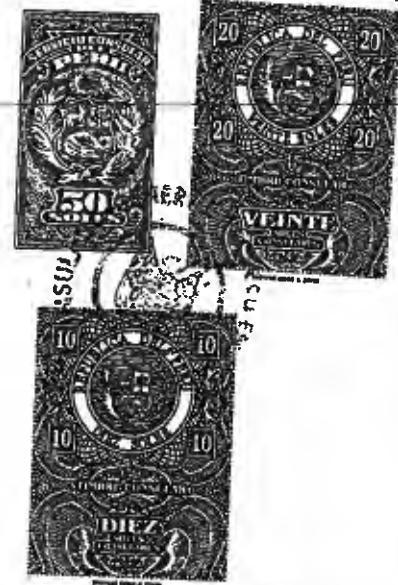


Nº de actuación: 985 Nº de tarifa: 22C  
Derechos S/C 80 Euros: 72.00

Madrid, 30 JUL 2009

MARIA GABRIELA PORRAS ALOR  
Consul General Adscrita

RB



MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES  
DIRECCION GENERAL DE POLITICA CONSULAR

Legalización Nº 304383

Se legaliza la firma que antecede del Sr.(a)

María G. Porras Alor

SIN JUZGAR EL CONTENIDO DEL DOCUMENTO

Maribel del Rosario Javier  
Departamento de Legalizaciones  
Dirección de Trámites Consulares



LIMA 04 AGO. 2009







# ANEXO 1-B

Lima, 25 de junio de 2009

Señores  
**Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores  
CONASEV**  
Presente.-

Atención: Yvonka Hurtado Cruz  
Directora de Emisores

De nuestra consideración:

Hacemos referencia a nuestra comunicación N° RB-EEP-009-09, de fecha 26 de febrero de 2009, mediante la cual, en respuesta a la carta EMI-217/2009 que nos remitiera la Bolsa de Valores de Lima, enviamos como hecho de importancia las comunicaciones realizadas por Endesa, S.A. y Acciona S.A. a la CNMV de España en relación a una eventual transferencia del 25% de acciones emitidas por Endesa, S.A., que serían adquiridas por Enel Energy Europe, S.L. de Acciona, S.A. y de Finanzas Dos, S.A.. Tal como señalamos en nuestra anteriormente indicada comunicación, de los hechos relevantes mencionados se desprende que la concreción de la operación antes referida era en ese momento incierta, ya que se encontraba supeditada al cumplimiento de ciertas condiciones.

Por medio de la presente adjuntamos el hecho relevante comunicado el día 25 de junio de 2009 a la CNMV de España por parte de Endesa, S.A., por medio del cual se informa que la transferencia de las acciones de Endesa S.A., de propiedad de Acciona S.A. y de Finanzas Dos, S.A. a favor de Enel Energy Europe, S.L., se ha hecho efectiva el 25 de junio de 2009.

Esta comunicación la hacemos a pesar que la información remitida no tiene la calidad de hecho de importancia, señalando además que los efectos de la referida operación están sujetos a los requisitos que fuesen aplicables bajo la legislación peruana. Sin embargo, la difundimos al mercado por esta vía haciendo seguimiento a la información remitida previamente en febrero de este año así como para poner a disposición del mercado con la mayor transparencia la información que tenemos disponible sobre este tema.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,

  
Joanna Zegarra Pellanne  
Representante Bursátil



# ANEXO 1-C



**EDEGEL**

**RB-021-2009**

Lima, 25 de junio de 2009

Señores  
**Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores**  
**CONASEV**  
Presente.-

Atención: Yvonka Hurtado Cruz  
Directora de Emisores

De nuestra consideración:

Hacemos referencia a nuestra comunicación N°GG-010-2009, de fecha 26 de febrero de 2009, mediante la cual, en respuesta a la carta EMI-218/2009, que nos remitiera la Bolsa de Valores de Lima, enviamos como hecho de importancia las comunicaciones realizadas por Endesa, S.A. y Acciona S.A. a la CNMV de España en relación a una eventual transferencia del 25% de acciones emitidas por Endesa, S.A., que serían adquiridas por Enel Energy Europe, S.L. de Acciona, S.A. y de Finanzas Dos, S.A.. Tal como señalamos en nuestra anteriormente indicada comunicación, de los hechos relevantes mencionados se desprende que la concreción de la operación antes referida era en ese momento incierta, ya que se encontraba supeditada al cumplimiento de ciertas condiciones.

Por medio de la presente adjuntamos el hecho relevante comunicado el día 25 de junio de 2009 a la CNMV de España por parte de Endesa, S.A., por medio del cual, se informa que la transferencia de las acciones de Endesa S.A., de propiedad de Acciona S.A. y de Finanzas Dos, S.A. a favor de Enel Energy Europe, S.L., se ha hecho efectiva el 25 de junio de 2009.

Esta comunicación la hacemos a pesar que la información remitida no tiene la calidad de hecho de importancia, señalando además que los efectos de la referida operación están sujetos a los requisitos que fuesen aplicables bajo la legislación peruana. Sin embargo, la difundimos al mercado por esta vía haciendo seguimiento a la información remitida previamente en febrero de este año así como para poner a disposición del mercado con la mayor transparencia la información que tenemos disponible sobre este tema.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,

  
Joanna Zagarra Pellanne  
Representante Bursátil



# ANEXO 1-D

Lima, 25 de junio de 2009

Señores  
Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV)  
Presente.

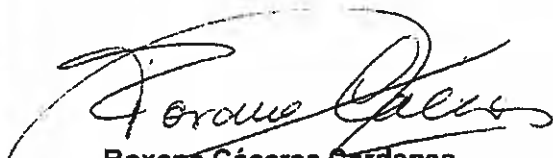
De nuestra consideración:

Hacemos referencia a nuestra comunicación expediente N° 2009006683, de fecha 26 de febrero de 2009, mediante la cual, en respuesta a su Oficio N° EMI-216/2009, les hicimos llegar las comunicaciones realizadas por Endesa, S.A. y Acciona S.A. a la CNMV de España en relación a una eventual transferencia del 25% de acciones emitidas por Endesa, S.A., que serían adquiridas por Enel Energy Europe, S.L. de Acciona, S.A. y de Finanzas Dos, S.A.. Tal como señalamos en nuestra anteriormente indicada comunicación, de los hechos relevantes mencionados se desprende que la concreción de la operación antes referida era en ese momento incierta, ya que se encontraba supeditada al cumplimiento de ciertas condiciones.

Por medio de la presente adjuntamos el hecho relevante comunicado el día 25 de junio de 2009 a la CNMV de España por parte de Endesa S.A, por medio del cual, se informa que la transferencia de las acciones de Endesa S.A, de propiedad de Acciona S.A. y de Finanzas Dos, S.A. a favor de Enel Energy Europe, S.L., se ha hecho efectiva el 25 de junio de 2009.

Esta comunicación la hacemos a pesar que la información remitida no tiene la calidad de hecho de importancia, señalando además que los efectos de la referida operación están sujetos a los requisitos que fuesen aplicables bajo la legislación peruana. Sin embargo, la difundimos al mercado por esta vía haciendo seguimiento a la información remitida previamente en febrero de este año así como para poner a disposición del mercado con la mayor transparencia la información que tenemos disponible sobre este tema.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.



Roxana Cáceres Cárdenas  
Representante Bursátil



# ANEXO 1-E





En el Mercado de Valores la mejor protección es la INFORMACION



Inicio | [Contactenos](#) | [mapa](#) | [búsqueda](#)

## Hechos de Importancia por Empresa



ACERCA DE CONASEV

- MERCADO DE VALORES NACIONAL
- BOLSA DE VALORES
- ICLV - CAVALI
- EMPRESAS EMISORAS
- SOC. AGENTES DE BOLSA
- SOC. ADMINISTRADORAS DE FONDOS
- SOC. TITULIZADORAS
- CLASIFICADORAS DE RIESGO
- SOC. CORREDORAS DE PRODUCTOS
- EMP. VALORIZADORAS
- EMPRESAS EXTRANJERAS

- OTROS MERCADOS
- BOLSA DE PRODUCTOS
- E. A. DE FONDOS COLECTIVOS

[Transparencia](#)

[Consulta](#)

[Enlaces de Interés](#)

Razón Social: EMPRESA ELECTRICA DE PIURA S.A.

Fecha Inicio : 25/06/2009  Fecha Fin : 16/07/2009

Tipo de Información: Vigentes  No Vigentes

Todos los Tipos de Información

EMPRESA ELECTRICA DE PIURA S.A.  
Del 25/06/2009 Al 16/07/2009

Documento	Tipo de Información	Fecha de Acuerdo	Expediente y Fecha de Presentación
25/06/2009 05:50:11 p.m.	- Otras circunstancias que repercutan en el emisor o en las empresas de su grupo	25/06/2009	2009020504
25/06/2009 05:50:11 p.m.			25/06/2009 05:50:11 p.m.



# ANEXO 1-F



En el Mercado de Valores  
la mejor protección es la INFORMACION



Inicio? | [Inicio](#) | [Noticias](#) | [Listados](#) | [Empresas](#) | [Mercados](#) | [Transparencia](#) | [Consultas](#) | [Enlaces de Interés](#)

contactos mapa búsqueda

## Hechos de Importancia por Empresa



ACERCA DE CONASEV

- MERCADO DE VALORES NACIONAL
- BOLSA DE VALORES
- ICLV - CAVALI
- EMPRESAS EMISORAS
- SOC. AGENTES DE BOLSA
- SOC. ADMINISTRADORAS DE FONDOS
- SOC. TITULADORAS
- CLASIFICADORAS DE RIESGO
- SOC. CORREDORAS DE PRODUCTOS
- EMP. VALORIZADORAS
- EMPRESAS EXTRANJERAS

- OTROS MERCADOS
- BOLSA DE PRODUCTOS
- E. A. DE FONDOS COLECTIVOS

Transparencia

Consulta

Enlaces de Interés

Razón Social: EDEGEL S.A.A.

Fecha Inicio : 25/06/2009

Fecha Fin : 16/07/2009

Aceptar

Tipo de Información: Vigentes  No Vigentes

Todos los Tipos de Información

EDEGEL S.A.A.  
Del 25/06/2009 Al 16/07/2009

Documento	Tipo de Información	Fecha de Acuerdo	Expediente y Fecha de Presentación
14/07/2009 07:22:13 p.m.	- Anuncio y resultados de colocación de valores; cronograma y pagos efectuados	15/01/2010	2009022393 14/07/2009 07:22:13 p.m.
14/07/2009 07:22:12 p.m.	- Anuncio y resultados de colocación de valores; cronograma y pagos efectuados	14/07/2009	2009022392 14/07/2009 07:22:11 p.m.
10/07/2009 01:04:40 p.m.	- Anuncio y resultados de colocación de valores; cronograma y pagos efectuados	14/07/2009	2009021963 10/07/2009 01:04:40 p.m.
10/07/2009 01:04:40 p.m.	- Otras circunstancias que repercutan en el emisor o en las empresas de su grupo	25/06/2009	2009020500 25/06/2009 05:45:03 p.m.
25/06/2009 05:45:04 p.m.	- Presentación y modificación del listado e información de las personas jurídicas que conforman el grupo económico	25/06/2009 09:24:38 a.m.	2009020423 25/06/2009 09:46:02 a.m.
25/06/2009 09:46:03 a.m.			



# ANEXO 1-G

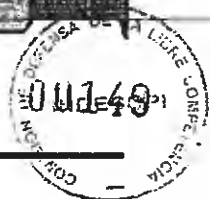


En el Mercado de Valores  
la mejor protección es la INFORMACION



Inicio | Contacto | Mapa | Búsqueda

## Hechos de Importancia por Empresa



ACERCA DE CONASEV

Razón Social: EDELNOR S.A.A.

Fecha Inicio : 25/06/2009

Fecha Fin : 16/07/2009

Aceptar

Tipo de Información: Vigentes  No Vigentes

Todos los Tipos de Información

MERCADO DE VALORES NACIONAL  
BOLSA DE VALORES  
ICLV - CAVALI  
EMPRESAS EMISORAS  
SOC. AGENTES DE BOLSA  
SOC. ADMINISTRADORAS DE FONDOS  
SOC. TRUJAZADORAS  
CLASIFICADORAS DE RIESGO  
SOC. CORREDORAS DE PRODUCTOS  
EMP. VALORIZADORAS  
EMPRESAS EXTRANJERAS

EDELNOR S.A.A.  
Del 25/06/2009 Al 16/07/2009

OTROS MERCADOS  
BOLSA DE PRODUCTOS  
E. A. DE FONDOS COLECTIVOS

Transparencia

Consulta

Índices de Interés

Documento	Tipo de Información	Fecha de Acuerdo	Expediente y Fecha de Presentación
14/07/2009 05:55:46 p.m.	- Aprobación de la información financiera anual auditada, memoria anual, e información financiera intermedia	14/07/2009 05:55:46 p.m.	2009022350
14/07/2009 05:53:46 p.m.	- Determinación de fecha de registro y fecha de entrega de acciones, dividendos, certificados de suscripción u otros beneficios y fecha de canje de certificados provisionales por certificados definitivos	14/07/2009 05:53:46 p.m.	2009022348
14/07/2009 05:53:46 p.m.	- Distribución o aplicación de utilidades	14/07/2009	2009022348
14/07/2009 05:53:46 p.m.	- Resultado o efecto de los acuerdos adoptados en junta de accionistas, sesión de directorio y junta de obligacionistas	14/07/2009	2009022348
14/07/2009 05:53:45 p.m.	- Anuncio y resultados de colocación de valores; cronograma y pagos efectuados	14/07/2009	2009022347
14/07/2009 05:53:43 p.m.	- Anuncio y resultados de colocación de valores; cronograma y pagos efectuados	14/07/2009	2009022346
13/07/2009 07:10:08 p.m.	- Anuncio y resultados de colocación de valores; cronograma y pagos efectuados	13/07/2009	2009022219
13/07/2009 07:10:06 p.m.	- Anuncio y resultados de colocación de valores; cronograma y pagos efectuados	13/07/2009	2009022218
10/07/2009 01:08:45 p.m.	- Anuncio y resultados de colocación de valores; cronograma y pagos efectuados	10/07/2009	2009021964
06/07/2009 07:20:37 p.m.	- Presentación y modificación del listado e información de las personas jurídicas que conforman el grupo económico	06/07/2009 04:48:00 p.m.	2009021454
06/07/2009 07:20:37 p.m.	- Anuncio y resultados de colocación de valores; cronograma y pagos efectuados	06/07/2009	2009021451
06/07/2009 07:17:29 p.m.	- Anuncio y resultados de colocación de valores; cronograma y pagos efectuados	06/07/2009	2009021450
06/07/2009 07:17:28 p.m.	- Anuncio y resultados de colocación de valores; cronograma y pagos efectuados	06/07/2009	2009021449
06/07/2009 07:17:27 p.m.	- Anuncio y resultados de colocación de valores; cronograma y pagos efectuados	06/07/2009	2009021448

06/07/2009  
07:17:25 p.m.



- Presentación y modificación del listado e información de las personas jurídicas que conforman el grupo económico

26/06/2009  
02:21:54 p.m.

26/06/2009  
02:27:14 p.m.



26/06/2009  
02:27:14 p.m.



26/06/2009  
02:27:14 p.m.



25/06/2009  
07:07:43 p.m.



25/06/2009  
07:07:43 p.m.

- Otras circunstancias que repercutan en el emisor o en las empresas de su grupo

25/06/2009

06/07/2009  
07:17:25 p.m.  
2009020576

26/06/2009  
02:27:14 p.m.

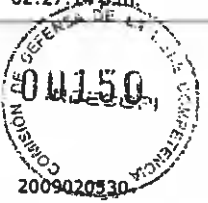
26/06/2009  
02:27:14 p.m.

26/06/2009  
02:27:14 p.m.

26/06/2009  
02:27:14 p.m.

25/06/2009  
07:07:43 p.m.

25/06/2009  
07:07:43 p.m.





PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros



000151

Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú  
Año de la Unión Nacional frente a la Crisis Externa

Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Anexo: 1211

E-mail: [fsiquenas@indecopi.gob.pe](mailto:fsiquenas@indecopi.gob.pe)

**CARTA 419-2009/ST-CLC-INDECOP**

San Borja, 3 de diciembre de 2009

Expediente 010-2009/CLC

Señores

**ENEL S.P.A.**

Casilla 64, Indecopi

Presente.-

Asunto: Citación a informe oral

Por la presente, por encargo de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOP<sup>1</sup>, y en atención a su solicitud, se les cita a audiencia de informe oral el martes 15 de diciembre de 2009, a las 13:15 horas, en el local del INDECOP, ubicado en calle de la Prosa 138, distrito de San Borja, provincia y departamento de Lima.

Cabe precisar que ustedes tendrán diez (10) minutos para hacer uso de la palabra. Asimismo, les recordamos que deberán acreditar las facultades de sus representantes y, en caso de necesitar algún equipo, deberán solicitarlo con tres (3) días hábiles de anticipación.

Para cualquier consulta, ampliación o aclaración, podrán comunicarse con esta Secretaría Técnica (Atención: Arturo Chumbe Panduro) al teléfono 2247800, anexo 1211.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,

**Francisco Sigüeñas Andrade**

Secretario Técnico Ad Hoc

Comisión de Defensa de la Libre Competencia



<sup>1</sup> Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOP

Artículo 16.- Audiencia de Informe oral ante las Salas del Tribunal.-

16.1 Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada.

16.2 Las audiencias son públicas, salvo que la Sala considere necesario su reserva con el fin de resguardar la confidencialidad que corresponde a un secreto industrial o comercial, o al derecho a la intimidad personal o familiar, de cualquiera de las partes involucradas en el procedimiento administrativo.

16.3 Las disposiciones del presente artículo serán aplicables a las solicitudes de informe oral presentadas ante las Comisiones.



# Anexo 4





Expediente 010-2009/CLC

# Resolución

Nº 001-2010/CLC-INDECOPI

Lima, 7 de enero de 2010

**VISTOS:**

La Resolución 051-2009/CLC-INDECOPI del 9 de julio de 2009, mediante la cual la Comisión de Defensa de la Libre Competencia inició un procedimiento administrativo sancionador contra Enel S.P.A. por presunta infracción a lo dispuesto por la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico; el escrito del 5 de agosto de 2009, mediante el cual Enel S.P.A. presentó sus descargos; la audiencia de informe oral del 15 de diciembre de 2009; y,

**CONSIDERANDO:****I. ANTECEDENTES**

1. Mediante escrito del 21 de abril de 2009, Enel S.P.A. (en lo sucesivo, Enel) presentó a consideración de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en lo sucesivo, la Comisión) una solicitud de autorización previa para una operación de concentración empresarial en el sector eléctrico (en lo sucesivo, la Notificación), según lo dispuesto por la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (en lo sucesivo, la Ley de Concentraciones).
2. El Reglamento de la Ley de Concentraciones, aprobado mediante Decreto Supremo 017-98-ITINCI (en lo sucesivo, el Reglamento), establece los plazos que tienen la Comisión y su Secretaría Técnica para evaluar una solicitud de autorización previa. En atención a ello, la Comisión contaba hasta el 16 de julio de 2009 para emitir un pronunciamiento respecto de la Notificación<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sin perjuicio de lo señalado, cabe precisar que de acuerdo al inciso c) del artículo 24 del Reglamento de la Ley de Concentraciones, la Comisión puede ampliar hasta por 30 días adicionales el plazo para manifestar su decisión final en aquellos casos en los casos que sea necesario profundizar el análisis a efectos de determinar la compatibilidad de la operación con el mercado. Así, de haber hecho uso de dicha facultad el plazo de vigencia de la Comisión para emitir una decisión final respecto de la Notificación se habría extendido, como máximo, hasta el 31 de agosto de 2009.

3. La Comisión Nacional del Mercado de Valores de España (en lo sucesivo, la CNMV)<sup>2</sup> publicó en su página web diversa información que señalaba que la operación de concentración, cuya autorización había sido solicitada por Enel a la Comisión mediante la Notificación, se habría ejecutado el 25 de junio de 2009.
4. El artículo 6 de la Ley de Concentraciones establece que la Comisión podrá sancionar, entre otros, a aquellas personas o empresas que realicen el acto de concentración luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión.
5. El 9 de julio de 2009, mediante Resolución 051-2009/CLC-INDECOPI, la Comisión decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Enel por presuntamente haber realizado el acto de concentración notificado luego de presentada su solicitud de autorización previa pero antes de la decisión de la Comisión, infracción tipificada en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones.
6. El 16 de julio de 2009, mediante Resolución 058-2009/CLC-INDECOPI, la Comisión decidió autorizar el acto de concentración notificado por Enel, mediante el cual, adquiriría el control exclusivo sobre Endesa S.A. (en lo sucesivo, Endesa), y a través de ésta sobre Edegel S.A.A.<sup>3</sup> (en lo sucesivo, Edegel), Empresa Eléctrica de Piura S.A.<sup>4</sup> (en lo sucesivo, Eepsa) y Edelnor S.A.A.<sup>5</sup> (en lo sucesivo, Edelnor), empresas que desarrollan actividades en el sector eléctrico peruano.
7. Mediante escrito del 6 de agosto de 2009, Enel presentó sus descargos a las imputaciones realizadas mediante la Resolución 051-2009/CLC-INDECOPI, alegando, entre otros aspectos, que por los principios de territorialidad de la norma y coherencia normativa no correspondía la imposición de una sanción.

## II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

8. La presente resolución tiene por objeto determinar si Enel ha infringido lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, al haber realizado el acto de concentración notificado luego de presentada su solicitud de autorización previa pero antes del pronunciamiento de la Comisión.

<sup>2</sup> La CNMV es un organismo dependiente del Ministerio de Economía encargado de la supervisión de los mercados de valores en España.

<sup>3</sup> Es una empresa de generación eléctrica, controlada de forma conjunta con Israel Corp a través de Generandes S.A.

<sup>4</sup> Es una empresa de generación eléctrica, controlada de forma exclusiva a través de Eléctrica Cabo Blanco S.A.

<sup>5</sup> Es una empresa de distribución eléctrica, controlada de forma exclusiva a través de Inversiones Distilima S.A. y Generalima S.A.C.

### III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

#### 3.1 Marco normativo

9. El artículo 1 de la Ley de Concentraciones establece que se sujetarán a un procedimiento de autorización previa, los actos de concentración de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.
10. El artículo 2 de la Ley de Concentraciones establece qué actos se consideran actos de concentración<sup>6</sup>. Así, de acuerdo a lo establecido en el referido artículo y conforme ha sido reconocido por la Comisión en diversos pronunciamientos, los actos de concentración incluidos en el ámbito de aplicación de la ley son aquellos que tienen como efecto una modificación permanente de la estructura de control de las empresas participantes<sup>7</sup>. En ese sentido, el acto de concentración abarca al conjunto de operaciones por las que se producen fusiones, adquisiciones, absorciones o uniones de empresas, cuyo resultado es la adquisición por parte de una empresa del control sobre otra u otras empresas o, eventualmente, la creación de una empresa global que definitivamente absorba a las demás que participan en el mercado.
11. El artículo 3 de la Ley de Concentraciones establece que, antes de que se realice una operación de concentración, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión, sin cuya aprobación no podrá realizarse, ni tendrá efecto legal alguno<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> La Ley 26876 no considera acto de concentración a aquella situación en la que el control lo adquiere una persona en virtud de un mandato temporal, conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo.

<sup>7</sup> Para la definición de "control" se considera, de manera referencial, las normas especiales sobre vinculación y grupo económico aprobadas mediante Resolución SBS 445-2000, conforme lo establece el artículo 37 del Reglamento de la Ley de Concentraciones (El Reglamento hace referencia a las normas sobre vinculación y grupo económico aprobadas mediante Resolución SBS 001-98, derogada por Resolución SBS 445-2000).

<sup>8</sup> Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antilígopolio del Sector Eléctrico

**Artículo 3.-** Antes de realizar actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, con las condiciones y características establecidas en el párrafo siguiente, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPi, sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno.

Deberá solicitarse la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquéllos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados.

(...)

Asimismo, establece los umbrales a partir de los cuales deberá solicitarse una autorización previa de concentración empresarial en el sector eléctrico<sup>9</sup>.

12. El artículo 6 de la Ley de Concentraciones establece que la Comisión podrá sancionar, entre otros, a aquellas personas que realicen el acto de concentración luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión<sup>10</sup>.
13. Por su parte, el artículo 9 de la Ley de Concentraciones establece que estarán comprendidos en su ámbito de aplicación aquellos actos de concentración que, no obstante realizarse en el extranjero, involucran directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades en el territorio nacional<sup>11</sup>.
14. En ese sentido, los actos de concentración comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Concentraciones son, entre otros, aquellos que tengan como efecto una modificación permanente de la estructura de control de las empresas participantes que, no obstante realizarse en el extranjero, involucran directa o

<sup>9</sup> El artículo 3 de la Ley 26876, adicionalmente, dispone que no será necesario solicitar la autorización previa de la Comisión cuando:

- La operación de concentración implique, en un acto o una sucesión de actos, la adquisición de activos productivos por un valor inferior al 5% del valor total de los activos productivos de la empresa adquirente, calculados de acuerdo a lo previsto en el Reglamento de la Ley 26876, tomando en consideración la influencia y las condiciones de competencia en el mercado.
- La operación de concentración implique, en un acto o sucesión de actos, la acumulación directa o indirecta por parte del adquirente de menos del 10% del total de las acciones o participaciones con derecho a voto de otra empresa.

<sup>10</sup> Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico

**Artículo 6.-** La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI podrá imponer a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la presente Ley, multas por un importe no mayor a 500 UIT cuando: omitan la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado, suministren datos inexactos en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión, o no proporcionen la información dentro de los plazos establecidos.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión podrá importar multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad eléctrica en el territorio nacional, involucradas directa o indirectamente en la concentración -en los términos establecidos en el Artículo 3 de la presente Ley-, correspondientes al año inmediato anterior a la decisión de la Comisión, a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la misma, que: realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, realicen un acto de concentración declarado incompatible por tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia mediante decisión de la Comisión o no cumplan con las medidas ordenadas mediante decisión adoptada por la Comisión.

(énfasis agregado)

<sup>11</sup> Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico

**Artículo 9.-** Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional.

El o los accionistas de la empresa domiciliada en el país, vinculados a las empresas que participan directamente en el acto de concentración, estarán obligados al cumplimiento de la presente Ley, encontrándose sujetos a las sanciones contempladas en la misma.

indirectamente a empresas que desarrollan actividades en el territorio nacional, y que se encuentren dentro de los umbrales establecidos. En aquellos casos, si no mediara la aprobación de la Comisión, los actos de concentración no podrán realizarse ni tendrán efecto legal alguno.

15. En consecuencia, aquellas empresas que pretendan realizar un acto de concentración, en la situación antes descrita, deberán solicitar a la Comisión una autorización previa, estando impedidas de efectuar el acto antes de la aprobación de la Comisión, conforme lo establece el artículo 3 de la Ley de Concentraciones. En caso contrario, serán susceptibles de sanción, conforme lo establece el artículo 6 del mismo dispositivo legal.
16. Por su parte, el Reglamento de la Ley de Concentraciones establece los plazos con que la Comisión y su Secretaría Técnica cuentan para evaluar una solicitud de autorización previa de una operación de concentración empresarial en el sector eléctrico. En particular:
  - (i) El artículo 16<sup>12</sup> establece que, dentro del plazo de cinco (5) días posteriores a la presentación de la notificación, la Secretaría Técnica deberá definir si la información que acompaña a la solicitud se encuentra completa, caso contrario, solicitará a quien realizó la notificación que, en el plazo máximo de cinco (5) días, complete la información faltante;
  - (ii) El artículo 17<sup>13</sup> establece que, vencido el plazo a que se refiere el artículo 16, la Comisión o la Secretaría Técnica podrá solicitar, dentro de los diez (10) días siguientes, información adicional, la que deberá ser proporcionada por quien realizó la notificación dentro de un plazo máximo de diez (10) días; y,
  - (iii) El artículo 18<sup>14</sup> establece que, para su decisión, la Comisión tendrá un plazo de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del plazo previsto en el

---

<sup>12</sup> **Reglamento de la Ley**

**Artículo 16.-** Verificación de la información presentada. Dentro del plazo de cinco (5) días posteriores a la presentación de la Notificación, la Secretaría definirá si la información que se acompaña a la solicitud se encuentra completa. Cuando constate que no se ha presentado toda la información requerida, notificará a las Personas o empresas que presentaron la solicitud para que en el plazo máximo de cinco (5) días completen la información faltante, bajo cargo de tener por no presentada la solicitud.

<sup>13</sup> **Reglamento de la Ley**

**Artículo 17.-** Requerimiento de información adicional. Vencido el plazo a que se refiere el artículo anterior o satisfecha la presentación de la información faltante, la Comisión o la Secretaría Técnica podrá solicitar dentro de los diez (10) días siguientes, datos o documentos adicionales que considere necesarios para la evaluación de la operación notificada, los que deberán ser proporcionados por los interesados dentro de un plazo máximo de diez (10) días.

<sup>14</sup> **Reglamento de la Ley**

**Artículo 18.-** Plazo para la decisión de la Comisión. Para emitir su decisión, la Comisión tendrá un plazo de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del plazo previsto en el Artículo 17 del presente Reglamento o, en su caso, de la recepción de la documentación o información adicional requerida.

artículo 17 o, en su caso, de la recepción de la documentación o información adicional requerida<sup>15</sup>.

### 3.2 La operación de concentración notificada

17. El 21 de abril de 2009, Enel presentó a la Comisión la Notificación, según lo dispuesto por la Ley de Concentraciones. La operación de concentración notificada consistió en la adquisición por parte de Enel<sup>16</sup> de las acciones que Acciona S.A. (en lo sucesivo, Acciona)<sup>17</sup> poseía de Endesa<sup>18</sup>, lo que le otorgaría a la notificante el control exclusivo sobre esta última.
18. Enel y Acciona controlaban de forma conjunta a Endesa como resultado del "Acuerdo sobre acciones de Endesa S.A." (en lo sucesivo, el Acuerdo), suscrito el 26 de marzo de 2007. Dicho acuerdo se realizó en el marco de la Oferta Pública de Adquisición (OPA) lanzada por Enel y Acciona para la compra de las acciones de Endesa. Esta operación fue aprobada por la CNMV el 25 de julio de 2007.

Cabe resaltar que, en el marco de las condiciones establecidas en el Acuerdo, Enel concedió a favor de Acciona una opción de venta sobre las acciones que esta última poseía de Endesa (en lo sucesivo, la Opción de Venta). En ese sentido, en virtud de la Opción de Venta, Acciona tenía el derecho de transferir a Enel la totalidad de las acciones de Endesa que sean de su propiedad.

19. El 20 de febrero de 2009, Enel y Acciona suscribieron el "Contrato de compraventa de acciones y transmisión de activos entre Acciona, Finanzas Dos, Enel, Enel Energy y Endesa" (en lo sucesivo, el Contrato de Compraventa), mediante el cual se efectivizó la Opción de Venta concedida por Enel a favor de Acciona<sup>19</sup>. A través del

<sup>15</sup> Cabe señalar que el plazo para la decisión final de la Comisión puede ser ampliado hasta por treinta (30) días adicionales, conforme a lo establecido en el artículo 24 del Reglamento de la Ley.

<sup>16</sup> Al respecto, cabe señalar que Enel es una empresa italiana, dedicada principalmente a la generación eléctrica, que cuenta entre sus principales accionistas con el Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Italia, propietario del 21,12% de su capital social, y la Cassa Depositi e Prestiti SPA, propietaria del 10,21% de su capital social. A su vez, el Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Italia es el principal accionista de la Cassa Depositi e Prestiti SpA, por lo cual controla, directa e indirectamente, el 31,33% del capital social de Enel. La diferencia del capital social de Enel se distribuye entre distintos accionistas con participaciones inferiores al 5%.

Por su parte, Enel posee el 100% del capital social de Enel Energy Europe Srl (en lo sucesivo, Enel Energy), quien a su vez poseía antes de la operación el 67,053% de las acciones de Endesa S.A.

<sup>17</sup> Acciona es una empresa española dedicada a la generación eléctrica, la administración de infraestructura, el desarrollo de proyectos inmobiliarios, la prestación de servicios logísticos, entre otros. Su principal accionista es el Grupo Entrecanales S.A., propietario de 59,60% de su capital social. La diferencia del capital social de Acciona se distribuye entre distintos accionistas con participaciones inferiores al 5%.

Asimismo, Acciona poseía antes de la operación el 5,01% de las acciones de Endesa y el 100% del capital social de Finanzas Dos S.A. (en lo sucesivo, Finanzas Dos), que a su vez, poseía antes de la operación el 20% de las acciones de Endesa.

<sup>18</sup> Endesa participa indirectamente del mercado eléctrico peruano a través de Edelnor, Eepsa y Edegel.

<sup>19</sup> Dada la estructura mediante la cual Enel y Acciona controlaban conjuntamente a Endesa, el "Contrato de compra venta acciones de Endesa" incluyó además a Finanzas Dos, Enel Energy y Endesa.

referido contrato, Acciona se comprometió a vender a Enel el íntegro de las acciones que poseía de Endesa. El Contrato de Compraventa estableció como fecha límite para el cumplimiento de algunas condiciones suspensivas el 20 de agosto de 2009, bajo consecuencia de quedar sin efecto.

20. En atención al Contrato de Compraventa, Enel presentó a la Comisión una solicitud de autorización previa de concentración empresarial en el sector eléctrico, mediante la cual solicitó se le autorice a adquirir las acciones que Acciona poseía de Endesa, de forma que la estructura de control de Endesa pasaría de conjunta a exclusiva a favor de Enel.
21. El 16 de julio de 2009, la Comisión decidió, en el plazo establecido por la Ley de Concentraciones y su Reglamento, autorizar el acto de concentración notificado por Enel, mediante el cual adquiriría el control exclusivo sobre Endesa, y a través de ésta sobre Edegel<sup>20</sup>, Eepsa y Edelnor, empresas que desarrollan actividades en el sector eléctrico peruano.

### 3.3 La realización de la operación de concentración

22. Durante el análisis de la Notificación, y antes de su pronunciamiento, la Comisión tomó conocimiento de que la CNMV publicó en su página web diversa información que señalaba que la operación de concentración notificada por Enel, el 21 de abril de 2009, ya se habría realizado.
23. En efecto, como se muestra a continuación, en la sección de Hechos Relevantes de Endesa<sup>21</sup>, la CNMV publicó diversas comunicaciones mediante las cuales Acciona, Enel y Endesa informaron que la operación de concentración notificada se habría llevado a cabo el 25 de junio de 2009, esto es, antes del pronunciamiento de la Comisión.
24. Específicamente, antes del pronunciamiento de la Comisión del 16 de julio de 2009, se informó lo siguiente:

<sup>20</sup> En el caso de esta empresa, tal como se ha señalado, es controlada de forma conjunta con Israel Corp a través de Generandes S.A.

<sup>21</sup> Ver: <http://www.cnmv.es/Portal/hr/ResultadoBusqueda.aspx?lc=1&mf=A-28023430&division=1>

(i) Mediante Registro 110486<sup>22</sup>, Acciona indicó:

**Acciona**

COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES  
Paseo de la Castellana, 19  
28046 - Madrid -

Madrid, a 25 de junio de 2009

Muy Sres. Nuestros,

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, Acciona, S.A. ("Acciona"), comunica el siguiente

**HECHO RELEVANTE**

Como continuación del hecho relevante número 110174 de fecha 18 de junio de 2009, se informa que en el día de hoy se ha ejecutado a favor de Enel Energy Europe, S.r.L. (EEE) la transmisión por parte de Acciona y Finanzas Dos S.A. (Finanzas Dos), sociedad íntegramente participada por Acciona, de 264.793.905 acciones representativas de un 25,01% del capital social de Endesa, S.A. (Endesa) de conformidad con el contrato de compraventa de acciones y transmisión de activos suscrito entre Enel Spa, EEE, Acciona, Finanzas Dos y Endesa de fecha 20 de febrero de 2009 (el "Contrato"). La transmisión de las acciones se ha realizado por un precio de € 9.627.098.948 resultantes de aplicar a los 11.107 millones de euros fijados en el Contrato los ajustes allí previstos y en particular el descuento de los dividendos pagados por Endesa desde la fecha del Contrato.

(...)

<sup>22</sup>

Ver: <http://www.cnmv.es/Portal/hr/ver> Doc axd?t={88b91cef-0d69-47ea-9f58-ab3c42b7d470}



(ii) Mediante Registro 110494<sup>23</sup>, Enel anunció:

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ENEL S.p.A. ("Enel") comunica el siguiente,

#### HECHO RELEVANTE

Como continuación del hecho relevante número 110170 de fecha 18 de junio de 2009, se informa que en el día de hoy se ha ejecutado a favor de Enel Energy Europe S.L. ("EEE") la transmisión por parte de Acciona S.A. ("Acciona") y Finanzas Dos S.A. ("Finanzas Dos") de acciones representativas de un 25,01% del capital social de Endesa, S.A. ("Endesa"), de conformidad con el contrato de compraventa de acciones y transmisión de activos suscrito entre Enel, EEE, Endesa, Acciona y Finanzas Dos de fecha 20 de febrero de 2009 (el "Contrato").

(...)

(iii) Mediante Registro 110487<sup>24</sup>, Endesa informó:



#### HECHO RELEVANTE

Como continuación del hecho relevante número 110170 de fecha 18 de junio de 2009, se informa que en el día de hoy se ha ejecutado a favor de Enel Energy Europe S.L. ("EEE") la transmisión por parte de Acciona S.A. ("Acciona") y Finanzas Dos S.A. ("Finanzas Dos") de acciones representativas de un 25,01% del capital social de Endesa S.A. ("Endesa"), de conformidad con el contrato de compraventa de acciones y transmisión de activos suscrito entre Enel, EEE, Endesa, Acciona y Finanzas Dos de fecha 20 de febrero de 2009 (el "Contrato").

(...)

25. Cabe señalar que el Hecho Relevante de la CNMV con Registro 110170<sup>25</sup>, al que se hace referencia en las comunicaciones antes citadas, es aquel en el que Endesa


<sup>23</sup> Ver: <http://www.cnmv.es/Portal/hr/verDoc.axd?l={a70ab95b-0138-4434-9a18-b4010c415c59}>

<sup>24</sup> Ver: <http://www.cnmv.es/Portal/hr/verDoc.axd?l={23797e67-68c2-4518-8881-bd08375b47ab}>

<sup>25</sup> Ver: <http://www.cnmv.es/Portal/HR/verDoc.axd?l={9a696ed8-c6eb-4e7a-8671-6b29b9cd5517}>



informó, el 18 de junio de 2009, que el 25 de junio 2009 se realizarían las transmisiones previstas en el Contrato de Compraventa que había originado la Notificación, conforme se muestra a continuación:

 enel.esa	HECHO RELEVANTE	MATERIAL INFORMATION
	<p>Enel, S.p.A. ("Enel"), Enel Energy Europe, S.L. ("EEE"), Endesa, S.A. ("Endesa"), Acciona, S.A. ("Acciona") y Finanzas Dos, S.A. ("Finanzas Dos", integramente participada por Acciona), de conformidad con el contrato de compraventa de acciones y transmisión de activos suscrito entre ellas el pasado 20 de febrero de 2009 (el "Contrato"), han establecido el próximo 25 de junio como fecha para la ejecución de las transmisiones previstas en el Contrato. La transmisión de las acciones de Endesa a realizar en dicha fecha no queda sometida a lo dispuesto en el Real Decreto 1416 1991, sobre operaciones bursátiles especiales (modificando lo previsto a tal efecto en el Contrato).</p>	<p>Enel, S.p.A. ("Enel"), Enel Energy Europe, S.L. ("EEE"), Endesa, S.A. ("Endesa"), Acciona, S.A. ("Acciona") and Finanzas Dos, S.A. ("Finanzas Dos", wholly controlled by Acciona), pursuant to the share purchase and transfer of assets agreement entered into amongst them on February 20, 2009 (the "Agreement"), have fixed next June 25 as the closing date for the transfers contemplated in the Agreement. The transfer of Endesa's shares to be made on such date shall not be governed by Royal Decree 1416 1991 on special stock exchange transactions (thus amending what is provided thereof in the Agreement).</p>

26. Adicionalmente, mediante el Hecho Relevante de la CNMV con Registro 110492<sup>26</sup> del 25 de junio de 2009, Endesa informó sobre determinados cambios en sus órganos de gobierno, a través de los cuales representantes de Enel asumieron distintos cargos en sustitución de los representantes de Acciona, como se muestra a continuación:

**HECHO RELEVANTE**

El Consejo de Administración de ENDESA anuncia que, en el día de hoy, D<sup>ña</sup> Carmen Becerril Martínez, D. Valentín Montoya Moya, D. Esteban Morras Andrés y D. Jorge Vega-Penichet López, han dimitido como Consejeros dominicales de ENDESA en nombre de ACCIONA.

En su sustitución, el Consejo de Administración ha nombrado Consejeros por cooptación a D. Fulvio Conti, D. Miquel Roca Junyent, D. Alejandro Echevarría Busquet y D. Luis de Guindos Jurado. El Sr. Conti tendrá la condición de Consejero externo dominical en nombre de ENEL y D. Miquel Roca, D. Alejandro Echevarría y D. Luis de Guindos ostentarán la condición de Consejeros externos independientes.

(...)

27. De acuerdo a lo anterior, y como ha reconocido la propia Enel en su escrito de descargos del 5 de agosto de 2009<sup>27</sup>, el 25 de junio de 2009, Enel y Acciona llevaron a cabo la transmisión de acciones contempladas en el Contrato de Compraventa y, por lo tanto, realizaron el acto de concentración notificado antes del 16 de julio de 2009, fecha en la que se produjo el pronunciamiento de la Comisión.
28. En efecto, conforme se ha señalado:
- (i) El 21 de abril de 2009, Enel presentó a consideración de la Comisión la solicitud de autorización previa mediante la cual se haría del control exclusivo de Endesa, según lo dispuesto por la Ley de Concentraciones.
  - (ii) El 18 de junio de 2009, en los Hechos Relevantes de CNMV, Endesa anunció que el 25 de junio de 2009 realizaría las transmisiones previstas en el Contrato de Compraventa mediante el cual Enel se haría del control exclusivo de Endesa.
  - (iii) El 25 de junio de 2009, Enel adquirió el control exclusivo sobre Endesa y realizó cambios en los órganos de gobierno de dicha empresa.
  - (iv) El 16 de julio de 2009, dentro del plazo previsto por la Ley de Concentraciones y su Reglamento, la Comisión se pronunció sobre la Notificación.

<sup>27</sup> Folio 047 del Expediente.

29. Cabe mencionar que la presentación de la Notificación y el consentimiento de la decisión de la Comisión demuestran que Enel aceptó en todo momento que el acto de concentración notificado se encontraba en el ámbito de aplicación de la Ley de Concentraciones, conforme a lo dispuesto por los artículos 2, 3 y 9, pues significaba una modificación permanente de la estructura de control de las empresas participantes que, no obstante realizarse en el extranjero, involucró directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades en el territorio nacional, y se encontraba dentro de los umbrales establecidos.
30. En consecuencia, haber realizado el acto de concentración notificado, luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión, habría significado la realización de un acto expresamente prohibido por el artículo 3 de la Ley de Concentraciones, esto es, la imposibilidad de realizar el acto de concentración sin la aprobación de la Comisión, y, en consecuencia, sería susceptible de sanción conforme a lo dispuesto por el artículo 6 del referido cuerpo legal, según el cual, "la Comisión podrá importar multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos (...) a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la misma, que realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal".

### 3.4 La defensa de Enel

31. Mediante su escrito de descargos, Enel ha aceptado que el acto de concentración notificado se realizó antes del pronunciamiento de la Comisión. Además, ha reconocido que el artículo 3 de la Ley de Concentraciones establece un principio de suspensión sobre las operaciones de concentración en su ámbito de aplicación<sup>28</sup>, al señalar que no se podrán llevar a cabo sin la aprobación de la Comisión. Sin embargo, sostiene que, el carácter suspensivo de la norma hace sentido solo si evita la realización de actos de concentración en el territorio nacional, o si se evitan los efectos en el territorio nacional de los actos de concentración realizados en el extranjero.
32. A entender de Enel, ésta interpretación se condice con el principio de territorialidad de las normas, el cual establece que las normas solo son de aplicación en el territorio en que se dictan y, por lo tanto, no podrían alcanzar a aquellos actos realizados fuera del territorio en que fueron dictadas, o, en todo caso, solo podrían alcanzar a los efectos que se suscitaban en el territorio en que fueron dictadas.
33. Por ello, al haber sido la operación de concentración notificada una que se realizó en el extranjero, el carácter suspensivo de la norma no aplicaría a la realización del acto mismo, sino a los efectos que se pudieran producir en el territorio nacional.

<sup>28</sup> Cabe resaltar que Enel ha reconocido que la obtención del control exclusivo sobre Endesa se encontró en el ámbito de aplicación de la Ley al someter la Notificación a consideración de la Comisión y no apelar su decisión final.

34. Asimismo, apelando al principio de coherencia normativa, Enel ha señalado que los artículos 3 de la Ley de Concentraciones y 11 de su Reglamento deben ser interpretados de modo que no resulten redundantes. El artículo 3 de la Ley de Concentraciones y el artículo 11 de su Reglamento a la letra dicen lo siguiente:

*"Artículo 3.- Antes de realizar actos de concentración (...) deberá solicitarse la autorización previa (...) sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno"*

*"Artículo 11.- Efecto de la Notificación. Una vez notificada, la operación de concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente."*

35. Enel indica que las dos consecuencias previstas por dichos artículos, es decir, la de no poder consumir o realizar la operación y la de que ésta no alcance o tenga efecto legal alguno, resultan redundantes ya que la primera implica a la segunda. Así, de acuerdo a Enel, si no se puede realizar el acto de concentración resulta obvio que dicho acto tampoco podrá surtir efectos legales. En ese sentido, Enel establece que dicha situación de redundancia debe ser subsanada a través de una nueva interpretación de dichos artículos.
36. La interpretación que propone Enel de los artículos antes señalados es la siguiente:

*"Artículo 3.- Antes de realizarse actos de concentración (...) deberá solicitarse la autorización previa (...) sin cuya aprobación no podrán realizarse [un acto de concentración sujeto a ley peruana], ni tendrán efecto legal alguno [un acto de concentración sujeto a ley extranjera]"*

*"Artículo 11.- Efecto de la Notificación. Una vez notificada, [la operación de concentración sujeta a la ley peruana] no podrá ser consumada ni [la operación de concentración sujeta a ley extranjera podrá] alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente (...)"*

Según Enel, de no interpretarse de dicha manera los referidos artículos, se vulneraría el principio de coherencia normativa, ya que no es posible que no tenga objeto oponible alguno un acto que, según el tenor de dichos artículos, no se podía realizar. Así, en atención a los principios de territorialidad y coherencia, la regla de suspensión establecida en los artículos 3 de la Ley de Concentraciones y 11 de su Reglamento, estaría dada para aquellos actos de concentración realizados en el territorio nacional o, dependiendo del caso, para los efectos de aquellos actos de concentración realizados en el extranjero.

37. En ese sentido, según Enel, cuando la norma establece el principio de suspensión del acto de concentración realizado en el extranjero, sujeto a ley extranjera, ha de entenderse como la suspensión de la implementación de los efectos de la operación

en el territorio peruano. Efectos que en el presente caso no se habrían dado, puesto que se habría dispuesto, a través de Endesa Latinoamérica S.A.<sup>29</sup> (en lo sucesivo, Endesa Latinoamérica), que entre el 25 de junio de 2009 y hasta el pronunciamiento de la Comisión, no se modificarán los órganos de administración de Edegel, Eepsa y Edelnor, ni se alterarán las políticas comerciales de dichas empresas. En consecuencia, dado que el acto de concentración notificado fue realizado en el extranjero y se adoptaron las medidas correspondientes, no fue capaz de afectar las condiciones de competencia en el mercado peruano.

38. Finalmente, Enel sostiene que, en virtud de la interpretación de los artículos 3 de la Ley de Concentraciones y 11 de su Reglamento, no se podría sostener que resulta sancionable en el Perú el hecho de realizar en el extranjero un acto de concentración sujeto a ley extranjera, sin considerar si éste ha surtido efectos en el territorio nacional.
39. Por ello, en el supuesto que se pretenda imponer una sanción al acto de concentración llevado a cabo en el extranjero, sin evaluar los efectos de dicho acto en el territorio nacional, se vulnerarían los principios de razonabilidad y proporcionalidad que resultan aplicables al momento de interpretar el artículo 6 de la Ley de Concentraciones.
40. En conclusión, Enel señala que:
  - No es susceptible de sanción en base a la Ley de Concentraciones pues ésta es una norma doméstica y, por el principio de territorialidad de las normas, no es aplicable al acto de concentración notificado el 21 de abril de 2009, pues éste se realizó en el extranjero y no tuvo efecto en el territorio peruano.
  - Las redacciones de los artículos 3 de la Ley de Concentraciones y 11 de su Reglamento, vulneran el principio de coherencia normativa, pues son redundantes, por lo que deben ser interpretados de modo que se evite dicha consecuencia.
  - La interpretación de los artículos antes señalados implica que solo sean susceptibles de sanción los efectos del acto de concentración realizado en el extranjero y no así el acto mismo, razón por la cual, Enel no habría realizado ninguna conducta susceptible de sanción conforme a lo establecido por el artículo 6 de la Ley de Concentraciones.
  - Interpretar el artículo 6 de la Ley de Concentraciones de modo que resulte punible la sola realización de un acto de concentración celebrado en el extranjero, sin considerar si se han implementado o no los efectos del mismo en el territorio nacional, resultaría contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad del procedimiento administrativo.

<sup>29</sup>

Endesa Latinoamérica es una empresa española controlada por Endesa, a través de la cual esta última controla de forma indirecta a empresas eléctricas ubicadas en Chile y Perú.



A continuación se analizarán los argumentos de defensa expuestos por Enel.

41. Respecto del principio de territorialidad de las normas invocado por Enel, esta Comisión considera oportuno señalar que el artículo 9 de la Ley de Concentraciones resulta claro al establecer que estarán comprendidos dentro de su ámbito de aplicación aquellos actos de concentración que, no obstante realizarse en el extranjero, involucran directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades eléctricas en el territorio nacional:

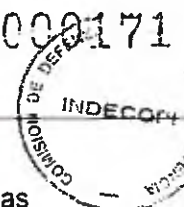
*“Artículo 9.- Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional.*

*El o los accionistas de la empresa domiciliada en el país, vinculados a las empresas que participan directamente en el acto de concentración, estarán obligados al cumplimiento de la presente Ley, encontrándose sujetos a las sanciones contempladas en la misma.”*

42. Así, a través de dicho artículo, la Ley de Concentraciones, en virtud a la teoría de los efectos, establece que su ámbito de aplicación incluye a aquellos actos de concentración que, pese a haber sido realizados en el extranjero, involucran a empresas que desarrollan actividades de generación, transmisión o distribución en el territorio nacional; es decir, aquellos actos de concentración que produzcan una modificación permanente de la estructura de control vigente de las empresas del sector eléctrico peruano.
43. Lo establecido por el artículo 9 de la Ley de Concentraciones no colisiona con el principio de territorialidad que Enel señala, puesto que en el caso de los actos de concentración, los efectos de dichas operaciones son inmediatos en todos aquellos lugares donde las empresas que se concentran operan directa o indirectamente.
44. Es decir, como resultado de la realización del acto de concentración, la modificación permanente en la estructura de control de las empresas involucradas, y de todas aquellas bajo su control, se presenta inmediatamente, sin interesar si el acto se realizó en el extranjero o en el territorio nacional.
45. En efecto, sin importar el lugar donde se realice el acto de concentración, su consumación origina el efecto inmediato de modificar la estructura de control de las empresas involucradas, y de todas aquellas empresas sobre las que éstas ejercen control directo o indirecto. La modificación de la estructura de control otorga, a favor de la empresa que lo adquiere, la potestad de decidir sobre las actividades de las empresas involucradas, situación que se puede manifestar realizando o no realizando cambios en la organización o el funcionamiento de dichas empresas<sup>30</sup>.

<sup>30</sup>

La toma de control de una empresa se puede manifestar, por ejemplo, de forma activa mediante la modificación de la política comercial, para innovar, o pasiva, mediante la preservación de la misma, para defender una gestión. Por



Asimismo, la modificación de la estructura de control de las empresas involucradas podría variar la estructura del mercado y alterar sus condiciones de competencia y libre concurrencia. Por tal motivo, en general, las normas sobre control de concentraciones tienen como objetivo evitar los actos de concentración que produzcan una modificación permanente en las estructuras de control de las empresas involucradas sin que la autoridad haya tenido la oportunidad de analizarlas.

46. En ese orden de ideas, considerando que el principio de suspensión de la norma establece que el acto de concentración no se realice sin la autorización de la Comisión, motivo por el cual dicho acto carecerá de efectos legales; y, que la Ley de Concentraciones establece su ámbito de aplicación comprendiendo a las operaciones realizadas en territorio nacional y en el extranjero, cuando involucran directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividad en el territorio nacional; la interpretación que Enel pretende dar a las normas, aduciendo que la suspensión solo involucra a los efectos en el territorio nacional de las operaciones realizadas en el extranjero, no resulta aplicable, motivo por el cual no existe vulneración alguna al principio de coherencia normativa.
47. Sin perjuicio de lo señalado, la investigada ha manifestado que:
- Para guardar la coherencia interna de la Ley de Concentraciones es necesario considerar el artículo 6 en relación con el artículo 3. Ello implica que, dado que el artículo 6 tipifica como supuesto infractor la realización de la concentración antes de la decisión de la Comisión, para poder ser sancionada debe estarse a una de las dos formas en que, de acuerdo con el artículo 3, se puede incurrir en un acto sancionable. La primera es cuando la concentración se realiza en el territorio nacional, supuesto en el cual la sola concentración llena de contenido al artículo 6. La segunda es cuando la concentración se realiza en el extranjero, supuesto en el que se necesita la concentración más los efectos de dicha concentración en el territorio nacional para llenar de contenido al artículo 6; y,
  - Dado que el presente caso se trata de una operación realizada en el extranjero, en la que solo se ha ejecutado un elemento del supuesto, es decir, el acto de concentración, sin efectos en el territorio nacional, no se presenta el supuesto de la norma que permitiría imputar a Enel una infracción.
48. En consecuencia, la imputada sustenta su defensa en el hecho de que, aun habiéndose realizado el acto de concentración antes de la decisión de la Comisión, no hay efectos; y dichos efectos, según su entender, son los que la norma pretende evitar en el caso de las concentraciones realizadas en el extranjero.

---

lo cual, la no modificación de la política comercial, u otras acciones, no puede ser entendida en si misma como la ausencia del ejercicio de control.

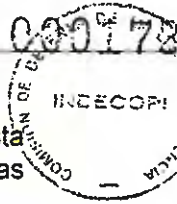


49. Al respecto, esta Comisión considera que, teniendo en cuenta que no existe controversia respecto de que se realizó el acto de concentración antes de su decisión, el único punto discutible tiene que ver con sus efectos. Es decir que, para analizar este extremo y resolver si hay o no conducta infractora, es necesario analizar si la Ley de Concentraciones prevé el requisito de que para sancionar concentraciones hechas en el extranjero sin autorización de la Comisión, es imperioso que existan efectos propios de la nueva estructura de control. Asimismo, en el supuesto de que exista en la Ley de Concentraciones el requisito sobre los efectos, será necesario evaluar cuáles son los efectos que prevé la norma para que se imponga sanción a los infractores del artículo 6.
50. Para ello es necesario analizar la naturaleza de la Ley de Concentraciones. Al respecto, debe considerarse que el Derecho de Defensa de la Libre Competencia se divide en dos grandes áreas, el control de conductas anticompetitivas y el control de concentraciones empresariales<sup>31</sup>. En el Perú, el control de conductas anticompetitivas se realiza a través del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>32</sup> (en lo sucesivo, la Ley de Competencia); mientras que el control de concentraciones empresariales, el cual se reserva únicamente al sector eléctrico, se realiza a través de la Ley de Concentraciones y su Reglamento.
51. Así, la Ley de Competencia y la Ley de Concentraciones, si bien son herramientas complementarias del Derecho de Defensa de la Libre Competencia, responden a objetivos y fundamentos distintos. La primera, tiene como objetivo reprimir y sancionar de manera ex-post toda conducta anticompetitiva realizada por los distintos agentes económicos que participan en el mercado. La segunda, busca supervisar de manera ex-ante la modificación permanente en la estructura de control de las empresas que generen cambios en la estructura del mercado, con la finalidad de evitar que se disminuyan, dañen o impidan, las condiciones de competencia y la libre competencia.
52. En particular, la Ley de Concentraciones busca evitar que una empresa lleve a cabo una operación de concentración que le permita adquirir el control sobre otra empresa y, en consecuencia, la posibilidad o capacidad de influir en sus decisiones, sin que la autoridad haya podido determinar si el resultado de la operación es uno acorde con el mercado. Así, no es posible realizar una modificación en la estructura del mercado que tenga el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre competencia.
53. La característica ex-ante del actuar de la autoridad de competencia, en lo que al control de concentraciones se refiere, subyace a toda la norma, y se basa en la importancia de ejercer un control previo al acto de concentración, teniendo en

Disponible

<sup>31</sup> BONER, Roger y KRUEGER, Reinald. "The Basic of Antitrust Policy: A Review of Ten Nation and The European Communities". World Bank Technical Paper Number 160. 1993. pp. 68 y 69. The World Bank. También ver: RUIZ, Gonzalo. "Control de Concentraciones versus Regulación de Conductas: ¿Complementos o Sustitutos?". En: Boletín Latinoamericano de Competencia N° 5 (Parte 2). Noviembre, 1998. pp. 60 y 61.

<sup>32</sup> Publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2008.



cuenta que una vez realizado éste, es mucho más difícil y costoso, e incluso hasta podría ser imposible, revertir sus efectos. Aquí reside una de las principales ventajas del control ex-ante de estructuras<sup>33</sup>.

54. El sistema que el Perú ha adoptado, y que está reflejado en la Ley de Concentraciones, es el de control previo o ex-ante. Es decir, aquél en el cual, los posibles efectos son evaluados con anterioridad al acto de concentración, no estando permitida la concentración sin que medie previamente la autorización de la Comisión.
55. Teniendo en cuenta la naturaleza de la Ley de Concentraciones, ahora se evaluará la tesis de defensa planteada por Enel. En principio debe quedar claro que el objetivo que la norma persigue al momento de evaluar una solicitud de autorización es evitar que las concentraciones se lleven a cabo sin que la autoridad haya podido analizarla. Por ello es que se erige como un sistema ex-ante y no como un sistema ex-post<sup>34</sup>.
56. Ese es el sentido que tiene el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y 11 de su Reglamento: prohibir que las concentraciones se realicen sin autorización de la Comisión. Así, estas normas son enfáticas en establecer su ilicitud, señalando que no podrán realizarse, es decir, poniendo énfasis en su prohibición; y, además, indicando que no tendrán efecto alguno, es decir, estableciendo las consecuencias de un acto antijurídico.
57. Por lo tanto, respecto a un posible requisito para la configuración de la infracción analizada, referido a la evaluación de los efectos en el territorio nacional de una operación de concentración realizada en el extranjero, se debe recurrir a lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley de Concentraciones.
58. El referido artículo califica como conducta sancionable a realizar el acto de concentración luego de presentada la solicitud pero sin esperar la decisión de la Comisión, bastando determinar si el acto de concentración involucra de manera directa o indirecta a empresas, nacionales o extranjeras, que desarrollan actividades en el sector eléctrico nacional; incluyendo a aquellos actos de concentración realizados en el extranjero conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Concentraciones.
59. El artículo 6 de la Ley de Concentraciones no señala que se deba evaluar los efectos para la determinación de la infracción. Señala simplemente como supuesto al acto de concentración realizado antes del pronunciamiento de la Comisión.

<sup>33</sup> TÁVARA MARTÍN, José Ignacio y DIEZ CANSECO NÚÑEZ, Luis José. "Estabilizando el péndulo. Control de fusiones y concentraciones en el Perú". En: THEMIS-Revista de Derecho N° 47. 2003. p. 166.

<sup>34</sup> El control ex-ante, y por lo tanto, la importancia de que no se realicen actos de concentración sin que la autoridad haya tenido la oportunidad de analizarlas, es una condición internacionalmente aceptada; así por ejemplo, dicha disposición está contenida en el Reglamento sobre el control de las concentraciones entre empresas de la Comunidad Europea y la Ley Hart-Scott-Rodino de Estados Unidos de América.

60. Por ello, a juicio de esta Comisión, no resulta válida la interpretación propuesta por Enel sobre los efectos en el territorio nacional del acto de concentración realizado en el extranjero. Efectivamente, el artículo 6 de la Ley de Concentraciones dispone como infracción la realización de la concentración luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión.
61. Lo único que la Ley de Concentraciones contempla es la concentración en sí misma, es decir la modificación permanente en la estructura de control de las empresas involucradas; lo que, como ha sido reconocido por la propia Enel, sí sucedió en el presente caso. Cualquier efecto ex-post, relacionado con las actividades de las empresas resultado de la nueva conformación societaria, corresponde a un análisis de conductas.
62. En ese sentido, la acción señalada por Enel, consistente en haber ordenado a través de Endesa Latinoamérica a sus empresas en el Perú que no realicen cambios, podría constituir un mecanismo orientado a prevenir la realización de acciones contrarias a la Ley de Competencia y no a la Ley de Concentraciones; pues dicha acción no impidió que se realizase la modificación en la estructura de control de las empresas involucradas y de todas aquellas bajo su control directo o indirecto, sino que solo habría impedido cambios en sus organizaciones o funcionamientos. Por ello, dicha acción no incumbe a la Ley de Concentraciones que, como se ha señalado, está referida a los cambios de control.
63. Por último debe señalarse que la conducta de Enel al presentar la Notificación es totalmente coherente con la lógica de la norma. En efecto, Enel, en cumplimiento de lo establecido por la Ley de Concentraciones, presentó a consideración de la Comisión su solicitud de autorización previa para una operación de concentración empresarial en el sector eléctrico peruano; es decir, puso a consideración de la Comisión si debía o no realizar la operación de concentración notificada. Sin embargo, esta acción no la libera de una posible infracción a lo previsto por el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, aludiendo la inexistencia de efectos de la concentración, que no son previstos por la propia ley para la configuración de la infracción.
64. Así, Enel conocía que la Ley de Concentraciones supervisa la posibilidad de modificación de la estructura de control, que como se señaló, es inmediato a la realización del acto de concentración mismo, no obstante, ejecutó la operación de concentración desconociendo la autoridad de la Comisión y las normas contenidas en la Ley de Concentraciones y su Reglamento.  
La tesis de Enel, respecto a la necesidad de tener en cuenta los efectos de la concentración, podría incluso conducir a la concepción equivocada de que dos empresas ubicadas en el territorio nacional podrían concentrarse y no notificar si consideran que no realizarán cambios en su organización o funcionamiento. En dicho supuesto, la Ley de Concentraciones no tendría ningún objeto, motivo por el cual dicha tesis no puede ser aceptada.

65. Por lo tanto, de lo expuesto, no resulta necesario evaluar los efectos del acto de concentración para verificar que la conducta de Enel es pasible de sanción administrativa conforme a lo previsto por la Ley de Concentraciones. Así las cosas, no se vulneran los principios de proporcionalidad ni razonabilidad del procedimiento administrativo, sino que en aplicación del principio de tipicidad que rige el ordenamiento jurídico, basta verificar el incumplimiento del presupuesto legal contenido en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, es decir, haber realizado el acto de concentración luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión.
66. En consecuencia, al haber realizado el acto de concentración notificado, luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión, Enel realizó un acto expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico; por lo tanto, esta Comisión considera que corresponde la imposición de una sanción conforme a lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley de Concentraciones.

#### IV. DETERMINACIÓN DE LA MULTA

67. Para la determinación de la multa hay que tener en cuenta lo establecido por la propia Ley de Concentraciones en su artículo 6. Este dispositivo establece límites distintos para las multas a imponer por infracciones a sus disposiciones, dependiendo del tipo de acción realizada. Así, el referido artículo establece un límite de 500 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) para aquellos actos relacionados con: omitir la presentación de la solicitud de autorización antes de ser efectuado, suministrar datos inexactos, o no proporcionen la información dentro de los plazos establecidos; y establece un límite distinto (se entiende superior) equivalente al 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad eléctrica en el territorio nacional, para aquellos actos relacionados con: realizar el acto de concentración omitiendo solicitar la autorización previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión, realizar un acto de concentración declarado incompatible o no cumplan con las medidas ordenadas por la Comisión:

*“Artículo 6.- La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI podrá imponer a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la presente Ley, multas por un importe no mayor a 500 UIT cuando: omitan la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado, suministren datos inexactos en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión, o no proporcionen la información dentro de los plazos establecidos.*

*Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión podrá importar multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad eléctrica en el territorio nacional, involucradas directa o indirectamente en la concentración -en los términos establecidos en el Artículo 3 de la presente Ley-, correspondientes al año inmediato anterior a la decisión de la Comisión, a las personas o*

*empresas a que se refiere el Artículo 4 de la misma, que: realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, realicen un acto de concentración declarado incompatible por tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia mediante decisión de la Comisión o no cumplan con las medidas ordenadas mediante decisión adoptada por la Comisión."*

68. Así, conforme lo establece la propia ley, realizar el acto de concentración luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión, resulta ser uno de los actos más graves que una empresa puede cometer contra lo dispuesto por la Ley de Concentraciones y su Reglamento, pues como la propia ley pone de manifiesto en su artículo 6, el límite superior de la multa a imponer está entre los más elevados.
69. En efecto, el tratamiento diferenciado se ve reflejado en sanciones distintas para ambos grupos de conductas. Para el primer grupo de conductas la Ley de Concentraciones señala que deben ser sancionados con una multa que no podrá ser mayor a 500 UIT. En cambio, para el segundo grupo de conductas, la norma indica que la multa podrá ser de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad en el territorio nacional, límite que podría ser superior a las 500 UIT dependiendo de las ventas o de los ingresos brutos percibidos por las empresas.
70. En tal sentido, teniendo en cuenta que la conducta de Enel, consistente en haber realizado el acto de concentración notificado luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión, configura una infracción pasible de sanción correspondiente al segundo grupo de conductas contemplado en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, corresponde ahora determinar el monto exacto.
71. Sobre el particular, es necesario tener en consideración el principio de razonabilidad. Dicho principio está recogido en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>35</sup>, aplicable de forma supletoria al presente procedimiento<sup>36</sup>. Este principio señala, en primer lugar, que las autoridades deben

<sup>35</sup>**Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

**3. Razonabilidad.-** Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

(...)

<sup>36</sup>**Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

(...)

prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas. Ello quiere decir que la autoridad debe buscar que el monto de la multa sea suficiente para disuadir la repetición de la conducta infractora.

72. Al respecto, esta Comisión resalta el hecho de que, a pesar de haber presentado su solicitud de autorización previa para una operación de concentración empresarial en el sector eléctrico peruano, Enel llevó a cabo el acto de concentración antes del pronunciamiento de la Comisión.
73. Es decir, la empresa infractora realizó el acto de concentración notificado conociendo de la norma que prohibía su realización; lo que implica que existió, de parte de la infractora, una deliberada intención de desconocer la Ley de Concentraciones. En consecuencia, a juicio de esta Comisión corresponde imponerle a Enel una multa ascendente a 1 000 UIT.
74. Por último, considerando de forma referencial que los ingresos obtenidos en el 2008 por las empresas que forman parte del grupo económico de Enel que realizan actividad en el territorio nacional, ascendieron a S/. 2 834 637 000.00<sup>37</sup>, y que el 10% de dichos ingresos, limite superior que la ley faculta a imponer como multa, equivale a S/. 283 463 700.00 (78 739.92 UIT); la multa impuesta a Enel (1 000 UIT) representaría ser poco más del 1% del limite establecido.

Estando a lo previsto en la Ley 26876, La Ley 27444 y la Constitución Política del Perú la Comisión de Defensa de la Libre Competencia:

#### RESUELVE:

**PRIMERO:** Declarar fundado el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Enel S.P.A., por haber realizado el acto de concentración notificado luego de presentada su solicitud pero antes de la decisión de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, hecho que configura una infracción al artículo 6 de la Ley 26876.

---

**Artículo 11.- Efecto de la Notificación.** Una vez notificada, la Operación de Concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto por los Artículos 18 o 25 del presente Reglamento según fuere el caso. Dicha Notificación no importa prejuzgamiento u opinión por parte de la Comisión o de la Secretaría sobre los méritos de la concentración, o de la existencia de posibles infracciones al Decreto o cualquier otra norma aplicable.

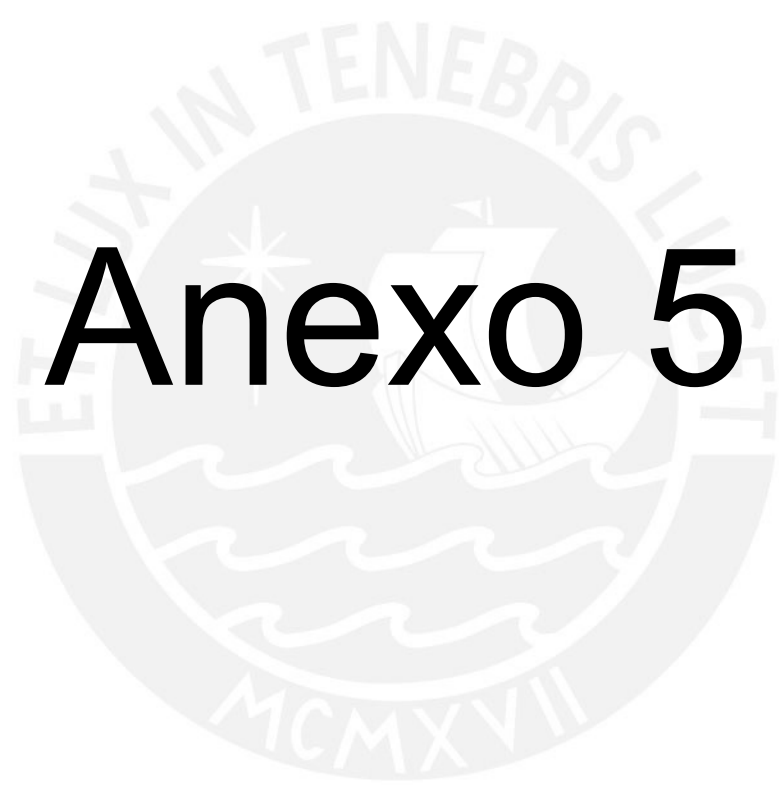
<sup>37</sup> Según los Estados de Ganancias y Pérdidas auditados para el 2008 disponibles en el portal electrónico de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV. Ver: [http://www.conasev.gob.pe/eefl/eefl\\_formato\\_gp\\_anual.asp?p\\_codigo=30004&p\\_ejercicio=2008A0A&p\\_tipoinf=I&p\\_origen=MV&p\\_eefl=2](http://www.conasev.gob.pe/eefl/eefl_formato_gp_anual.asp?p_codigo=30004&p_ejercicio=2008A0A&p_tipoinf=I&p_origen=MV&p_eefl=2) (Edegel), [http://www.conasev.gob.pe/eefl/eefl\\_formato\\_gp\\_anual.asp?p\\_codigo=30009&p\\_ejercicio=2008A0A&p\\_tipoinf=I&p\\_origen=MV&p\\_eefl=2](http://www.conasev.gob.pe/eefl/eefl_formato_gp_anual.asp?p_codigo=30009&p_ejercicio=2008A0A&p_tipoinf=I&p_origen=MV&p_eefl=2) (Edelnor); y, [http://www.conasev.gob.pe/eefl/eefl\\_formato\\_gp\\_anual.asp?p\\_codigo=47768&p\\_ejercicio=2008A0A&p\\_tipoinf=I&p\\_origen=MV&p\\_eefl=2](http://www.conasev.gob.pe/eefl/eefl_formato_gp_anual.asp?p_codigo=47768&p_ejercicio=2008A0A&p_tipoinf=I&p_origen=MV&p_eefl=2) (Eepsa).



**SEGUNDO:** Imponer una multa de 1 000 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) conforme se establece en el artículo 6 de la Ley 26876.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Libre Competencia: Paul Phumpiu Chang, Elmer Cuba Bustinza y Joselyn Olaechea Flores.

**Paul Phumpiu Chang**  
**Presidente**



# Anexo 5



INDECOPI

C 101

00 FEB 3 07 4 10

12703

RAYET REY CALVE

ABOGADOS **INDECOPI**  
 Comisión de Defensa de la Libre Competencia  
 04 FEB 2010  
**RECIBIDO**

RECIBIDO

000180

Expediente N°	010-2009/CLC
Secretario Técnico	Miguel Angel Luque Oyarce
Escrito N°	2
Sumilla	Apelación

**A LA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:**

**ENEL S.P.A.** ("Enel"), una sociedad debidamente constituida de conformidad con la legislación de la República de Italia, inscrita en la Cámara de Comercio de Roma con número No. 08933321005, con domicilio en Viale Regina Margherita, 137, Roma, Italia; señalando domicilio procesal para los efectos exclusivos del presente procedimiento administrativo en la Casilla No. 64 del INDECOPI; debidamente representada por su apoderado Sr. Daniel Abramovich Ackerman, identificado con D.N.I. No. 09344431, según poderes que obran en el Expediente No. 004-2009/CLC tramitado ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (la "Comisión"); respetuosamente nos presentamos y decimos:

El día 14 de enero último, hemos sido notificados con la Resolución No. 001-2010/CLC-INDECOPI, fechada el día 7 de enero último (la "Resolución"), mediante la cual la Comisión resuelve declarar fundado el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra nuestra empresa, por la presunta infracción de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley No. 26876 (la "Ley de Concentraciones") e imponer una multa de 1000 UIT.

Por medio del presente, dentro del plazo de ley, procedemos a interponer recurso de apelación contra la Resolución, a efectos de que, en su oportunidad, la Sala de Defensa de la Competencia 1 del Tribunal del INDECOPI (la "Sala"), revoque y/o declare la nulidad de la Resolución.



ABOGADOS

## I. RESUMEN EJECUTIVO

En el presente escrito explicaremos en detalle los errores conceptuales y procedimentales en los que ha incurrido la Comisión en la Resolución impugnada, y desarrollaremos los fundamentos por los cuales confiamos que la Sala habrá de revocar y/o declarar la nulidad del acto administrativo recurrido, conforme se resume a continuación:

- 1.1 La Comisión ha imputado a nuestra empresa el haber concentrado el control sobre nuestras subsidiarias que desarrollan actividades en el sector eléctrico peruano, luego de haber notificado a la Comisión nuestra intención de llevar a cabo una operación que califica como un acto de concentración en los términos de la Ley de Concentraciones, pero antes que la Comisión concluya el procedimiento de evaluación y aprobación de esta operación. A entender de la Comisión, la actuación de nuestra empresa constituiría un acto de los tipificados por el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, razón por la cual, en la Resolución impugnada, la Comisión ha resuelto sancionar a Enel con una multa de 1000 UIT.
- 1.2 Así, en la Resolución impugnada, la Comisión ha sostenido que la Ley de Concentraciones impone a las empresas notificantes de una operación de concentración, una obligación de no llevar a cabo el acto jurídico que determinará el cambio de control sobre las empresas del sector eléctrico afectadas, ya sea que el acto jurídico en cuestión sea llevado a cabo en el Perú o en extranjero, y sin importar si éste acto jurídico se encuentra sujeto a ley peruana o a ley extranjera. Lo que es más, la Comisión expresamente

000182



ABOGADOS

argumenta, en el numeral 56 de la Resolución impugnada, que la Ley de Concentraciones considera que el llevar a cabo este tipo de actos jurídicos, sin la autorización de la Comisión, constituye un acto antijurídico ineficaz (*i.e.*, "sin efecto legal alguno").

Incorrecto

Como apreciará la Sala, lo que en buena cuenta sostiene la Comisión en la Resolución impugnada es que las disposiciones de una ley doméstica (*i.e.*, la Ley de Concentraciones) se aplican a actos jurídicos llevados a cabo en territorio extranjero y sujetos a ley extranjera. En otras palabras, que las consecuencias de una ley peruana alcanzan materias reservadas al derecho privado extranjero.

- 1.3 Como se explicará en detalle en el presente escrito, lo postulado por la Comisión en la Resolución impugnada no sólo resulta lesivo de los principios más elementales de territorialidad y soberanía en la aplicación de las leyes, propios del derecho consuetudinario internacional, sino que se contradice con pronunciamientos expresos emitidos por la propia Comisión en anteriores casos de control de concentraciones, en los cuales ésta ha reconocido que es "obvio que la norma [refiriéndose a la Ley de Concentraciones] no extiende la jurisdicción de la Comisión de Libre Competencia al ámbito internacional".

Como veremos en el presente escrito, la Ley de Concentraciones no tiene alcances extraterritoriales, aplicándose las consecuencias jurídicas previstas en las mismas a situaciones o hechos ocurridos en el Perú. Así, las disposiciones de ley peruana no pueden aplicarse a materias reservadas al derecho privado extranjero,



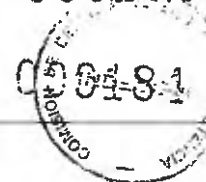
ABOGADOS

como, por ejemplo, la determinación de la validez y eficacia de obligaciones acordadas y sujetas a la ley extranjera.

No obstante lo anterior, como también fundamentaremos en extenso, conforme a la teoría de los efectos, de aplicación tanto para las disposiciones del derecho de la competencia que versan sobre prácticas restrictivas y monopólicas, como a las que versan sobre el control de concentraciones económicas, la ley peruana sí puede aplicarse para verificar los efectos que la ejecución de obligaciones contraídas en el extranjero, por personas extranjeras, puedan tener sobre las condiciones de la competencia en el Perú.

- 1.4 En el caso que ha motivado el presente procedimiento administrativo, Enel adoptó, ante la ausencia de mecanismos de dispensa o consulta que son comunes en el derecho comparado, pero que no se encuentran previstos en la legislación peruana, una serie de previsiones para asegurar que el cierre de la operación de concentración llevada a cabo en el extranjero que se encontraba siendo analizada por la Comisión, no produjera los efectos propios de una concentración económica, en los términos de la Ley de Concentraciones, sino hasta que la Comisión autorizara esta consecuencia. De este modo, se resguardó plenamente el interés público cautelado por la Ley de Concentraciones.

Lamentablemente, en la Resolución impugnada, la Comisión decidió no analizar siquiera estas previsiones voluntarias y transparentemente adoptadas por Enel, partiendo de una inadecuada comprensión de la teoría y práctica comparada en materia de control de concentraciones.



PAYET REY GAUVE

ABOGADOS

- 1.5 Habiendo erradamente considerado que Enel habría infringido las disposiciones de la Ley de Concentraciones, a efectos de determinar la sanción aplicable al presente caso, en la Resolución impugnada la Comisión ha sostenido que en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones se establecen límites de multas distintos (i) para el caso de una empresa que realiza un acto de concentración sin solicitar la autorización previa de la Comisión (*i.e.*, hasta 500 UIT) y (ii) para el caso de una empresa que realiza un acto de concentración luego de solicitar la autorización previa de la Comisión y antes de emitirse la resolución de autorización respectiva (*i.e.*, hasta el 10% de los ingresos netos percibidos en el Perú). En el caso que nos ocupa, sobre la base de lo anteriormente explicado, la Comisión sostiene que la Ley de Concentraciones prevé la posibilidad de imponer una multa máxima equivalente al 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las subsidiarias de Enel.

Como se explicará en el presente escrito, lo sostenido por la Comisión resulta no sólo jurídicamente asistemático e ilegal (resultando en una interpretación contraria al principio de legalidad y tipicidad en materia sancionadora), sino que es incongruente con los más elementales objetivos perseguidos por la normativa de control de concentraciones. Como apreciará la Sala, la dicotomía postulada por la Comisión nos llevaría a concluir que, desde la perspectiva de una empresa que adquiere control, es preferible llevar a cabo clandestinamente una operación sin notificar a las autoridades pues la sanción aplicable, en caso de ser detectada, resultará ser mucho menor. En otras palabras, la Ley de



ABOGADOS

Concentraciones estaría incentivando a que no se le brinde siquiera a la autoridad la oportunidad de evaluar previamente una operación antes de su consumación, restándole toda eficacia a un sistema *ex-ante* de control de estructuras.

- 1.6 Por último, al momento de graduar la sanción impuesta, la Comisión, inexplicablemente, se ha centrado únicamente en la presunta intencionalidad de nuestra empresa, presumiendo, contrario a Derecho, el dolo en la realización de los hechos que han motivado el presente procedimiento.

Más grave aún, la Comisión ha omitido por completo referirse a cuando menos cinco (5) criterios de graduación de sanciones que, conforme a disposiciones de orden público contenidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, no sólo son de obligatoria aplicación, sino que deben evaluarse siempre antes de analizarse la supuesta intencionalidad del presunto infractor. Como resultado de esta actuación sesgada, la Comisión ha resuelto imponer a Enel una sanción de 1000 (UIT) que, como explicaremos, resulta ser a todas luces desproporcionada, y por tanto nula, sin perjuicio de resultar insólita en del Derecho de la Competencia peruano.

De haber actuado con apego a la Ley, la Comisión habría necesariamente arribado a la conclusión que todas las autoridades involucradas en el procedimiento de autorización previa (Incluyendo la propia Comisión) han coincidido, de manera unánime, en concluir que, como resultado de la ejecución de la operación cuestionada, no han existido variaciones de las condiciones de competencia y la libre concurrencia al mercado



ABOGADOS

eléctrico peruano, por lo que es imposible concluir que ha habido una afectación al interés público y bien jurídico cautelado por la Ley de Concentraciones. Del mismo modo, la Comisión hubiera concluido que en el caso que nos ocupa no se ha causado un perjuicio económico, que Enel no es reincidente o reiterante en la supuesta infracción que le ha sido imputada ni ha obtenido un beneficio como consecuencia de la conducta que la Comisión ha considerado infractora, que existen múltiples circunstancias en torno a los hechos que han motivado el presente procedimiento sancionador que explican lo acontecido y que la actuación de Enel en todo momento ha revelado un intención de actuar con apego a la legislación peruana.

## II. INTRODUCCIÓN

### A) Antecedentes

- 2.1 Como es de conocimiento de la Sala, Endesa, S.A. ("Endesa") es la primera compañía eléctrica privada de Iberoamérica. Desde los años 90, Endesa realiza operaciones en el sector eléctrico peruano, a través de sus subsidiarias Empresa Eléctrica de Piura S.A. ("Eepsa"), Edegel S.A.A. ("Edegel") y Edelnor S.A.A. ("Edelnor").
- 2.2 En el año 2007, Enel y la empresa Acciona, S.A. ("Acciona") eran directa o indirectamente, accionistas de Endesa, con participaciones del 9,993% y del 21,036% respectivamente, no ejerciendo ninguna de ellas control sobre Endesa.



ABOGADOS

El 26 de marzo de 2007, Enel y Acciona celebraron un "Acuerdo sobre acciones de Endesa S.A." (el "Acuerdo Inicial"), en virtud del cual ambas partes -junto con sendas subsidiarias- se obligaron a formular una oferta pública de adquisición conjunta sobre las acciones de Endesa (la "OPA") y, a su vez, acordaron una serie de mecanismos que les permitirían desarrollar un proyecto de gestión compartida de Endesa en caso que la OPA obtuviera un resultado positivo.

La OPA fue autorizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España el 25 de julio de 2007. Como resultado de la OPA, Enel elevó su participación en Endesa a poco más del 67% del capital y Acciona aumentó su participación en Endesa a poco más del 25% del capital.

- 2.3 El Acuerdo Inicial incluía una serie de compromisos que determinaron que Enel y Acciona ostentasen una situación de control conjunto sobre Endesa. Esta situación de control conjunto fue así declarada por las autoridades de defensa de la competencia de la Comunidad Europea (en particular, Decisión de la Comisión Europea del 5 de julio de 2007).

Por otro lado, en el Acuerdo Inicial, Enel concedió a Acciona una opción de venta de sus acciones (la "Opción de Venta"), *"anticipando los posibles conflictos de interés entre las Partes derivados de las relaciones industriales que nacerán como consecuencia de la ejecución de este contrato, eventuales Situaciones de Bloqueo, la posible frustración de la toma de Control Efectivo, la complejidad de un proceso de División y la*





ABOGADOS

*conveniencia de que sea posible mantener la integridad empresarial de Endesa". En esencia, en virtud de la Opción de Venta, Acciona tenía el derecho de transmitir a Enel la totalidad de las acciones de Endesa que sean de su titularidad.*

- 2.4 El 20 de febrero de 2009, Enel y Acciona -junto con sendas subsidiarias- celebraron un "Contrato de Compraventa de Acciones y Transmisión de Activos entre Acciona, Finanzas Dos, S.A., Enel, Enel Energy Europe, SrL y Endesa" (el "Contrato de Compraventa de Acciones").

En el Contrato de Compraventa de Acciones, las partes convinieron en ejercer la Opción de Venta (la "Operación"), sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas (las "Condiciones Suspensivas") enunciadas en la cláusula 9 del acuerdo. Entre las Condiciones Suspensivas figuraba, como veremos luego, la obtención de las pertinentes autorizaciones sin condiciones de "*las autoridades competentes de Defensa de la Competencia, nacionales o comunitarias, que fueran necesarias*" (subrayado agregado).

Por otro lado, en la cláusula 9.5 del Contrato de Compraventa de Acciones, Enel y Acciona acordaron que, una vez cumplidas las Condiciones Suspensivas (con excepción de una condición referida a temas de financiamiento), las partes fijarían la fecha en que se formalizaría la transferencia de acciones de Endesa, lo cual debería acontecer dentro de "*los quince (15) días inmediatamente posteriores a la fecha en que tengan constancia del cumplimiento*



ABOGADOS

de todas las Condiciones Suspensivas" (énfasis y subrayado agregado).

Finalmente, en la cláusula 17.1 del Contrato de Compraventa de Acciones se estipuló que el mismo "se registrá íntegramente por la ley común española" (énfasis y subrayado agregado).

- 2.5 El 21 de abril último, Enel notificó a la Comisión la Operación, dando cumplimiento a la Ley de Concentraciones, para cuyos efectos cumplimos con acompañar copia del "Formulario Para la Notificación de Concentraciones en el Sector Eléctrico" ("Formulario de Notificación") aprobado por la Comisión. En la sección 9.2 del Formulario de Notificación, Enel informó a la Comisión que la "fecha tope prevista para que se produzca el efectivo cumplimiento de todas las condiciones suspensivas acordadas [en el Contrato de Compraventa de Acciones] es el 20 de agosto de 2009" (subrayado agregado).

Es de destacar que al Formulario de Notificación se acompañó una voluminosa información relativa, no solo a la Operación, sino también a las sociedades peruanas afectadas, a las sociedades extranjeras que intervinieron en la misma y a sus apoderados. Tal documentación, por ser, en ocasiones, de origen extranjero, debió traducirse al idioma castellano y legalizarse ante autoridades de otros países, procedimientos que, por lo tanto, y necesariamente, complicaron y demoraron involuntariamente la presentación de dicho Formulario de Notificación ante la Comisión.



ABOGADOS

Durante la tramitación del procedimiento, la Secretaría Técnica de la Comisión extendió los plazos máximos permitidos por la Ley de Concentraciones para evaluar la solicitud presentada.

- 2.6 Encontrándose aún pendiente la emisión, por parte de la Comisión, de la respectiva resolución de autorización de la Operación notificada, se cumplieron las Condiciones Suspensivas previstas en el Contrato de Compraventa de Acciones. Como consecuencia, atendiendo a lo acordado en la cláusula 9.5 de ese acuerdo, las partes se vieron en la obligación de fijar la fecha en que se formalizaría la transferencia de acciones de Endesa, lo cual, como hemos explicado, debía acontecer dentro de "los quince (15) días inmediatamente posteriores a la fecha en que tengan constancia del cumplimiento de todas las Condiciones Suspensivas" (subrayado agregado).

Para estos efectos, el **18 de junio de 2009**, Enel y Acciona -junto con sendas subsidiarias-, anunciaron al mercado que, dando cumplimiento a lo acordado en la cláusula 9.5 del Contrato de Compraventa de Acciones, y habiéndose cumplido todas las Condiciones Suspensivas del Contrato pertinentes, fijaban como fecha para la ejecución del acto jurídico de transferencia de acciones el 25 de junio de 2009 ("Fecha de Cierre").

Asimismo, Enel y Acciona acordaron que en la Fecha de Cierre, se entregaría a Endesa cartas de renuncia irrevocable de todos los miembros de los órganos de administración de *"sociedades del Grupo Endesa"* nombrados a instancia de Acciona.



ABOGADOS

- 2.7 Atendiendo a lo expuesto en el numeral precedente, *dado que al momento en que se cumplieron las Condiciones Suspensivas, la Comisión no había aún emitido la resolución de autorización correspondiente a la Operación notificada, habiendo más bien prorrogado en múltiples oportunidades el plazo para emitir su decisión*, existía el riesgo que, llegada la Fecha de Cierre, el pronunciamiento de la Comisión pudiera aún encontrarse pendiente, pese a la evidente ausencia de efectos anticompetitivos de la Operación. Ante esta situación, y con el propósito de asegurar que la ejecución del acto jurídico de transferencia de acciones, y sus acuerdos complementarios, a llevarse a cabo 25 de junio de 2009, no produzcan efectos legales propios de una concentración, oponibles ante autoridades o terceras personas, en territorio peruano, en la sesión del Consejo Directivo de Endesa Latinoamérica, S.A. -empresa holding a través de la cual se ejerce el control indirecto en Eepsa, Edegel y Edelnor- llevada a cabo el **22 de junio de 2009** (ver Anexo 1-A del Escrito No. 1), conforme consta en el acta de la referida sesión (el "Acta 127") que se copia a continuación, se discutió y se acordó lo siguiente:



ABOGADOS

En cuanto a los efectos de esta operación para las filiales en Latinoamérica, se deja constancia que se encuentra en trámite la autorización de concentración solicitada por Enel en el mes de abril a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en Perú. Por tratarse de una operación de transferencia de acciones que se efectúa fuera de territorio peruano, sujeta a la ley española, la obtención de dicha autorización no es una condición necesaria para la adquisición de las acciones según el contrato celebrado entre Enel y Acciona, pero sí para que se produzcan efectos legales, oponibles ante las autoridades correspondientes o terceras personas, en territorio peruano, relacionados a la adquisición de control exclusivo por parte de Enel sobre las sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.

Atendiendo a lo expuesto, se acuerda dar inmediatas instrucciones a los representantes de Endesa Latinoamérica en las sociedades peruanas afectadas de forma que no se ejercerán actos, directos o indirectos, del control exclusivo, a través del ejercicio del derecho de voto de las acciones o de cualquier otro acto jurídico, quedando en suspenso el ejercicio del control hasta que se obtenga la referida autorización, lo que implica que, en tanto no se obtenga la referida autorización: (i) no se modificarán los órganos de administración de dichas sociedades, (ii) no se alterará la política comercial de dichas sociedades, ni (iii) en forma general se efectuará acto alguno que implique modificar la estructura de control vigente en las Sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.

- 2.8 Los días **18 y 25 de junio de 2009**, Enel, Acciona y Endesa remitieron una serie de comunicaciones a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España, dando cuenta la Fecha de Cierre, la ejecución del acto jurídico de transferencia de acciones materia del Contrato de Compraventa de Acciones y los cambios producidos en la conformación del Consejo Directivo de Endesa.

En paralelo, el mismo día 25 de junio de 2009, Eepsa, Edegel y Edelnor comunicaron, por separado, a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores ("CONASEV"), lo acontecido en España con motivo del cierre de la operación materia del Contrato de Compraventa de Acciones (ver Anexo 1-B, Anexo 1-C y Anexo 1-D del Escrito No. 1). En estas comunicaciones, que constituyen



ABOGADOS

ABOGADOS

documentos de fecha cierta, expresamente se informa, atendiendo a lo instruido en el Acta 127, que "los efectos de la referida operación están sujetos a los requisitos que fuesen aplicables bajo la legislación peruana" (subrayado agregado).

Finalmente y contrariamente a lo que ha sucedido en Endesa y en la propia Endesa Latinoamérica, S.A., donde tras el cierre de la Operación se han producido cambios tanto en los Consejos de Administración, como en la Dirección de dichas sociedades, en ejecución de lo instruido en el Acta 127, **entre los días 25 de junio y la fecha en que la Comisión finalmente emitió la resolución de autorización correspondiente a la Operación notificada**, no se modificaron los órganos de administración de Eepsa, Edegel y Edelnor, ni se alteraron las políticas comerciales de dichas empresas ni, en general, se realizaron actos que, de modo alguno, hayan implicado la modificación de la estructura de control vigente en tales empresas antes del 25 de junio de 2009 o que puedan ser interpretados como el ejercicio de un control exclusivo sobre estas sociedades por parte de Enel (ver Anexo 1-E, Anexo 1-E y Anexo 1-G del Escrito No. 1).

- 2.9 El **2 de julio de 2009**, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió el Informe No. 029-2009/ST-CLC-INDECOPI (el "Informe"), en el cual concluye que, si bien la Operación notificada calificaba como un acto de concentración sujeto a autorización previa conforme a las disposiciones de la Ley de Concentraciones y su Reglamento, la misma "*no implica el ingreso de un nuevo agente al mercado peruano, ni la reducción de los mismos, sino el reordenamiento interno de la estructura de control de [Endesa, S.A.]; por lo que no*



ABOGADOS

*existirán variaciones de las condiciones de competencia y la libre concurrencia al mercado". Atendiendo a ello, entre otras consideraciones, en el Informe, la Secretaría Técnica recomendó a la Comisión autorizar sin condicionamientos la Operación notificada.*

Mediante los informes No. 022-2009/MEM-DGE y No. 014-2009-OEE/OS, el Ministerio de Energía y Minas ("MINEM") y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería ("OSINERGMIN"), respectivamente, emitieron sus opiniones en relación con la Operación notificada, concluyendo ambos que el desarrollo de actividades en el sector eléctrico peruano no sería afectado por la ejecución de la misma.

Atendiendo a lo anterior, el **16 de julio de 2009**, la Comisión emitió la Resolución No. 058-2009/CLC-INDECOPI (la "Resolución de Autorización"), por medio de la cual autorizó sin condiciones la Operación notificada. En la Resolución de Autorización, la Comisión concluye lo siguiente:

*"37. (...) el cambio en el control sobre Endesa no implicaría una variación de la presencia de ésta en el mercado peruano, pues, de concretarse la operación de concentración notificada, Endesa continuaría operando a través de las mismas empresas con las que viene desarrollando actividades actualmente. En efecto, la operación de concentración notificada no implica que Endesa varíe de participación en el mercado peruano como resultado directo de la toma de control por parte de Enel.*



ABOGADOS

38. *En otras palabras, la toma de control sobre Endesa por parte de Enel no implica el ingreso de un nuevo agente al mercado peruano, ni la reducción de alguno de ellos, sino el reordenamiento interno de la estructura de control de dicha empresa.*

39. *En consecuencia, el desarrollo del mercado eléctrico peruano no será afectado por la ejecución de la operación de control notificada."*

## **B) La Imputación**

2.10 Mediante notificación de cargo fechada el día 9 de julio de 2009 (la "Notificación de Cargo"), la Comisión resolvió iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de nuestra empresa, por la presunta comisión de actos contrarios a la Ley de Concentraciones y el D.S. No. 017-98-ITINCI (el "Reglamento"). En particular, en la Notificación de Cargo se imputó a nuestra empresa lo siguiente:

*"...haber realizado el acto de concentración notificado a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, luego de presentada su solicitud el 21 de abril de 2009 pero antes de la decisión de la Comisión, hecho que verificaría el supuesto de infracción administrativa contemplado en el artículo 6 de la Ley 26876 y susceptible de sanción conforme a lo establecido en ese mismo dispositivo legal."*





ABOGADOS

### C) La Resolución impugnada

- 2.11 En la Resolución impugnada la Comisión concluye que Enel habría infringido lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, el cual tipifica como acto sancionable *"la realización de la concentración luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión"* (numeral 60 de la Resolución).

En los fundamentos de su decisión, la Comisión sostiene que para la determinación de la infracción antes referida no resulta necesario evaluar si el acto de concentración realizado en el extranjero tiene o no efectos propios de una concentración en el territorio nacional, bastando simplemente verificar si el acto de concentración se consumó o no.

En esta línea, la Comisión sostiene que la Ley de Concentraciones simplemente se limita a prohibir, por igual, (i) la mera consumación de un acto de concentración a ser llevado a cabo en el extranjero y sujeto a ley extranjera y (ii) la mera consumación de un acto de concentración a ser llevado a cabo en el Perú y sujeto a la ley doméstica, en tanto la Comisión no haya aún autorizado dicha concentración. Es decir, conforme al razonamiento de la Comisión, las consecuencias jurídicas de la Ley de Concentraciones peruana alcanzarían actos jurídicos celebrados en el extranjero y sujetos a legislación extranjera, lo que equivale sostener que la Ley de Concentraciones peruana ostenta alcances extraterritoriales.



ABOGADOS

- 2.12 No obstante lo anterior, la Comisión sostiene que su interpretación respecto de los alcances de la Ley de Concentraciones *"no colisiona con el principio de territorialidad"* (numeral 43 de la Resolución).

Sobre este particular, la Comisión sostiene que, en virtud de la teoría de los efectos, el ámbito de aplicación de la Ley de Concentraciones *"incluye a aquellos actos de concentración que, pese a haber sido realizados en el extranjero, involucran a empresas que desarrollan actividades de generación, transmisión o distribución en territorio nacional"*, entendiéndose como actos de concentración aquellos que produzcan *"una modificación permanente de la estructura de control vigente de las empresas del sector eléctrico peruano"* (numeral 42 de la Resolución).

No obstante, como hemos visto anteriormente, la Comisión considera que no resulta necesario evaluar si el acto de concentración tiene o no efectos propios de una concentración en el territorio nacional a efectos de determinar la infracción que se nos ha sido imputada. Es decir, por un lado, la Comisión sostiene que un acto de concentración es aquel que conlleva *"una modificación permanente de la estructura de control vigente de las empresas del sector eléctrico peruano"*, y, contradictoriamente, de otro lado, sostiene que para determinar si un acto de concentración se ha realizado, no resulta necesario evaluar si éste produjo o no los efectos propios de una concentración –es decir, si este produjo *"una modificación permanente de la estructura de control vigente de las empresas del sector eléctrico peruano"*.



ESTUDIO DE CASO

ABOGADOS

Como veremos luego, la contradicción en la que incurre la Comisión encuentra su origen en una inadecuada comprensión del concepto de "concentración". Para la Comisión, la modificación permanente de la estructura de control de una empresa es la consecuencia axiomática de la realización de un acto de concentración,<sup>1</sup> cuando lo cierto es que dicha modificación permanente de la estructura de control de una empresa es un presupuesto fáctico que debe ser evidenciado de antemano a efectos de poder concluir que se ha producido un acto de concentración. Es decir, se trata de un requisito que debe ser verificado (*i.e.*, analizando, precisamente, los efectos del acto en cuestión sobre la estructura de control de la empresa afectada) y no de una consecuencia automática.

I

- 2.13 De otro lado, a efectos de determinar el límite de la sanción a imponerse por la supuesta infracción incurrida, la Comisión interpreta que el artículo 6 de la Ley de Concentraciones establece límites de multas distintos (i) para el caso de una empresa que realiza un acto de concentración sin solicitar la autorización previa de la Comisión y (ii) para el caso de una empresa que realiza un acto de concentración luego de solicitar la autorización previa de la Comisión y antes de emitirse la resolución de autorización respectiva. A entender de la Comisión, en el primer caso, la Ley de Concentraciones fija una multa máxima de 500 UIT y, en el

<sup>1</sup> Así, la Comisión sostiene en el numeral 44 de la Resolución que "como resultado de la realización del acto de concentración, la modificación permanente en la estructura de control de las empresas involucradas, y de todas aquellas bajo su control, se presenta inmediatamente, sin interesar si el acto se realizó en el extranjero o en el territorio nacional".



FATE REG CAU

ABOGADOS

segundo caso, una multa máxima equivalente al 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos.

Partiendo de la interpretación antes reseñada, la Comisión concluye que el realizar un acto de concentración luego de presentada la solicitud, pero antes de la decisión de la Comisión, es un acto mucho más grave que el de simplemente obviar por completo solicitar la autorización respectiva y llevar a cabo el acto de concentración.

En el caso que nos ocupa, sobre la base de la dicotomía postulada, la Comisión sostiene que resultaría de aplicación una multa máxima equivalente al 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las subsidiarias de Enel.

2.14 Finalmente, en lo que concierne a los criterios para graduar la sanción a imponerse, en la Resolución impugnada, la Comisión se limita a esbozar dos ideas.

En primer lugar, la Comisión señala que atendiendo al principio de razonabilidad exigible en toda actuación de la Administración, las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas. De ello, la Comisión deriva que la autoridad debe buscar que el monto de la multa sea suficiente para disuadir la repetición de la conducta infractora.

En segundo lugar, la Comisión resalta el hecho de que, a pesar de haber presentado su solicitud de autorización previa para una





ABOGADOS



de autorización previa (...)” (subrayado agregado), a cargo de la Comisión.

Para delimitar los alcances de la disposición antes trascrita es necesario analizar qué se entiende por ‘concentración’.

- 3.2 En lo que concierne al concepto de ‘concentración’, la doctrina especializada define este término como “*un cambio duradero en la estructura [de control] de las empresas afectadas*” (subrayado agregado),<sup>2</sup> o como “*una ‘modificación de la estructura de control’ preexistente en una empresa o parte de una empresa (...) [con] carácter ‘estable’*” (subrayado agregado).<sup>3</sup>

La definición de concentración antes reseñada es compartida por la Comisión. Así, por ejemplo, en el pasado, la Comisión ha considerado que una adquisición de acciones “*sólo constituye una operación de concentración si produce una modificación relevante en la estructura de control de una empresa*” (subrayado agregado).<sup>4</sup> Del mismo modo, la Comisión ha reconocido que, a efectos de determinar la aplicabilidad de la Ley de Concentraciones a un caso concreto “*debe evaluarse si dichas operaciones ocasionaron una concentración de empresas, es decir, la modificación sustancial en la estructura de control de las empresas*” (subrayado agregado);<sup>5</sup> y, que “*el término*

<sup>2</sup> BRIONES, Juan, et al. El Control de Concentraciones en la Unión Europea. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 35.

<sup>3</sup> FOLGUERA Jaime y Patricia VIDAL. De las Concentraciones Económicas. En: MASSAGUER, José, et al. (Directores). Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia. Madrid: Thomson Civitas, 2008, pp. 283-284.

<sup>4</sup> Resolución No. 015-1998-INDECOPI-CLC.

<sup>5</sup> Resolución No. 012-1999-INDECOPI/CLC.



ABOGADOS

*concentración abarca al conjunto de operaciones (...) cuyo resultado es la adquisición por parte de una empresa del control sobre otra u otras empresas"* (subrayado agregado).<sup>6</sup>

Nótese que, conforme a los criterios de la Comisión antes reseñados, debe primero evaluarse si una operación ocasiona un cambio en la estructura de control de una empresa antes de poder calificar la operación como una de concentración. En otras palabras, conforme a los propios criterios de la Comisión, para concluir que se ha dado producido una concentración, debe siempre analizarse el efecto que la operación tiene sobre la empresa en cuestión.

La propia Ley de Concentraciones define el concepto de concentración en su artículo 2 como "*la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas"* (subrayado agregado) o un acto que "*confiera el control directo o indirecto de una empresa"* (subrayado agregado).

Conforme se aprecia, tanto para la doctrina, para la Comisión como para la Ley de Concentraciones, el concepto de 'concentración' se encuentra vinculado, de manera ingénita, al concepto de 'control'. Así, por definición, 'concentración' es un cambio, duradero y permanente, en la estructura de 'control' de la empresa o empresas afectadas.

<sup>6</sup> Resolución No. 016-2002-INDECOPI/CLC.



LABORAL Y CAJUN

ABOGADOS

control y  
concentra-  
ciones

3.3 En cuanto al concepto de 'control', para efectos de las normas de derecho de la competencia que versan sobre concentraciones, la doctrina es consistente al definir este término como "la capacidad para ejercer una 'influencia decisiva' sobre una empresa",<sup>7</sup> o como "la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa".<sup>8</sup>

En la jurisprudencia administrativa peruana, de manera consistente con lo señalado en la doctrina comparada, el concepto de 'control' se ha definido como la influencia preponderante y continua sobre los órganos de decisión de una persona jurídica. Para la Comisión, "la influencia preponderante y continua que implica el control, es aquella que permite definir las decisiones que configuran la estrategia competitiva de una empresa de forma repetida en el tiempo" la misma que puede ejercerse "sobre las decisiones estratégicas que se adoptan en la Junta General de Accionistas, el Directorio e incluso a través de las principales Gerencias".<sup>9</sup>

Así, concordando los conceptos de 'concentración' y 'control' antes explicados, tenemos que 'concentración' es un cambio, duradero y permanente, en la capacidad o posibilidad para influir, de manera preponderante y decisiva, en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas.

<sup>7</sup> Folguera y Vidal, op. cit., p. 284.  
<sup>8</sup> Briones, et al., op. cit., p. 40.  
<sup>9</sup> Resolución No. 012-1999-INDECOPI/CLC.





ABOGADOS

- 3.4 Habiendo delimitado los alcances del concepto de control, corresponde repasar brevemente qué decisiones estratégicas y comerciales suelen ser consideradas relevantes a efectos de determinar que una parte ostente el control sobre una empresa.

Al respecto, Folguera y Vidal explican lo siguiente:

*"Para que exista concentración económica es preciso que el control afecte a materias de la estrategia competitiva de la compañía. Aunque esta cuestión debe decidirse caso por caso, normalmente se trata de decisiones sobre el nombramiento de los miembros del Consejo de Administración, directivos y personal clave, aprobación del presupuesto anual, plan de negocio o realización de ciertas inversiones estratégicas de la empresa. No es preciso que los derechos de veto afecten a todas estas materias para apreciar la existencia de control. En ocasiones es suficiente que el veto afecte sólo a algunas de ellas, aunque no puede determinarse a priori cuáles son imprescindibles y cuales no. No obstante, en líneas generales la capacidad para determinar el presupuesto y el plan de negocio actual, así como el nombramiento de directivos tiene un carácter especialmente relevante a efectos de determinar la existencia de control" (énfasis y subrayado agregado).<sup>10</sup>*

En la jurisprudencia administrativa peruana, de manera consistente con lo señalado en la doctrina comparada, la Comisión ha señalado que el control suele "ejercerse sobre las decisiones estratégicas

<sup>10</sup> Folguera y Vidal, op. cit., p. 285.



ABOGADOS

que se adoptan en la Junta General de Accionistas, el Directorio e incluso a través de las principales Gerencias" (subrayado agregado).<sup>11</sup>

Así las cosas, si bien el ejercicio del control sobre una empresa ha de determinarse casuísticamente, por lo general, habrá control cuando una parte, o varias partes de manera conjunta, efectivamente puedan decidir autónomamente sobre el presupuesto y plan de negocios de la empresa afectada, sobre el nombramiento de sus directivos y principales gerentes o sobre la realización de inversiones de carácter estratégico para la empresa, entre otros.

**A.2 "Acto de Concentración" y "Operación de Concentración"**

3.5 Precisados los alcances del concepto de 'concentración', veamos ahora los conceptos de 'acto de concentración' y 'operación de concentración'.

Conforme a las disposiciones de la Ley de Concentraciones, el 'acto de concentración' es todo acto, contrato o figura jurídica, con independencia de la forma que revista, que conlleva como consecuencia una concentración, en los términos antes explicados. Así, en su artículo 2, la Ley de Concentraciones se señala lo siguiente:

<sup>11</sup> Resolución No. 012-1999-INDECOPI/CLC.



ABOGADOS

acto  
y  
operación  
de  
concentra-  
ción



**"Artículo 2.-** Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación "joint venture", asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares.

Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos" (énfasis y subrayado agregado).

A su vez, el concepto de 'operación de concentración' es, para efectos de la Ley de Concentraciones y su Reglamento, sinónimo de 'acto de concentración'. A estos efectos, en el artículo 2 inciso k) del Reglamento, se define 'operación de concentración' como "[t]odos los actos detallados en el Artículo 2" (subrayado agregado) de la Ley de Concentraciones.

Los conceptos antes desarrollados son consistentes con el tratamiento doctrinal comparado. La doctrina define acto u



ABOGADOS

operación de concentración, como *"cualquier operación, con independencia de su forma jurídica, [que] conlleva una modificación estable en la estructura de control de la totalidad o parte de una empresa"*.<sup>12</sup>

3.6 Así las cosas, concordando estos conceptos con los de concentración y control antes desarrollados, ha de concluirse que un acto u operación de concentración es el acto jurídico, con independencia de su forma, que conlleva como efecto o consecuencia un cambio, duradero y permanente, en la capacidad o posibilidad para influir, de manera preponderante y decisiva, en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas.

**B) Introducción al principio de suspensión de la concentración**

3.7 Los regímenes de control de concentraciones económicas, basados en mecanismos de autorización previa, como es el caso de la Ley de Concentraciones, suelen consagrar entre sus disposiciones, como principio general, la suspensión de la concentración, en tanto no se haya emitido la decisión de autorización correspondiente. Así, como explican Briones, et al., comentando el régimen de control de concentraciones comunitario europeo:

*"El principio general (...) establece que no podrá llevarse a cabo una concentración ni antes de ser notificada ni hasta que haya sido*

<sup>12</sup> Folguera y Vidal, op. cit., p. 283.



ABOGADOS

*declarada compatible con el mercado común. Ello supone la instauración de un principio de efecto suspensivo completo mientras no haya una decisión explícita (...) o implícita (...) favorable sobre el asunto por parte de la Comisión".<sup>13</sup>*

El objetivo perseguido por esta suspensión, como explican los citados autores, es impedir "a la empresa [adquirente] ejercer su control de manera efectiva sin autorización de la [autoridad]" (énfasis y subrayado agregado).<sup>14</sup> De este modo se asegura que las condiciones de la competencia en el mercado no se vean afectadas sino hasta que la autoridad competente pueda evaluar apropiadamente las consecuencias de la concentración notificada.

- 3.8 En el caso peruano, la suspensión de la concentración se encuentra regulada en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento, de la siguiente manera:

*"Artículo 3.- Antes de realizar actos de concentración (...) deberá solicitarse la autorización previa (...) sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno" (subrayado agregado).*

*"Artículo 11.- Efecto de la Notificación. Una vez notificada, la Operación de Concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente (...)" (subrayado agregado).*

<sup>13</sup> Briones, et al., op. cit., p. 300.

<sup>14</sup> Ibid.

ABOGADOS

Como se aprecia de la lectura concordada de las normas antes transcritas, en el Perú, la suspensión alcanza a los "actos de concentración" (artículo 3) o, lo que es lo mismo, a la "operación de concentración" (artículo 11) -es decir, como hemos explicado anteriormente, al **acto jurídico** que conlleva como consecuencia un cambio de control sobre las empresas afectadas. Estas normas disponen que, en tanto no se haya obtenido la resolución de autorización correspondiente, tales actos jurídicos (i) "no podrán realizarse" (artículo 3) o "ser consumados" (artículo 11), ni (ii) "tendrán" (artículo 3) o alcanzarán "efecto legal alguno" oponible ante las "autoridades correspondientes o terceras Personas" (artículo 11).

- 3.9 Ahora bien, las normas relativas a la suspensión de la concentración suelen ser complementadas, en el derecho comparado, con dos conjuntos de disposiciones que pasaremos a explicar.

En primer lugar, es común encontrar en las normas relativas a concentraciones económicas en el derecho comparado, disposiciones que contemplan mecanismos para solicitar a las autoridades competentes el *waiver* o la dispensa de la suspensión. Como comprenderá la Sala, el levantamiento de la suspensión de concentración muchas veces resulta imperativo, atendiendo a que los plazos necesarios para que las autoridades estudien adecuadamente las posibles implicancias para el proceso competitivo de la autorización de la concentración pueden resultar incompatibles, por ejemplo, con la dinámica de la ejecución de una operación que involucra múltiples jurisdicciones.



ABOGADOS



Un ejemplo típico de dispensa, explícitamente previsto tanto en la legislación sobre concentraciones económicas en la comunidad europea, así como en las legislaciones nacionales de los países miembros de la Unión Europea ("UE"), es el de las ofertas públicas de adquisición. Por lo general, todas estas legislaciones permiten al oferente obtener la dispensa y realizar los anuncios de la oferta, iniciar el plazo de aceptación e, incluso, perfeccionar la adquisición de las acciones, *siempre y cuando* no ejerza los derechos de voto inherentes a las acciones adquiridas o lo haga sólo para salvaguardar sus inversiones, en tanto las autoridades competentes no emitan su pronunciamiento definitivo. Así las cosas, "no es la transferencia legal de la propiedad sobre las acciones, sino el ejercicio de los derechos adheridos a tales acciones, lo que se considera constituye la implementación de la concentración" (énfasis y subrayado agregado).<sup>15</sup>

Como explican Briones, et al., el dispensar la suspensión, condicionado a que no se ejerzan los derechos de voto sobre los valores adquiridos, "salvaguarda básicamente el fin perseguido por el principio [de suspensión de la concentración], ya que impide a la empresa que lanza la OPA ejercer su control de manera efectiva sin autorización de la Comisión al no poder ejercitar sus nuevos derechos de voto con el fin de determinar la estrategia

<sup>15</sup> KIRCH, Pierre y Gaëlle LE BRETON. France. En: VERLOOP, Peter y Valérie LANDES (Eds.). Merger Control in Europe. La Haya: Kluwer Law International, 4a. ed., p. 149. Traducción libre: "...not the transfer of the legal ownership of shares, but the exercise of the rights attached to such shares, is deemed to constitute the implementation of concentration".



RAYET REY CAUPE

ABOGADOS

competitiva de la empresa objetivo" (énfasis y subrayado agregado).<sup>16</sup>

Del mismo modo, en caso de dispensas otorgadas en operaciones de concentración por mecanismos distintos a la OPA, éstas suelen ser otorgadas imponiendo al notificante condiciones prohibiéndole ejercer el control efectivo sobre la empresa afectada, o destinadas a asegurar condiciones de competencia efectiva en el mercado.<sup>17</sup>

Hacemos notar a la Sala que, inexplicablemente, la Ley de Concentraciones y el Reglamento no regulan mecanismos de dispensa como los antes reseñados.

- 3.10 Finalmente, las normas relativas a la suspensión de la concentración suelen también ser complementadas, en el derecho comparado, con potestades sancionadoras, a cargo de las autoridades competentes, a efectos de disuadir a las empresas involucradas de llevar a cabo aquellas concentraciones que pudieran tener efectos anticompetitivos, vulnerando así el efecto de suspensión del ejercicio de control efectivo perseguido.

En el caso de las normas sobre control de concentraciones económicas en el Perú, tales potestades, y la tipología de las conductas consideradas sancionables, se desarrollan en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones y en los artículos 30 y 34 del Reglamento, sobre los que volveremos más adelante.

<sup>16</sup> Briones, et al., op. cit., p. 300.

<sup>17</sup> Ver, por ejemplo, RITTER, Lennart, et al. European Competition Law: A Practitioner's Guide. La Haya: Kluwer Law International, 2a. ed., 2000, p. 518.





PAVET REY CAUVE

ABOGADOS

**C) Los alcances extraterritoriales de las normas de derecho de la competencia**

- 3.11 Ahora bien, como no escapará del conocimiento de la Sala, es un principio del *derecho consuetudinario internacional*, fundamentado en nociones elementales de soberanía, que el ámbito espacial dentro del cual han de aplicarse las consecuencias jurídicas previstas en una ley doméstica, como es el caso de la Ley de Concentraciones y su Reglamento, es, naturalmente, el territorio del país en que ésta se promulga. Es claro, por ejemplo, que las consecuencias jurídicas previstas en una ley boliviana no alcanzan a las personas ubicadas, ni a situaciones o hechos ocurridos, en el Perú, ni viceversa. Así, una ley boliviana que prohíbe la compra de cigarrillos por personas menores de 25 años, no prohíbe a una persona de 21 años adquirir cigarrillos en el Perú, ni suspende la "realización" o "consumación" de un acto jurídico consistente en la compra de cigarrillos por esta persona en el Perú.

Cuando un acto jurídico, que califica como un acto u operación de concentración, es llevado a cabo en el Perú, la aplicación del principio de suspensión previsto en la Ley de Concentraciones y su Reglamento, no reviste dificultad alguna. Conforme a este principio, por ejemplo, una fusión por absorción entre dos sociedades independientes constituidas en el Perú dedicadas a la actividad de generación eléctrica, no podrá realizarse ni consumarse, en tanto se encuentre pendiente la respectiva autorización de concentración de la Comisión. Es decir, la eficacia del acto jurídico de fusión resultará condicionada a la obtención de



ABOGADOS

un pronunciamiento autoritativo por parte de la autoridad en materia de derecho de la competencia.

La ley doméstica, sin embargo, por principio general, como hemos explicado, no tiene alcances extraterritoriales. Así, por ejemplo, una ley boliviana no podría impedir que dos sociedades constituidas en el Perú acuerden fusionarse, ni condicionar la eficacia de este acto jurídico que se llevará a cabo en el Perú.

- 3.12 La problemática de los alcances extraterritoriales de las leyes domésticas no es ajena al derecho de la competencia. Como seguro es conocido por la Sala, las normas pioneras del derecho *antitrust* norteamericano, el *Sherman Act* y el *Clayton Act*, fueron originalmente concebidas para aplicarse a las empresas domésticas norteamericanas en sus actividades de comercio interestatal dentro de los Estados Unidos y, eventualmente, en sus actividades de comercio internacional como multinacionales, pero no para aplicarse a empresas foráneas y a los acuerdos celebrados e implementados por éstas en el extranjero. Lo que es más, durante las primeras décadas de su aplicación, las cortes norteamericanas respetaron el principio territorial de jurisdicción, tolerando las colusiones monopolísticas cuando éstas se celebraban e implementaban fuera del territorio norteamericano. Como explica Cynthia Day Wallace:

*"While antitrust legislation is itself an extensive subject, its primary aim is to protect competition, not to control the operations of foreign enterprises. It has, in fact, traditionally been directed by a*

Lo insertado  
000218 va  
000214  
COMISION DE DEFENSA DE LA  
INDECOF



ABOGADOS

government at its own national enterprises, whether those enterprises operate purely domestically or as multinationals (...).

It is clear, of course, that the pioneering antitrust law, the U.S. Sherman and Clayton Acts, have expressly applied to foreign as well as interstate commerce since their inception; but the control envisaged in 1890 at the time the Sherman Act was drafted, was not designed to be exercised over foreign firms but rather over U.S. firms operating in foreign markets. In the early days of the Sherman Act, the territorial principle of jurisdiction seems to have been generally respected and monopolistic collusions were treated by the U.S. legal authorities with more-or-less official indifference when arranged and implemented outside the country. (...)

[T]raditionally, antitrust legislation has largely been directed through a national legal system toward locally incorporated enterprises, be they national concerns operating domestically or multinationally, or be they affiliates of foreign-based parents, and when the laws are applied with an extraterritorial reach, that reach has normally been exercised through the home parent company to its affiliates, rather than through a foreign affiliate incorporated in the host state to its parent company abroad" (subrayado agregado).<sup>18</sup>

<sup>18</sup> WALLACE, Cynthia D. Legal Control of the Multinational Enterprise: National Regulatory Techniques and the Prospects for International Controls. Boston: Martinus Nijhoff, 1982, pp. 177-178. Traducción libre:

*"Mientras que la legislación antitrust en sí misma es una materia extensa, su objetivo primario es proteger la competencia, no controlar las operaciones de empresas extranjeras. Ha sido, por cierto, tradicionalmente dirigida por un gobierno a sus propias empresas nacionales, sea que éstas operen puramente domésticamente o como multinacionales. (...)*

*Es claro, por supuesto, que las leyes pioneras del derecho antitrust, las Sherman y Clayton Act de los EE.UU., han aplicado expresamente al comercio extranjero así como al interestatal desde su promulgación; pero el control previsto en 1890 al momento en que se redactó el Sherman Act, no fue diseñado para ser ejercido sobre empresas extranjeras sino más bien sobre empresas norteamericanas operando en mercados extranjeros. En*



PAYET REY CAUPE

ABOGADOS

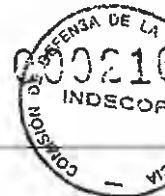
3.13 Con el tiempo, la dinámica del comercio internacional condujo a las autoridades de competencia norteamericanas, y luego a las europeas, a desarrollar y adoptar principios de aplicación de las normas de competencia que, sin lesionar los principios de soberanía, prohibiendo la actuación de personas o condicionando a eficacia de actos celebrados en territorios extranjeros, le permitieran a las autoridades domésticas sancionar los efectos que tales actuaciones pudieran tener dentro de su jurisdicción. Esto es lo que comúnmente se conoce como el *effects doctrine* o la teoría de los efectos.

La aplicación de la teoría de los efectos al ámbito del derecho de la competencia fue, inicialmente, un desarrollo de las cortes norteamericanas, postulado por el célebre juez Learned Hand en el caso *Alcoa* de 1945, de la siguiente manera:

*"...we are not to read general words, such as those in this [Sherman] Act, without regard to the limitations customarily observed by nations upon the exercise of their powers; limitations which generally correspond to those fixed by the 'Conflict of Laws.' We should not impute to Congress an intent to punish all whom its*

---

*los primeros días del Sherman Act, el principio de la territorialidad jurisdiccional fue generalmente respetado y las colusiones monopolísticas fueron tratadas por las autoridades legales norteamericanas con una indiferencia más o menos oficial cuando éstas habían sido acordadas e implementadas fuera del país. (...) Tradicionalmente, la legislación antitrust ha sido principalmente dirigida a través del sistema legal nacional hacia las empresas constituidas localmente, sean éstas sociedades nacionales operando domésticamente o como multinacionales, o sean subsidiarias de empresas matrices basadas en el extranjero; y cuando las leyes son aplicadas con un alcance extraterritorial, este alcance normalmente ha sido ejercido a través de la empresa matriz doméstica a sus subsidiarias, y no a través de una subsidiaria extranjera constituida en el país anfitrión a su matriz extranjera."*



ABOGADOS

*courts can catch, for conduct which has no consequences within the United States. (...) On the other hand, it is settled law (...) that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends (...)" (subrayado agregado).<sup>19</sup>*

La teoría de los efectos, como ha sido postulada para su aplicación al derecho de la competencia, deriva también de principios del derecho consuetudinario internacional que permiten a cada nación sujetar a su jurisdicción conductas que conllevan efectos suficientemente relevantes relacionados a su territorio. Así, como señalan Ritter, et al., explicando la aplicación de esta teoría al derecho de la competencia comunitario europeo:

*"The 'effects doctrine' was developed principally under the antitrust laws of the United States and the Federal Republic of Germany and has gradually been adopted in Community decisions. The 'effects doctrine' holds that a state has jurisdiction to prohibit restraints of competition committed by parties located outside its territory if the restraint causes anticompetitive effects within its territory. Although it is not stated in Community legislation, the Commission*

<sup>19</sup> *United States v. Aluminum Company of America and others*, 44 F.Supp.97; 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). Traducción libre:

*"...no hemos de leer las palabras generales, como las contenidas en el [Sherman] Act, sin considerar las limitaciones consuetudinarias observadas por las naciones al ejercer sus poderes; limitaciones que generalmente corresponden a aquellas establecidas en el 'Conflicto de Leyes'. No debemos imputar al Congreso el intento de castigar a todos aquellos que sus cortes pueden capturar, por conductas que no tienen consecuencias dentro de los Estados Unidos. (...) De otro lado, es ley establecida (...) que cualquier Estado puede imponer sanciones, incluso sobre personas que no se encuentren bajo su dominio, por conductas realizada fuera de sus fronteras, que tengan consecuencias dentro de sus fronteras, que el Estado reprime (...)"*.



ABOGADOS

ABOGADOS

*has derived the effects doctrine from the territoriality principle of customary international law that permits every nation to subject to its jurisdiction conduct that bears a sufficient relationship to its territory, i.e. when it is foreseeable that it has an immediate and substantial effect in the Community” (énfasis y subrayado agregado).<sup>20</sup>*

- 3.14 Para graficar la aplicación de la teoría de los efectos al derecho de la competencia, asumamos que tres sociedades bolivianas celebran un contrato, sujeto a la ley boliviana, por medio del cual acuerdan el precio de la soya a ser exportado al Perú. Los temas relacionados a la capacidad de tales sociedades para contratar, así como los relacionados a la validez y eficacia de las obligaciones contraídas se regirán por las disposiciones contenidas en las leyes de Bolivia. Así, en tanto tales sociedades tengan capacidad para contratar, y la ley Boliviana admita la posibilidad que se asuman obligaciones contractuales del tipo que son propias de un acuerdo de concertación de precios de exportación, el acto jurídico celebrado en Bolivia será válido y eficaz. A este respecto, las normas de derecho internacional privado contenidas en el Código Civil son claras en reconocer que la existencia y capacidad de las personas jurídicas de derecho privado “se rigen por la ley del país

<sup>20</sup> Ritter, et al., op. cit., pp. 62-63. Traducción libre:

“La ‘teoría de los efectos’ fue desarrollada principalmente bajo las leyes antitrust de los Estados Unidos y de la República Federal Alemana, y ha sido gradualmente adoptada en las decisiones de la Comunidad. La ‘teoría de los efectos’ sostiene que un Estado tiene jurisdicción para prohibir restricciones a la competencia incurridas por partes ubicadas fuera de su territorio si tales restricciones causan efectos anticompetitivos dentro de su territorio. Pese a que no ha sido proclamada en la legislación comunitaria, la Comisión ha derivado la teoría de los efectos del principio de territorialidad del derecho consuetudinario internacional que permite a cada nación sujetar a su jurisdicción conductas que conllevan una relación suficiente a su territorio, i.e. cuando es previsible que tendrá un efecto inmediato y substancial dentro de la Comunidad”.



INDECOPI

ABJURADOS

*en que fueron constituidas*" (artículo 2073); y, que las obligaciones contractuales "*se rigen por la ley elegida por las partes*" (artículo 2095).

Si bien las disposiciones de ley peruana no pueden aplicarse para determinar la capacidad para contratar de las sociedades ubicadas en Bolivia, ni la validez y eficacia de las obligaciones acordadas sujetas a la ley de Bolivia, por ser materias reservadas al *derecho privado* de ese país, conforme a la teoría de los efectos, las normas del derecho de competencia peruano, que son normas de *derecho público*, pueden sancionar los efectos que la ejecución de tales obligaciones puedan tener sobre las condiciones de la competencia en el Perú. Dicho de otro modo, las normas de competencia peruana no pueden impedir que tres sociedades constituidas en Bolivia acuerden concertar precios de exportación, ni condicionar de modo alguno la validez y eficacia de este acto jurídico, pero sí pueden, conforme a la teoría de los efectos, imponer sanciones a tales sociedades si la ejecución de este acto jurídico tiene efectos anticompetitivos en el mercado peruano.

- 3.15 La aplicación de la teoría de los efectos no es ajena al ámbito del derecho de la competencia peruano. Como recordará la Sala, si bien el derogado Decreto Legislativo No. 701, predecesor del actual Decreto Legislativo No. 1034 ("Ley de Competencia"), no contenía disposiciones expresas sobre la materia, la aplicación de la teoría de los efectos en derecho de la competencia peruano fue

PAYET RIVERA GALVEZ

ABOGADOS

explícitamente reconocida por la Comisión en el caso *APAVIT v. Alitalia y otros*,<sup>21</sup> de la siguiente manera:

*40. (...) esta Comisión considera que se encuentra facultada para sancionar a las empresas matrices transnacionales que, directa o indirectamente (a través de sucursales o filiales), hayan incurrido en la comisión de prácticas anticompetitivas (abusos de posición de dominio o prácticas colusorias), ello siempre y cuando la conducta produzca sus efectos en perjuicio del interés económico general dentro del territorio nacional. (...)*

*42. La "teoría de los efectos" plantea que lo relevante para la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia son los efectos reales o potenciales que produzca o pueda producir alguna conducta o acto de las empresas, sin importar el lugar donde las mismas se encuentran constituidas o realizan sus actividades. En tal sentido, la aplicación de la legislación sobre libre competencia centra el análisis en el ámbito geográfico sobre el cual pueden tener efectos restrictivos o dañinos las prácticas o actos que realizan las empresas, independientemente de que sean nacionales o extranjeras."*

Posteriormente, en junio de 2008, la aplicación de la teoría de los efectos en el ámbito del derecho de la competencia nacional fue elevada a rango de ley, mediante su expreso reconocimiento en el artículo 4 de la Ley de Competencia:

---

<sup>21</sup> Resolución No. 043-2004-INDECOPI/CLC.



PAYET REY CAUVE

ABOGADOS

**"Artículo 4.- Ámbito de aplicación territorial.-**

*La presente Ley es de aplicación a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aún cuando dicho acto se haya originado en el extranjero."*

Sobre el particular, en la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia se justifica la consagración legislativa de la teoría de los efectos de la siguiente manera:

*"La aplicación territorial de una norma suele consistir en la sujeción de una determinada conducta a la ley nacional del territorio donde aquélla ha tomado lugar. No obstante ello, en materia de defensa de la libre competencia, el ámbito de aplicación territorial se define por lo general en función a la denominada "teoría de los efectos", recogida en el artículo 4 del Proyecto. Bajo esta teoría, la Ley se aplica a todas aquellas conductas anticompetitivas que afecten la competencia en el territorio peruano, con prescindencia del lugar de su realización, que en muchos casos puede no circunscribirse a una determinada jurisdicción.*

*Considerando que el objeto jurídico protegido por la legislación de defensa de la competencia es el correcto funcionamiento del proceso competitivo, el test de los efectos permite reprimir precisamente aquellas prácticas que afecten la competencia en el territorio nacional, aun cuando el origen de la conducta anticompetitiva se haya dado en el extranjero."*

Como se aprecia de lo explicado en la Exposición de Motivos, la teoría de los efectos no persigue sujetar o condicionar la

realización de conductas llevadas a cabo el extranjero a la ley nacional, sino únicamente valorar los efectos que tales conductas puedan tener sobre la competencia en el mercado peruano.

- 3.16 Ahora bien, como es de conocimiento de la Sala, la aplicación de la teoría de los efectos no es exclusiva a las normas de derecho de la competencia que versan sobre prácticas restrictivas y otras conductas anticompetitivas, siendo, por el contrario, también un principio que inspira las disposiciones ordenadoras del ámbito de aplicación de las normas de control de concentraciones económicas en el derecho comparado.

Como explican Briones, et al., refiriéndose al control de concentraciones en la UE:

*"...en la práctica la naturaleza extraterritorial del [Reglamento de Control de las Operaciones de Concentración entre Empresas de la Unión Europea] se deduce de los criterios que establece para determinar la extensión comunitaria de las concentraciones. Así, siempre que las operaciones alcancen los umbrales de dimensión comunitaria (...), las entidades participantes en la operación constituidas en Estados no miembros de la UE y del EEE quedarán sometidas al ámbito del Reglamento sobre concentraciones, independientemente de que tales entidades tengan o no filiales, operaciones o activos en el territorio de la UE o del EEE".<sup>22</sup>*

<sup>22</sup> Briones, et al., op. cit., p. 346.



ABOGADOS

Como se aprecia, las normas de concentraciones económicas de la Comunidad Europea resultarán de aplicación a las operaciones de concentración realizadas por sociedades foráneas a la UE, acordadas fuera del territorio de la UE, siempre que tales operaciones sean susceptibles de tener efectos dentro de la jurisdicción de la UE que revistan dimensión comunitaria.

Sobre este punto, vale la pena destacar que la extensión de la teoría de los efectos al campo de control de concentraciones empresariales, por lo demás, ha sido reconocido por la propia Comisión en *APAVIT v. Alitalia y otros*,<sup>23</sup> al postular la aplicación de esta teoría al derecho de la competencia peruano:

*"45. (...) la Comisión Europea sigue el mismo criterio de interpretación de las normas de libre competencia basado en los efectos de las conductas o actos de las empresas, tanto en el campo de las prácticas concertadas o de abuso de posición de dominio contenidas en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma como en lo que se refiere al Reglamento de Control de Concentraciones que recoge la doctrina de los efectos en sus considerandos (...)"* (énfasis y subrayado agregado).

- 3.17 En lo que concierne específicamente a las normas de control de concentraciones peruanas, hemos de recordar que en el artículo 9 de la Ley de Concentraciones se dispone lo siguiente:

---

<sup>23</sup> Resolución No. 043-2004-INDECOPI/CLC.

*"Artículo 9.- Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional" (subrayado agregado).*

La norma antes transcrita sujeta a los actos de concentración realizados en el extranjero por sociedades que no están constituidas en territorio peruano, a los mecanismos de autorización previa domésticos, en tanto tales actos sean susceptibles de tener por efecto alterar el control sobre empresas que realizan actividades dentro del Perú.

Nótese que el artículo 9 en cuestión expresamente alude a 'actos de concentración', es decir, a los *actos jurídicos* que conllevan como efecto un cambio de control sobre las empresas afectadas. El hecho que estos actos jurídicos celebrados en el extranjero tengan efectos de concentración sobre empresas ubicadas en el Perú, determina que se gatille la obligación de notificar tal concentración, solicitando su autorización ante las autoridades nacionales. No obstante, esto último no extiende la aplicación territorial de Ley de Concentraciones y su Reglamento, ni la competencia de la Comisión, al ámbito de la jurisdicción extranjera en la que se lleva a cabo el acto. El acto de concentración, como acto jurídico, se regirá en todo lo concerniente a su celebración, validez y eficacia, por las normas de derecho privado que resulten aplicables conforme a la ley del lugar de su celebración. De manera consistente con la aplicación de la teoría de los efectos, la

PAVEL REY CADAL

ABOGADOS

Comisión únicamente resultará competente para conocer, y eventualmente autorizar, condicionar o impedir, los efectos que el acto de concentración pudiera tener en el Perú.

Lo explicado en el párrafo anterior ha sido expresamente reconocido por la propia Comisión, tanto en jurisprudencia administrativa relacionada a la aplicación de la Ley de Concentraciones, así como en documentos institucionales públicamente difundidos. Así, en la "Memoria Anual de la Comisión de Libre Competencia" del año 1999, resumiendo los criterios interpretativos desarrollados durante aquel año, la Comisión explica lo siguiente:

*"El artículo 9 de la Ley 26876 establece que, se encuentra comprendidos dentro del ámbito de esta Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucran directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional. Por lo tanto, **es obvio que la norma no extiende la jurisdicción de la Comisión de Libre Competencia al ámbito internacional,** sin embargo se refiere la concentración de empresas eléctricas peruanas que pudieran ser consecuencia de operaciones realizadas en el extranjero, limitando la aplicación de la Ley a las consecuencias de dichas operaciones en el territorio nacional" (énfasis y subrayado agregado).*

El criterio reseñado anteriormente, fue postulado por la Comisión con motivo de la tramitación del procedimiento de autorización

previa sujeto a la Ley de Concentraciones tramitado bajo los números de expediente 002-99-CLC y 003-99-CLC. En la resolución que autorizó la operación materia del referido procedimiento,<sup>24</sup> la Comisión señaló lo siguiente:

*"21. Al respecto, el artículo 9 de la Ley 26876 establece lo siguiente: 'Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades (...) el territorio nacional. (...)'*

*Como se advierte, dicha norma no extiende la jurisdicción de la Comisión de Libre Competencia al ámbito internacional, sino que se refiere únicamente a la concentración de empresas eléctricas peruanas que pudiera ser consecuencia de operaciones realizadas en el extranjero, limitando la aplicación de la Ley a las consecuencias de dichas operaciones en el territorio nacional" (énfasis y subrayado agregado).*

De lo anterior, se desprende con nitidez que, para la Comisión, "es obvio" que el artículo 9 en referencia no pretende extender las consecuencias jurídicas previstas en las disposiciones de la Ley de Concentraciones a operaciones llevadas a cabo en territorio extranjero, reconociendo, por lo demás, que la Comisión no tiene competencia o potestad jurisdiccional extraterritorial o internacional. En estricto, el artículo 9 comentado únicamente postula la aplicación de la teoría de los efectos para delimitar qué operaciones llevadas a cabo en el extranjero han de

<sup>24</sup> Resolución No. 012-1999-INDECOPI/CLC.



ABOGADOS

requerir autorización en el Perú -esto es, aquellas operaciones que puedan tener por efecto una concentración sobre empresas que operan en el Perú o, lo que es lo mismo, que puedan tener por efecto un cambio, duradero y permanente, en la capacidad o posibilidad para influir, de manera preponderante y decisiva, en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de tales empresas afectadas.

**D) La correcta interpretación de los alcances de la suspensión de la concentración decretada en la Ley de Concentraciones y su Reglamento**

3.18 Resumiendo lo visto hasta el momento, tenemos lo siguiente:

- a) La Ley de Concentraciones sujeta las concentraciones que se produzcan sobre empresas que realizan actividades de generación, transmisión o distribución eléctrica en el mercado peruano a un procedimiento de autorización previa a cargo de la Comisión.
- b) Conforme a la Ley de Concentraciones y su Reglamento, los conceptos de 'acto de concentración' y 'operación de concentración' son sinónimos. El acto u operación de concentración es el acto jurídico, con independencia de su forma, que conlleva como consecuencia un cambio, duradero y permanente, en la capacidad o posibilidad para influir, de manera preponderante y decisiva, en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas.

PAYET REY GALVE

ABOGADOS

- c) Por lo general, tal capacidad o posibilidad para influir, de manera preponderante y decisiva, en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas se verificará cuando una parte, o varias partes de manera conjunta, efectivamente puedan decidir autónomamente sobre el presupuesto y plan de negocios de la empresa afectada, sobre el nombramiento de sus directivos y principales gerentes o sobre la realización de inversiones de carácter estratégico para la empresa, entre otros.
- d) Una vez notificado el acto de concentración a la Comisión para su autorización, la Ley de Concentraciones insta, como regla general, la suspensión de la concentración, en tanto no se haya emitido la decisión de autorización correspondiente. El objetivo perseguido por esta suspensión no es otro más que disuadir a la empresa notificante de ejercer, de manera efectiva, el control a ser adquirido, sin la autorización correspondiente por parte de la Comisión, en previsión de que pudieran eventualmente existir efectos anticompetitivos en la operación. De este modo se pretende que las eventuales condiciones adversas a la competencia en el mercado no desplieguen sus efectos sin que la Comisión haya evaluado apropiadamente las consecuencias de la concentración notificada y en su caso, las medidas paliativas.
- e) Sin perjuicio de lo anterior, es claro que las disposiciones de la Ley de Concentraciones y su Reglamento, como regla general, no tienen alcances extraterritoriales, aplicándose las





ABOGADOS

consecuencias jurídicas previstas en las mismas a situaciones o hechos ocurridos en el Perú. Así, las disposiciones de ley peruana no pueden aplicarse a materias reservadas al derecho privado extranjero, como, por ejemplo, a la determinación de la capacidad para contratar de sociedades ubicadas en el extranjero o a determinación de la validez y eficacia de las obligaciones acordadas sujetas a la ley extranjera.

- f) No obstante lo anterior, conforme a la teoría de los efectos, de aplicación tanto para las disposiciones del derecho de la competencia que versan sobre prácticas restrictivas y monopólicas, como a las que versan sobre el control de concentraciones económicas, la ley peruana sí puede aplicarse para verificar los efectos que la ejecución de obligaciones contraídas en el extranjero, por personas extranjeras, puedan tener sobre las condiciones de la competencia en el Perú.
- g) La teoría de los efectos inspira las disposiciones referentes al ámbito de aplicación de las normas de control de concentraciones económicas peruanas. En particular, el artículo 9 de la Ley de Concentraciones sujeta a los actos de concentración realizados en el extranjero, por sociedades que no están constituidas en territorio peruano, a los mecanismos de autorización previa domésticos, en tanto tales actos sean susceptibles de tener por efecto alterar el control sobre empresas que realizan actividades dentro del Perú.
- h) La Comisión ha sido, en el pasado, explícita en reconocer que "es obvio" que el artículo 9 de la Ley de Concentraciones antes



ABOGADOS

aludido no pretende extender las consecuencias jurídicas previstas en las disposiciones de esta ley a operaciones llevadas a cabo en territorio extranjero, reconociendo, por lo demás, que la Comisión no tiene competencia o potestad jurisdiccional extraterritorial o internacional. En estricto, el artículo 9 en referencia únicamente postula la aplicación de la teoría de los efectos para delimitar qué operaciones llevadas a cabo en el extranjero han de requerir autorización en el Perú -esto es, aquellas operaciones que constituyan un 'acto de concentración' sobre empresas que operan en el Perú.

3.19 Hechas estas precisiones, veamos nuevamente cómo se encuentra regulada la suspensión de la concentración en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento:

*"Artículo 3.- Antes de realizar actos de concentración (...) deberá solicitarse la autorización previa (...) sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno" (subrayado agregado).*

*"Artículo 11.- Efecto de la Notificación. Una vez notificada, la Operación de Concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente (...)" (subrayado agregado).*

Como se aprecia de la lectura concordada de las normas antes trascritas, en el Perú, la suspensión decretada en la Ley de Concentraciones y su Reglamento alcanza a los "actos de concentración" (artículo 3 de la Ley de Concentraciones) o, lo que

10/09/2009



PAVEL REY CAUVE

ABOGADOS

es lo mismo, a la "operación de concentración" (artículo 11 del Reglamento) -es decir, al **acto jurídico** que conlleva como consecuencia un cambio de control sobre las empresas afectadas.

Ahora bien, como hemos visto ya, las disposiciones de una ley doméstica no pueden aplicarse a la determinación de la validez y eficacia de las obligaciones acordadas sujetas a una ley extranjera, ni, por consiguiente, impedir o condicionar, de modo alguno, la realización de un acto jurídico sujeto a ley extranjera. Así las cosas, debe resultar evidente que la suspensión de la obligación regulada en la Ley de Concentraciones y su Reglamento no persigue impedir, condicionar o suspender la posibilidad de que un acto de concentración u operación de concentración llevado a cabo en el extranjero sea, jurídicamente, consumado.

No obstante lo anterior, conforme se aprecia de la lectura literal de las normas antes transcritas, en éstas se dispone, en primer término, que, en tanto no se haya obtenido la resolución de autorización correspondiente, tales actos jurídicos "no podrán realizarse" (artículo 3 de la Ley de Concentraciones) o "ser consumados" (artículo 11 del Reglamento).

Observamos, pues, que la consecuencia jurídica de las normas domésticas que decretan la suspensión de la concentración, *aparentemente* contradicen el principio general de la territorialidad de la aplicación de las leyes propio del derecho consuetudinario internacional. Esta aparente contradicción exige del operador jurídico efectuar una labor de interpretación jurídica.



ABOGADOS

3.20 Como es de conocimiento de la Sala, la *"teoría general de la interpretación jurídica (...) es la parte de la Teoría General del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma"*.<sup>25</sup>

La labor de interpretación de las normas que regulan la suspensión de la concentración en el Perú exige tener presente que el Derecho, o el sistema jurídico, es un sistema estructural, y no un mero agregado de normas atomizadas independientes unas de otras. Como explica Marcial Rubio, *"[l]a normatividad sistémica del ordenamiento jurídico, consiste en considerar al Derecho como un sistema y a este como un conjunto de partes interrelacionadas y que rigen su relación por principios comunes. En el Derecho como sistema las diversas normas son consonantes entre sí y trabajan armónicamente"*.<sup>26</sup>

Por lo demás, hemos de recordar que, partiendo de reconocer que el ordenamiento jurídico es una unidad armónicamente ordenada, el Tribunal Constitucional ha establecido que el ordenamiento tiene vocación de coherencia, lo que exige que las normas que lo conformen guarden una relación de compatibilidad entre sí. El principio de coherencia normativa, conforme ha sido enunciado por el Tribunal Constitucional, *"alude a la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión*

<sup>25</sup> RUBIO, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 5a. ed., 1991, p. 264.

<sup>26</sup> RUBIO, Marcial. *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 111.



ABOGADOS

*axiológica, ideológica, lógica, etc., entre los deberes y derechos asignados; amén de las competencias y responsabilidades establecidas que derivan del plano genérico de las normas de un orden constitucional".<sup>27</sup>*

Lo explicado anteriormente implica tener presente que la interpretación de las disposiciones de la Ley de Concentraciones y su Reglamento ha de efectuarse de *manera sistemática*, buscando darle coherencia a disposiciones normativas que en apariencia son contradictorias, partiendo de la premisa central que, en su conjunto, todas las normas integran un sistema que funciona en armonía o que debe tender a la armonía, y que debe estar libre de contradicciones o redundancias. Como explica Claude Du Pasquier, el método sistemático de interpretación, "*dirige su atención sobre el vínculo que reúne todas las reglas y las instituciones en un todo coherente; ella aclara la disposición legal cuya interpretación se busca por los principios más generales bajo el imperio de los cuales la coloca el sistema*".<sup>28</sup>

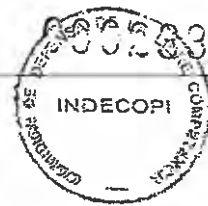
En este sentido, lo que no puede hacer el intérprete es dar sentido a las normas de forma aislada, porque ello podría implicar otorgarle a una norma un significado que, pese a mostrarse lógico para resolver el caso concreto, colisione con otras normas integrantes del mismo sistema. Como ha señalado Kelsen, este tipo de colisiones o contradicciones no deben presentarse, puesto

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006, emitida en el Expediente No. 047-2004-AI/TC sobre acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Gobierno Regional de San Martín en contra de la Ley No. 27971.

<sup>28</sup> DU PASQUIER, Claude. Introducción al Derecho. Lima: Ediciones y Distribuciones Justo Valenzuela, 1983, p. 113.



ABOGADOS



que "una ciencia normativa no puede admitir la contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema".<sup>29</sup>

3.21 A la luz de lo explicado, veamos nuevamente cómo se encuentra regulada la suspensión de la concentración en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento:

**"Artículo 3.-** Antes de realizar actos de concentración (...) deberá solicitarse la autorización previa (...) sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno" (subrayado agregado).

**"Artículo 11.-** Efecto de la Notificación. Una vez notificada, la Operación de Concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente (...)" (subrayado agregado).

Nótese en esta ocasión que tanto en el artículo 3, como en el artículo 11, antes transcritos, el legislador ha reconocido dos consecuencias legales distintas, a la suspensión de la concentración decretada. Así, en el artículo 3 se señala que una vez solicitada la autorización del acto de concentración (i.e., una vez notificado el acto de concentración a la Comisión), y en tanto no sea aprobado, el acto, por un lado, (i) no podrá realizarse, y, por otro, (ii) no tendrá efecto legal alguno. Del mismo modo, en el artículo 11 se señala que una vez notificada la operación, o el acto de concentración, y en tanto no se dicte la resolución de autorización, la operación, por un lado, (i) no podrá ser

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Eudeba, 2005, p.126.

PAREI REY CAUWI

ABOGADOS

consumada, y, por otro (ii) no alcanzará efecto legal alguno, oponible ante las autoridades o terceras personas.

Así, tenemos que la primera consecuencia legal de la suspensión de la concentración es la prohibición legal de la "realización" o "consumación" del acto de concentración. Como consecuencia del hecho de notificar el acto de concentración, la ley impone una especie de obligación legal de no hacer, que impide al notificante perfeccionar (e.g., realizar o consumir) el acto jurídico en cuestión.

La segunda consecuencia legal de la suspensión de la concentración decretada en los artículos 3 y 11 en referencia, se refiere a la privación de los posibles efectos del acto jurídico. En buena cuenta, estas normas disponen que de perfeccionarse el acto jurídico de la concentración, éste no surtirá efectos legales en territorio nacional, oponibles ante las autoridades o terceras personas.

Ahora bien, si la suspensión de la concentración decretada conlleva como primera consecuencia la prohibición de la posibilidad de perfeccionar el acto de concentración, todo acto jurídico perfeccionado en contravención de esta norma resultaría, por las normas generales que regulan el acto jurídico en general, ineficaz (e.g., por ser contrario a una norma de orden público). Siendo ello así, lo señalado a continuación en los artículos 3 y 11, en el sentido que el acto perfeccionado no surte efectos legales, aparentaría resultar *redundante*, pues por definición, tratándose de un acto ineficaz, el mismo no tendría efectos legales oponibles ante



PAVET REP CAUVI

ABOGADOS

autoridades o terceras personas. La redundancia, sin embargo, como hemos visto, no es admisible en un sistema jurídico, concebido como un sistema estructural y coherente.

3.22 Así las cosas, la Sala ha de tener presente que la interpretación sistemática de la suspensión de la concentración dispuesta en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento necesariamente impone tres exigencias en el intérprete.

Por un lado, ha de salvaguardarse el principio general de la territorialidad de la aplicación de las leyes propio del derecho consuetudinario internacional, por ser éste un principio de alcance general, aplicable a todo conjunto normativo. Dicho de otro modo, la correcta lectura de los artículos 3 y 11 antes referidos no puede ser que éstos persiguen impedir, condicionar o suspender la posibilidad de que un acto de concentración u operación de concentración llevado a cabo en el extranjero sea jurídicamente, consumado, pues ello implicaría reconocerle a la Ley de Concentraciones y a su Reglamento alcances jurisdiccionales internacionales extraterritoriales, e indirectamente reconocerle a la Comisión una competencia en el ámbito internacional, que la propia Comisión ha -correctamente- reconocido "es obvio" no puede ostentar.

Por otro lado, la interpretación sistemática de la suspensión de la concentración dispuesta en los artículos 3 y 11 en cuestión, ha de efectuarse dotando de sentido las dos consecuencias jurídicas contenidas en estas normas, de modo que no resulten





ABOGADOS

redundantes entre sí. Si estas normas disponen la ineficacia de un acto jurídico, resulta ocioso que a su vez dispongan que el mismo acto jurídico no surte efectos legales.

Por último, toda interpretación de lo dispuesto en los artículos 3 y 11 en referencia ha de resultar compatible y lógicamente coherente con los principios y conceptos contenidos en las restantes disposiciones de la Ley de Concentraciones y su Reglamento y que, en general, inspiran y subyacen a todo régimen de control de concentraciones económicas.

3.23 Conforme a lo explicado en los numerales precedentes, confiamos en que la Sala coincidirá con nosotros en concluir que, sistemáticamente, la estricta interpretación de lo dispuesto en los artículos 3 de la Ley de Concentraciones y 11 del Reglamento implica reconocer que estas normas prevén dos consecuencias jurídicas independientes para dos supuestos de hechos diferentes.

Por un lado, la consecuencia legal consistente en la prohibición legal de la "realización" o "consumación" del acto de concentración únicamente es de aplicación a los actos jurídicos de concentración que se llevan a cabo en el Perú, sujetos a la ley peruana. Y ello necesariamente es así, en tanto que, como hemos visto, la ley doméstica no puede aplicarse a la determinación de la validez y eficacia de las obligaciones acordadas sujetas a una ley extranjera, ni, por consecuente, impedir o condicionar, de modo alguno, la realización de un acto jurídico sujeto a ley extranjera. Por lo mismo, la obligación legal de no hacer implícita en la prohibición legal de la "realización" o "consumación" del acto de concentración,

PUNTO DE VISTA

ABOGADOS

prevista en los artículos 3 y 11 antes aludidos, *únicamente* puede aplicarse a actos jurídicos a ser perfeccionados en el Perú, como sería el caso, por ejemplo, de una compra de acciones en virtud de una OPA lanzada en la Bolsa de Valores de Lima o una fusión entre dos empresas constituidas en el Perú.

De otra parte, la consecuencia legal consistente en la privación de los posibles efectos del acto jurídico de concentración perfeccionado antes de la emisión de la resolución de autorización correspondiente, resultaría de aplicación a los actos jurídicos de concentración perfeccionados en el extranjero. Como hemos anticipado, interpretar que esta consecuencia jurídica es aplicable a los actos de concentración realizados en el Perú, en contravención de la prohibición legal de "realizar" o "consumar" el acto de concentración, resultaría redundante, en tanto que este acto, por su naturaleza, ya es ineficaz. Interpretar, por el contrario, que lo que la Ley de Concentraciones y su Reglamento persiguen es privar de efectos al acto jurídico de concentración perfeccionado en el extranjero resulta plenamente consistente con la aplicación de la teoría de los efectos que inspira el derecho de la competencia en general. Conforme a ésta, el acto jurídico de concentración perfeccionado en el extranjero, será válido y eficaz en el extranjero, conforme a las normas extranjeras que le resulten aplicables, pero en el Perú, dicho acto no podrá surtir sus *efectos*, y por tanto resultará inoponible ante las autoridades y terceras personas en el Perú, en tanto la Comisión no haya verificado que resulta compatible con el proceso competitivo en territorio peruano.



PAYET REY CALVE

ABOGADOS

De esta forma, sistemáticamente, consideramos que la manera correcta y estricta de leer lo dispuesto en los artículos 3 de la Ley de Concentraciones y 11 del Reglamento es como sigue:

**"Artículo 3.-** *Antes de realizar actos de concentración (...) deberá solicitarse la autorización previa (...) sin cuya aprobación no podrán realizarse [un acto de concentración sujeto a ley peruana], ni tendrán efecto legal alguno [un acto de concentración sujeto a ley extranjera]*".

**"Artículo 11.-** *Efecto de la Notificación. Una vez notificada, [la Operación de Concentración sujeta a ley peruana] no podrá ser consumada ni [la Operación de Concentración sujeta a ley extranjera podrá] alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente (...)".*

- 3.24 La interpretación sistemática de los artículos 3 de la Ley de Concentraciones y 11 del Reglamento postulada en el numeral precedente cumple las tres exigencias reseñadas en el numeral 3.22 precedente.

En efecto, como apreciará la Sala, al sujetar únicamente a los actos jurídicos de concentración que se lleven a cabo en el Perú, sujetos a la ley peruana, a la prohibición legal de la "realización" o "consumación" del acto de concentración, se salvaguarda el principio general de la territorialidad de la aplicación de las leyes propio del derecho consuetudinario internacional. Así, se asegura no reconocerle a la Ley de Concentraciones y a su Reglamento



ABOGADOS

alcances jurisdiccionales internacionales, e indirectamente reconocerle a la Comisión una competencia en el ámbito internacional, que la propia Comisión ha -correctamente- reconocido en el pasado "es *obvio*" no puede ostentar. La Ley de Concentraciones peruana, simplemente, no puede prohibir la realización de un acto jurídico de fusión a ser llevado a cabo en Bolivia, del mismo modo como la ley boliviana no puede prohibir el acto jurídico de venta de cigarrillos a un menor de 25 años en el Perú.

En segundo lugar, la interpretación sistemática postulada dota de sentido pleno a las dos consecuencias jurídicas contenidas en las normas interpretadas, de modo que no resulten redundantes entre sí. Estando ya el acto jurídico de concentración sujeto a ley peruana prohibido de "realizarse" o "consumarse", su perfeccionamiento en contravención de esta prohibición determinará la ineficacia del acto, no siendo necesario que las normas redunden en establecer que el mismo no surtirá efectos legales en el Perú. Por el contrario, siendo que no existe impedimento legal alguno para que el acto jurídico de concentración sujeto a ley extranjera puede ser "realizado" o "consumado", en caso de perfeccionarse éste en el extranjero, la segunda consecuencia prevista en la ley peruana resulta perfectamente comprensible, persiguiendo asegurar que los efectos de dichos actos no puedan ser opuestos en el Perú.

Por último, la interpretación sistemática de los artículos 3 y 11 en referencia resulta plenamente compatible y lógicamente coherente con los principios y conceptos contenidos en las restantes





DAVID REY GALVA

ABOGADOS

Resolución impugnada para concluir que en el presente caso Enel ha incurrido en la infracción imputada.

**C) La Comisión ha interpretado erróneamente los alcances del artículo 6 de la Ley de Concentraciones**

- 3.25 Como hemos explicado anteriormente, en la Resolución impugnada la Comisión concluye que Enel habría infringido lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, el cual, a decir de la Comisión, tipifica como acto sancionable *"la realización de la concentración luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión"* (numeral 60 de la Resolución).

En los fundamentos de su decisión, la Comisión sostiene que para la determinación de la infracción que se nos ha imputado, no resulta necesario evaluar si el acto de concentración realizado en el extranjero tiene o no efectos propios de una concentración en el territorio nacional, bastando simplemente verificar si el acto de concentración se consumó o no.

En esta misma línea, la Comisión sostiene que Ley de Concentraciones simplemente prohíbe, por igual, (i) la mera consumación de un acto de concentración a ser llevado a cabo en el extranjero y sujeto a ley extranjera y (ii) la mera consumación de un acto de concentración a ser llevado a cabo en el Perú y sujeto a la ley doméstica, en tanto la Comisión no haya aún autorizado dicha concentración.

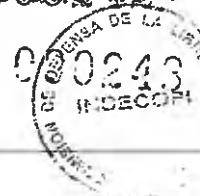


ABOGADOS

ABOGADOS

Respetuosamente, consideramos que el razonamiento de la Comisión es errado, pues de validarse lo sostenido en la Resolución, habríamos necesariamente que concluir que las consecuencias jurídicas de la Ley de Concentraciones peruana alcanzan a los actos jurídicos celebrados en el extranjero y sujetos a legislación extranjera, lo que equivale sostener que la Ley de Concentraciones peruana ostenta alcances extraterritoriales. Esto, evidentemente, resulta lesivo del principio general de la territorialidad de la aplicación de las leyes propio del derecho consuetudinario Internacional, conforme a lo explicado en extenso anteriormente.

- 3.26 Como hemos adelantado en el numeral 3.10 precedente, en el derecho comparado, las normas relativas a la suspensión de la concentración suelen ser complementadas con potestades sancionadoras, a cargo de las autoridades competentes, a efectos de disuadir a la empresa notificante de ejercer el control a ser adquirido, de manera efectiva, sin la autorización correspondiente por parte de la Comisión, en previsión de que pudieran eventualmente existir efectos anticompetitivos en la Operación. El artículo 6 de la Ley de Concentraciones, precisamente, persigue esta finalidad. Así las cosas, la correcta interpretación, y delimitación, del supuesto de hecho contenido en este tipo sancionador, han de efectuarse a la luz de lo dispuesto en las normas de la Ley de Concentraciones y del Reglamento que, precisamente, versan sobre la suspensión de concentración que se persigue garantizar.



PANEL DE CALIFICACION

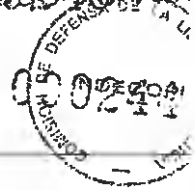
ABOGADOS

Hemos desarrollado ya también, en extenso, la manera correcta y estricta de leer lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento, desde una perspectiva sistemática que garantice salvaguardar el principio general de la territorialidad de la aplicación de las leyes propio del derecho consuetudinario internacional, que asegure que las consecuencias previstas en estas normas no resulten redundantes y que guarde armonía con los principios y conceptos contenidos en las restantes disposiciones de la Ley de Concentraciones y su Reglamento y que, en general, inspiran y subyacen a todo régimen de control de concentraciones económicas. Así las cosas, consideramos que, sistemáticamente, la correcta manera de leer lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento es que estas normas prevén dos consecuencias jurídicas independientes para dos supuestos de hecho distintos, como sigue:

**"Artículo 3.-** *Antes de realizar actos de concentración (...) deberá solicitarse la autorización previa (...) sin cuya aprobación no podrán realizarse [un acto de concentración sujeto a ley peruana], ni tendrán efecto legal alguno [un acto de concentración sujeto a ley extranjera]*".

**"Artículo 11.-** *Efecto de la Notificación. Una vez notificada, [la Operación de Concentración sujeta a ley peruana] no podrá ser consumada ni [la Operación de Concentración sujeta a ley extranjera podrá] alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente (...)".*





PAVEL RAY GAUZI

ABOGADOS

- 3.27 Del mismo modo, para mantener la coherencia interna entre la potestad sancionadora contenida en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, y las disposiciones de la Ley de Concentraciones y del Reglamento que aquella persigue garantizar, la premisa fáctica del tipo infractor, consistente en "llevar a cabo el acto de concentración", debe ser interpretada de modo que comprenda los dos supuestos de hechos regulados en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento.

Así, en el caso de actos jurídicos de concentración que se llevan a cabo en el Perú, sujetos a la ley peruana, "llevar a cabo el acto de concentración" ha de entenderse como el perfeccionamiento del acto o, en los términos de las normas en referencia, como la "realización" o "consumación" del acto de concentración.

De otra parte, en el caso de actos jurídicos de concentración que se llevan a cabo en el extranjero, sujetos a la ley extranjera, "llevar a cabo el acto de concentración" ha de entenderse como la *implementación de los efectos del acto jurídico de concentración en territorio peruano, o lo que es lo mismo, la implementación de actos que permitan, de manera efectiva, influir en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas. Este último supuesto es el que resulta relevante para el caso que nos ocupa.*

- 3.28 Respetuosamente, creemos que el artículo 6 de la Ley de Concentraciones **no puede** ser interpretado, como lo hace la Comisión en la Resolución impugnada, para sostener que resulta punible en el Perú el mero hecho de perfeccionar, en el extranjero,



ABOGADOS

un acto jurídico de concentración sujeto a la ley extranjera, sin considerar si éste ha surtido o no efectos en el territorio nacional (más aún, a sabiendas que el mismo carece de efectos anticompetitivos, como la propia Comisión ha declarado en la Resolución de Autorización). Ello, no sólo creemos resultaría a todas luces asistemático, y contradictorio con las disposiciones de una Ley de Concentraciones que no prohíben, ni persiguen impedir o condicionar, de modo alguno, la realización de un acto jurídico sujeto a ley extranjera, como se ha explicado en extenso anteriormente; sino que lesionaría los principios básicos ordenadores del derecho administrativo en general y del derecho administrativo sancionador, en particular, conforme se desarrollará brevemente a continuación.

- 3.29 Sobre el particular, hemos de recordar, en primer lugar, que en el artículo IV de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (la "LPAG"), se enuncian los principios fundamentales sobre los que se sustenta el derecho administrativo peruano en general. Entre estos principios, en el numeral 1.4 del referido artículo IV se proclama el principio de razonabilidad o de proporcionalidad, de la siguiente manera:

**"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

*1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)*

**1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los**



DATE RE CALM

ABOGADOS

*administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (...)" (énfasis y subrayado agregado).*

Explicando los alcances de este principio del derecho administrativo, Jorge Danós señala que "[e]l principio de razonabilidad, también conocido como proporcionalidad en otros ordenamientos, postula la adecuación entre medios y fines, de modo que la Administración Pública no debe imponer ninguna carga, obligación, sanción o prestación más gravosa que la que sea indispensable para cumplir con las exigencias del interés público" (énfasis y subrayado agregado).<sup>30</sup>

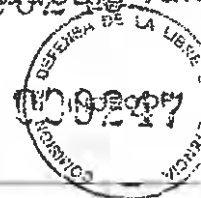
Del mismo modo, Ariño explica que las potestades de intervención gubernamental dentro de una economía social de mercado deben ser siempre respetuosas de los diversos derechos reconocidos a los particulares.<sup>31</sup> En tal sentido, concluye el citado autor, los supuestos de intervención gubernamental son admisibles sólo en la medida en que, siendo absolutamente necesarios, se respeten los derechos fundamentales de las personas.<sup>32</sup>

En la misma línea de los autores antes citados, Rolf Stober manifiesta que en una economía social de mercado "...el Estado garantiza la libertad de las personas, interviniendo en el desarrollo

<sup>30</sup> DANOS, Jorge. Comentarios al Proyecto de la Nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. En: Themis - Revista de Derecho, No. 39, 1999, p. 240.

<sup>31</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economía y Estado. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 70.

<sup>32</sup> Ibid.



PATE REY CAUVE

ABOGADOS

*económico sólo en la medida que lo hace necesario la justicia social. La máxima es, pues: 'el máximo de libertad posible; medidas de coacción sólo en tanto sean necesarias'".<sup>33</sup> Esta máxima resume la esencia del principio de razonabilidad o proporcionalidad, traduciéndose en la exigencia de que toda medida intervencionista del Estado necesariamente reúna las siguientes características, sin las cuales tal medida no podría ser considerada válida:*

- Debe ser adecuada: Como señala la doctrina, "*[a]decuada es una medida cuando el fin que se pretende, objeto de regulación de la medida, es de posible consecución mediante aquélla (...) [i]nadecuadas son, así, las medidas cuyo cumplimiento no es posible jurídica o efectivamente*".<sup>34</sup>
- Debe ser necesaria: Ello significa que la medida ha de dictarse "*...ya que no puede dictarse en el caso concreto una medida menos gravosa*".<sup>35</sup>
- Debe ser proporcional: La medida será desproporcionada cuando "*...limita la libertad de una forma excesiva o no justificada en el fin que se pretende*".<sup>36</sup>

En el caso que nos ocupa, la Comisión ha obviado tener presente que el principio de razonabilidad o proporcionalidad exige que, al momento de interpretar y delimitar el supuesto de hecho contenido en el tipo sancionador del artículo 6 de la Ley de

<sup>33</sup> STOBER, Rolf. Derecho Administrativo Económico. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid: MAP, 1992, p. 51.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Op. cit., p. 92.

PAVET REY CAUVE

ABOGADOS



Concentraciones, no se pierda de vista que esta potestad sancionadora persigue, *fundamentalmente*, coadyuvar a alcanzar el objetivo perseguido por la suspensión de la concentración dispuesta en el artículo 3 de la mencionada ley y en el artículo 11 del Reglamento. Hemos ya visto que el objetivo de estas disposiciones no es otro más que disuadir a las empresas notificantes de un acto de concentración de *ejercer el control a ser adquirido, de manera efectiva*, sin la autorización correspondiente por parte de la Comisión, en previsión de que pudieran eventualmente existir efectos anticompetitivos en la Operación.

Teniendo en claro cuál es el objetivo perseguido por las normas cuya fiscalización se encuentra a cargo de la Comisión, al dotar de contenido de los alcances de su potestad sancionadora, la Comisión debió, *obligatoriamente*, preferir la interpretación que resulte (i) estrictamente necesaria para cautelar este objetivo y, a su vez, sea (ii) la menos gravosa para las libertades de los administrados. Lamentablemente, en la Resolución impugnada, la Comisión no ha tenido esto en cuenta.

Confiamos, por el contrario que la Sala sí tenga presente que, en el caso que nos ocupa, si la tutela de la suspensión de la concentración dispuesta en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento se ve satisfecha asegurando que el acto jurídico de concentración perfeccionado en el extranjero no haya surtido los efectos propios de una concentración en territorio peruano, resultaría a todas luces desproporcionado e irrazonable interpretar, de manera más gravosa para el administrado, como lo ha hecho la Comisión, que



ABOGADOS

conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones resulta punible en el Perú el mero hecho de perfeccionar, en el extranjero, un acto jurídico de concentración sujeto a la ley extranjera.

- 3.30 De otro lado, en lo que concierne a los principios ordenadores del derecho administrativo sancionador en particular, como es de conocimiento de la Sala, la facultad con la que cuenta la administración de determinar la existencia de responsabilidad administrativa y de sancionar a quienes hubieran incurrido en ese tipo de responsabilidad es una manifestación del *ius punendi* o facultad sancionadora del Estado. En este contexto, la administración debe ejercer dicha facultad respetando estrictamente en todo momento los principios y garantías comunes al derecho penal y al derecho administrativo sancionador.

Como bien reconoce unánimemente la doctrina internacional y nacional, así como en la legislación nacional, el *ius puniendi* o facultad sancionadora del Estado es una sola y puede manifestarse tanto a través del derecho penal como del derecho administrativo sancionador. Debido a su naturaleza común, a esta última rama del Derecho le son aplicables los principios y garantías que informan al derecho penal, entre ellos, los de legalidad y tipicidad, por nombrar algunos de los más importantes.

Por lo demás, la aplicación de los diversos principios garantistas del derecho penal en el ámbito del derecho administrativo sancionador ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional, como



ABOGADOS



parte integrante de los derechos que conforman el debido proceso. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia del 16 de abril de 2003, señalando que *"...los principios de culpabilidad, **legalidad, tipicidad, entre otros**, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador"* (énfasis y subrayado agregado);<sup>37</sup> y lo ha repetido, entre otras, en una reciente sentencia del 15 de agosto de 2008, en la que señala lo siguiente:

*"El Tribunal Constitucional ha expresado en reiterada jurisprudencia, que el principio de legalidad consagrado en el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución, constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Social y Democrático de Derecho. (...) Asimismo, también se estableció que los principios de **culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros**, constituyen principios básicos del derecho sancionador, aplicables tanto a nivel penal como administrativo" (énfasis y subrayado agregado).<sup>38</sup>*

- 3.31 Normativamente, los principios que rigen la potestad sancionadora administrativa en el derecho peruano, entre los cuales figuran los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento, presunción de licitud, entre otros, se encuentran enunciados en el artículo 230 de la LPAG. Para efectos del presente caso, resulta

<sup>37</sup> Sentencia emitida en el Expediente No. 2050-2002-AA/TC.

<sup>38</sup> Sentencia emitida en el Expediente No. 3094-2006-PA/TC.



ABOGADOS

particularmente relevante tener presente los alcances legalmente conferidos en el ordenamiento peruano al principio de tipicidad.<sup>39</sup>

El principio de tipicidad, que es un subprincipio del principio general de legalidad, se traduce en la exigencia de que la conducta u omisión sujeta a una sanción se encuentre siempre claramente determinada normativamente. En ese sentido, como explican García de Enterría y Fernández:

*"La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación; y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (Lex certa) [...] No caben pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitirían al órgano sancionador actuar con un*

<sup>39</sup> LPAG:

**"Artículo 230º.-** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

4. **Tipicidad.-** Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin construir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria. (...)"





ABOGADOS

*excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa".<sup>40</sup>*

Sobre este particular, el propio Tribunal Constitucional peruano ha señalado en reiterada jurisprudencia que el principio de "...tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal".<sup>41</sup>

Como se aprecia, conforme a este principio garantista, la Administración Pública se encuentra impedida de imponer una sanción si la conducta u omisión involucrada no se encontraba previamente determinada (prohibida) de manera expresa y cierta.

En el caso que nos ocupa, hemos ya explicado en extenso que la Ley de Concentraciones y su Reglamento no prohíben el perfeccionamiento del acto de concentración sujeto a ley extranjera. Por lo mismo, confiamos en que la Sala concluirá que la tipificación establecida en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones no puede ser válidamente interpretada, como pretende la Comisión, para incluir dicho supuesto. Dicho de otro

<sup>40</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid: Civitas, 4a. ed., 1995. p. 174.

<sup>41</sup> Sentencia emitida en el Expediente No. 2192-2004-AA/TC.



ABOGADOS

modo, en el presente caso, nos encontramos ante una conducta que no se encuentra previamente tipificada como susceptible de una sanción administrativa, lo cual, como hemos visto, es perfectamente coherente con la teoría de los efectos aplicable en la legislación de competencia en el Perú. En tal sentido, la Sala no puede más que concluir que, en el presente procedimiento administrativo sancionador, la imposición por parte de la Comisión de una sanción por el mero hecho de perfeccionar un acto de concentración sujeto a legislación extranjera, resulta una violación del principio de tipicidad, lo que necesariamente implica la nulidad del acto sancionador impugnado.

- 3.32 Un segundo aspecto del principio de tipicidad que vale la pena destacar es que la observancia del mismo prohíbe a la Administración Pública la interpretación extensiva o la analogía cuando se trata de conductas susceptibles de sanción administrativa. En efecto, conforme se ha desarrollado este principio en el numeral 1.4 del artículo IV de la LPAG, para el derecho administrativo sancionador peruano, "*[s]ólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía*" (subrayado agregado).

La prohibición de interpretación extensiva implícita en el principio de tipicidad, deriva del principio general consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil que proclama que ninguna norma que establece excepciones o restringe derechos puede ser

PABLO REY CAUVE

ABOGADOS

aplicada por analogía. A este respecto, Marcial Rubio explica lo siguiente:

*"Ocurre que en la tradición jurídica, el sentido de una norma como ésta ha sido no solamente el impedir la analogía, sino incluso la interpretación extensiva (...). El sentido del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, rectamente entendido en función de los precedentes doctrinales, debe ser el de impedir toda aplicación de normas restrictivas o excepcionales que no sea la proveniente de una interpretación estricta (y eventualmente la interpretación restrictiva) (...)" (subrayado agregado).<sup>42</sup>*

Es indubitable que la suspensión de la concentración regulada en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 de su Reglamento, constituye una norma de excepción que restringe la libertad de acción de los administrados. Como norma de excepción, la suspensión de la concentración no puede ser válidamente interpretada de manera *extensiva* para sostener que ésta persigue, de algún modo, impedir, prohibir o condicionar el perfeccionamiento de un acto jurídico de concentración llevado a cabo en el extranjero y sujeto a ley extranjera, como lo ha hecho la Comisión en la Resolución impugnada.

La interpretación sistemática, y estricta, de las disposiciones que regulan la suspensión de la concentración en el ordenamiento peruano, como hemos visto, necesariamente nos conducen a concluir que la consecuencia legal consistente en la prohibición

<sup>42</sup> RUBIO, Marcial. Título Preliminar. Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 86.

PALETTI REY CALVO

ABOGADOS

legal de la "realización" o "consumación" del acto de concentración prevista en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 de su Reglamento, únicamente es de aplicación a los actos jurídicos de concentración que se llevan a cabo en el Perú, sujetos a la ley peruana. A los actos jurídicos de concentración perfeccionados en el extranjero, sujetos a ley extranjera, únicamente le resulta aplicable la segunda consecuencia legal prevista en dichas normas consistente en la privación de los posibles efectos del referido acto jurídico de concentración en territorio nacional.

Por lo mismo, resulta *extensivo*, y consecuentemente ilegal, concluir, como ha hecho la Comisión en la Resolución impugnada, que artículo 6 de la Ley de Concentraciones pretende sostener que resulta punible en el Perú el mero hecho de perfeccionar, en el extranjero, un acto jurídico de concentración sujeto a la ley extranjera, sin considerar si éste ha surtido o no efectos en el territorio nacional.

- 3.33 En atención a todo lo anteriormente expuesto, confiamos en que la Sala coincida con nosotros en concluir que, en el caso de actos jurídicos de concentración que se llevan a cabo en el extranjero, sujetos a la ley extranjera, como el que es materia del caso que nos ocupa, la premisa fáctica del tipo infractor contenido en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, cuya infracción se nos ha imputado, consistente en "llevar a cabo el acto de concentración", sólo puede ser interpretada como la *implementación de los efectos del acto jurídico de concentración en territorio peruano*, o lo que es lo mismo, *la implementación de actos que permitan, de manera*



ABOGADOS



*efectiva, influir en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas. Siendo ello así, es claro que la Comisión ha incurrido en un error interpretativo en la Resolución impugnada.*

**D) La Comisión erradamente asume que siempre que se perfeccione una operación notificada se producirá una concentración**

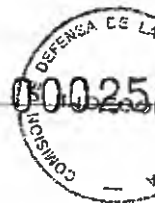
3.34 En el acápite anterior hemos visto que la interpretación postulada por la Comisión en la Resolución impugnada respecto a los alcances de la Ley de Concentraciones colisiona abiertamente con el principio de territorialidad propio del derecho consuetudinario internacional.

Conforme a esta interpretación, la Comisión considera que para la determinación de la infracción que se nos ha imputado, no resulta necesario evaluar si el acto de concentración realizado en el extranjero tiene o no efectos propios de una concentración en el territorio nacional, bastando simplemente verificar si el acto de concentración se consumó o no. Partiendo de este postulado, en la Resolución impugnada la Comisión se niega a analizar si el cierre de la operación notificada produjo o no los efectos propios de una concentración en el territorio peruano.

Conforme se desprende de la Resolución impugnada, la Comisión considera que el cierre de toda operación de concentración necesariamente produce los efectos de una concentración –esto es, necesariamente tiene por efecto la modificación permanente de la



ABUCADOS



estructura de control de una empresa. Literalmente, la Comisión sostiene en el numeral 44 de la Resolución que *"como resultado de la realización del acto de concentración, la modificación permanente en la estructura de control de las empresas involucradas, y de todas aquellas bajo su control, se presenta inmediatamente, sin interesar si el acto se realizó en el extranjero o en el territorio nacional"*.

Así, para la Comisión, el cambio permanente en la estructura de control de las empresas involucradas en una operación de concentración es la consecuencia axiomática de la realización del acto notificado. Esta premisa sobre la que se sustenta la Comisión en la Resolución impugnada es, como veremos a continuación, equivocada.

- 3.35 A diferencia de lo sostenido por la Comisión, la modificación permanente de la estructura de control de una empresa es un presupuesto fáctico que debe ser evidenciado de antemano a efectos de poder concluir que se ha producido un acto de concentración. Es decir, se trata de un requisito que debe ser verificado (*i.e.*, analizando, precisamente, los efectos del acto en cuestión sobre la estructura de control de la empresa afectada) y no de una consecuencia automática del cierre de una operación. Y ello es así, precisamente, porque las empresas notificantes de una operación siempre pueden adoptar medidas para asegurar y resguardar que el cierre parcial de una operación sujeta a evaluación no produzca los efectos de una concentración hasta la culminación del procedimiento de evaluación y autorización por la autoridad respectiva. **Estas medidas, son lo que en la práctica**



ABUCADOS



Lo testado es válido  
000258

**internacional, y en la doctrina comparada, se conoce como "carve out options".**

Como confiamos comprenderá la Sala, lo acontecido con motivo del cierre internacional de la Operación notificada no es un hecho extraño en la práctica de las operaciones internacionales. Si bien sabemos que el presente es el primer caso en la jurisprudencia administrativa peruana en que se discute si el cierre de una operación internacional ha contradicho la suspensión de la concentración dispuesta por la Ley de Concentraciones, en operaciones que involucren múltiples jurisdicciones, la posibilidad de ir poniendo parcialmente en práctica la operación en una o varias jurisdicciones, dejando sin efecto la implementación de la operación en otras jurisdicciones en las cuáles aún se encuentran pendientes las autorizaciones de las autoridades competentes, es una práctica pacíficamente aceptada.

Así, por ejemplo, asumamos que las empresas "A" y "B" ostentan una participación del 50% cada una en una empresa holding ("Holdco") que a su vez es el accionista de control de las empresas "W" y "X" en el Perú y de las empresas "Y" y "Z" en Bolivia. En este ejemplo, "A" y "B" típicamente ejercerán un control conjunto sobre las subsidiarias de Holdco. Ahora bien, asumamos que "A" acuerde adquirir de "B" sus acciones en Holdco, lo que resultará en un cambio de control en las empresas ubicadas en Perú y Bolivia (i.e., "A" pasará a ostentar el control exclusivo sobre éstas). A efectos de poder implementar parcialmente la operación de compra de acciones en Holdco, de modo que el cierre de esta operación produzca efectos en Bolivia pero no en Perú, "A" y "B" podrían

1.010.001858 V.M. 19  
000259  
INTEGRACIÓN

constituir una nueva empresa holding ("Newco"), en la cual cada una mantenga una participación del 50%, y transferir el íntegro de las acciones de Holco sobre las empresas "W" y "X" a Newco. De este modo, aún cuando "A" adquiriera el íntegro de las acciones de "B" en Holdco, el cierre de esta operación no produciría el efecto de una concentración en el Perú, en tanto que la capacidad de "A" de influir de manera preponderante y permanente en las decisiones de las empresas "W" y "X" no se vería alterada.

- 3.36 Por lo general, la implementación parcial de una operación internacional, adoptando las medidas estrictamente necesarias para asegurar que ésta no pueda acarrear efectos de una concentración en el país en que aún se encuentre pendiente de autorización, no resulta incompatible con la suspensión de la concentración materia de las legislaciones de control de concentraciones empresariales. Como explican Folguera y Vidal, refiriéndose a la suspensión de la concentración dispuesta en el derecho de la competencia español:

*"En relación con esta disposición suelen plantearse al menos dos cuestiones en el marco de operaciones internacionales. Por una parte, se plantea la posibilidad de poner parcialmente en práctica la operación en otras jurisdicciones distintas a la española mientras se mantiene la suspensión en España hasta que las autoridades de competencia autoricen de forma tácita o expresa la concentración o concedan una dispensa de la obligación de suspensión (lo que se conoce como 'carve out option'). Desde un punto de vista teórico esta posibilidad no debería plantear dudas de su compatibilidad con el artículo 9.2 de la LDC, por cuanto que*





ABOGADOS



**garantiza que no se adquiere control sobre el negocio de la empresa en España hasta que se haya autorizado la operación**" (énfasis y subrayado agregado).<sup>43</sup>

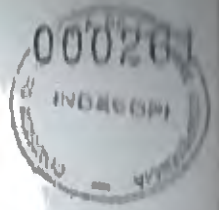
3.37 Como observará la Sala, resulta perfectamente posible, desde un punto de vista práctico como teórico, adoptar medidas para asegurar y resguardar que el cierre parcial de una operación sujeta a evaluación no produzca los efectos de una concentración en un territorio en particular, en tanto el acto notificado aún se encuentre pendiente de evaluación y autorización. Por lo mismo, a efectos de determinar si la implementación parcial de una operación de concentración sujeta a evaluación ha infringido el principio de suspensión, la autoridad debe siempre, **necesariamente**, evaluar los efectos que el cierre parcial de la operación notificada pueda o no haber tenido en el territorio doméstico, a la luz de las medidas y precauciones adoptadas por las empresas notificantes para asegurar no infringir la normatividad aplicable. Lamentablemente, en la Resolución impugnada, la Comisión decidió obviar todo análisis sobre la materia sustentada, como hemos explicado, en una comprensión inadecuada de los alcances de las disposiciones de la Ley de Concentraciones.

De haber la Comisión actuado correctamente, como veremos a continuación, necesariamente habría concluido que Enel ha adoptado previsiones y autolimitaciones oportunas, idóneas, eficaces y estrictamente necesarias, que le impidían ejercer actos de control exclusivo, del tipo que fue, ulteriormente, autorizado por

<sup>43</sup> Folguera y Vidal, op. cit., p. 309.

PAYET REY CAUVE

ABOGADOS



la Comisión, por lo que, en el caso que nos ocupa, no podría sostenerse que nuestra empresa habría infringido el principio de suspensión de la concentración.

**E) Enel no ha incurrido en la infracción imputada**

3.38 Vistos los errores interpretativos y conceptuales en los que ha incurrido la Comisión en la Resolución impugnada, pasaremos a continuación a explicar cómo acontecieron los hechos que han motivado el presente procedimiento, y explicaremos las medidas adoptadas por Enel para asegurar no contravenir las disposiciones de la Ley de Concentraciones y su Reglamento.

3.39 Como se ha reseñado en la Sección II precedente, en el Contrato de Compraventa de Acciones, Enel y Acciona convinieron en realizar la Operación notificada a la Comisión, sujeto al cumplimiento de determinadas Condiciones Suspensivas enunciadas en la cláusula 9 del acuerdo. Entre las Condiciones Suspensivas figuraba, la obtención de las pertinentes autorizaciones sin condiciones de *"las autoridades competentes de Defensa de la Competencia, nacionales o comunitarias, que fueran necesarias"* (subrayado agregado).

Como comprenderá la Sala, tratándose de un contrato sujeto íntegramente a *"la ley común española"*, conforme a lo estipulado en su cláusula 17.1, la condición de obtener la autorización de las autoridades de competencia correspondientes se refiere a las autoridades (nacionales) *españolas* o (comunitarias) *europas*, cuya autorización resultaba exigible, conforme a la legislación

PAYET REY CAUVE

ABOGADOS



española, para el perfeccionamiento de la transferencia de propiedad de las acciones materia de la Operación.

- 3.40 Inicialmente, atendiendo a los plazos estándares comunes a este tipo de operaciones, las partes habían estimado que el cumplimiento efectivo de todas las Condiciones Suspensivas acordadas en el Contrato de Compraventa de Acciones se produciría aproximadamente el 20 de agosto de 2009, fecha límite que fue informada, con absoluta transparencia, al momento de notificar la Operación a la Comisión.

Las Condiciones Suspensivas, sin embargo, fueron cumpliéndose con anticipación a lo estimado inicialmente por las partes, habiéndose cumplido todas en su totalidad hacia mediados del mes de junio de 2009 -esto es, con dos meses de antelación a la fecha límite del 20 de agosto. Vale destacar que todas las Condiciones Suspensivas acordadas fueron cumplidas, sin que Enel o Acciona dispensaran o renunciaran a alguna condición pactada a su favor. Simplemente, los hechos se produjeron con mayor celeridad a la prevista.

- 3.41 Una vez cumplidas todas las Condiciones Suspensivas, se gatilló la obligación estipulada en la cláusula 9.5 del Contrato de Compraventa de Acciones. Conforme a lo acordado por las partes en esta cláusula, una vez cumplidas las Condiciones Suspensivas (con excepción de una condición referida a temas de financiamiento), las partes debían fijar la fecha en que se formalizaría la transferencia de acciones de Endesa, lo cual debía acontecer dentro de ***"los quince (15) días inmediatamente***

PAVE REY CAUW

ABOGADOS

Lo que se autoriza y vale  
COMISIÓN DE REGULA DE LA  
000263

posteriores a la fecha en que tengan constancia del cumplimiento de todas las Condiciones Suspensivas" (énfasis y subrayado agregado).

En estas circunstancias, *dado que al momento de en que se cumplieron las Condiciones Suspensivas, la Comisión no había aún emitido la resolución de autorización correspondiente a la Operación notificada, habiendo más bien prorrogado en múltiples oportunidades el plazo para emitir su decisión*, existía el riesgo que, llegada la Fecha de Cierre, el pronunciamiento de la Comisión pudiera aún encontrarse pendiente, pese a la evidente ausencia de efectos anticompetitivos de la Operación. Por otro lado, como apreciará la Sala, de haber Enel rehusado acordar una fecha de cierre dentro del plazo previsto en la Cláusula 9.5 del Contrato de Compraventa de Acciones antes mencionada, se habría producido un incumplimiento contractual frente a Acciona, con graves perjuicios derivados de ese eventual incumplimiento frente a su contraparte.

- 3.42 En este contexto, se procedió de inmediato a realizar las consultas y coordinaciones del caso con los asesores legales de Enel, llegándose a la conclusión de que la suspensión de la concentración dispuesta en el artículo 3 de la Ley de Concentraciones y en el artículo 11 del Reglamento, no prohibían, ni perseguían impedir o condicionar, de modo alguno, la realización de un acto jurídico sujeto a ley extranjera, como se ha explicado en extenso anteriormente.



PAYET REV. CAUVE

ABOGADOS

Sin perjuicio de lo anterior, también se arribó a la conclusión que se debían adoptar medidas a efectos de que el perfeccionamiento de la transferencia de acciones materia de la Operación no resultara susceptible de producir, de manera efectiva, los efectos legales de una concentración sobre las empresas Eepsa, Edegel y Edelnor, o alterara de modo alguno las condiciones de la competencia en el sector eléctrico peruano, antes de que la Comisión emitiera su pronunciamiento definitivo en relación a la autorización solicitada.

- 3.43 Lo expuesto en el numeral precedente, fue materia de discusión en la sesión del Consejo de Administración (*i.e.*, el Directorio) de Endesa Latinoamérica, S.A. -empresa holding a través de la cual se ejerce el control indirecto en Eepsa, Edegel y Edelnor- llevada a cabo el **22 de junio de 2009**, conforme consta en el Acta 127.

Conscientes de que la ejecución del acto jurídico de transferencia de acciones, y sus acuerdos complementarios, a llevarse a cabo 25 de junio de 2009, **no debía resultar susceptible de producir los efectos legales propios de una concentración, oponibles ante autoridades o terceras personas, en territorio peruano**, en la referida sesión de Consejo Directivo se dispuso instruir a los representantes de Endesa Latinoamérica, S.A. en el Perú abstenerse de realizar cualquier acto que pudiese alterar la estructura de control vigente en Eepsa, Edegel y Edelnor, hasta que la Comisión no emitiera su decisión con relación a la Operación notificada, conforme se puede leer a continuación:

PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

En cuanto a los efectos de esta operación para las filiales en Latinoamérica, se deja constancia que se encuentra en trámite la autorización de concentración solicitada por Enel en el mes de abril a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en Perú. Por tratarse de una operación de transferencia de acciones que se efectúa fuera de territorio peruano, sujeta a la ley española, la obtención de dicha autorización no es una condición necesaria para la adquisición de las acciones según el contrato celebrado entre Enel y Acciona, pero sí para que se produzcan efectos legales, oponibles ante las autoridades correspondientes o terceras personas, en territorio peruano, relacionados a la adquisición de control exclusivo por parte de Enel sobre las sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.

Atendiendo a lo expuesto, se acuerda dar inmediatas instrucciones a los representantes de Endesa Latinoamérica en las sociedades peruanas afectadas de forma que no se ejercerán actos, directos o indirectos, del control exclusivo, a través del ejercicio del derecho de voto de las acciones o de cualquier otro acto jurídico, quedando en suspenso el ejercicio del control hasta que se obtenga la referida autorización, lo que implica que, en tanto no se obtenga la referida autorización: (i) no se modificarán los órganos de administración de dichas sociedades, (ii) no se alterará la política comercial de dichas sociedades, ni (iii) en forma general se efectuará acto alguno que implique modificar la estructura de control vigente en las Sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.

Como resultado de esta instrucción, en la Fecha de Cierre (*i.e.*, el 25 de junio de 2009), Eepsa, Edegel y Edelnor comunicaron, por separado, a CONASEV el perfeccionamiento de la transferencia de acciones materia de la Operación. En todas estas comunicaciones, que constituyen documentos de fecha cierta, expresamente se informó, atendiendo a lo instruido en el Acta 127, que "los efectos de la referida operación están sujetos a los requisitos que fuesen aplicables bajo la legislación peruana" (subrayado agregado). De este modo, se cumplió con informar al mercado que el perfeccionamiento de la transferencia de acciones materia de la Operación no surtiría efectos legales propios de una concentración en territorio peruano, en tanto no se cumpliera con los requisitos aplicables bajo la legislación peruana, que no son otros más que la



PAYE REY CAUVA

ABOGADOS

obtención de la autorización de concentración por parte de la Comisión. No existe en la legislación peruana requisito adicional alguno que *sujete los efectos* de una operación llevada a cabo en territorio extranjero, como es la que es materia el presente caso, distinto a la autorización de concentración a cargo de la Comisión.

Asimismo, en ejecución de lo instruido en el Acta 127, entre los días 25 de junio y 16 de julio último, no se modificaron los órganos de administración de Eepsa, Edegel y Edelnor, ni se alteraron las políticas comerciales de dichas empresas ni, en general, se realizaron actos que, de modo alguno, hayan implicado la modificación de la estructura de control vigente en tales empresas antes del 25 de junio de 2009 o que puedan ser interpretados como el ejercicio de un control exclusivo sobre estas sociedades por parte de Enel.

Contrario a lo sostenido por la Comisión en la Resolución impugnada, los actos reseñados en el presente numeral revelan, claramente, la intención de Enel de actuar con el mayor apego a las disposiciones de las normas sobre concentraciones económicas peruanas.

- 3.44 De otro lado, en vista que la ley peruana no prevé un mecanismo de dispensa de la suspensión de la concentración, como es usual encontrar en el derecho comparado, que de haberse otorgado hubiera revestido de seguridad jurídica plena el actuar de nuestra empresa, en el presente caso, confiamos en que la Sala aplicará rigurosamente el principio de legalidad, reconocido en el artículo 2 inciso 24) de la Constitución peruana, según el cual "[n]adie está

PAYET REY CAUVE

ABOGADOS



*obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.*

La ley peruana, como hemos explicado anteriormente, no prohíbe, ni persigue impedir o condicionar, de modo alguno, la realización de un acto jurídico, como el que es materia de la Operación, sujeto a ley extranjera. Como bien ha reconocido en el pasado la Comisión, la Ley de Concentraciones, simplemente, no pretende extender las consecuencias jurídicas previstas en sus normas a operaciones llevadas a cabo en territorio extranjero. Por lo mismo, ha de concluirse que Enel no ha contravenido disposiciones del derecho peruano al haber procedido a perfeccionar la transferencia de la propiedad sobre las acciones que es materia de la Operación, que se encontraba sujeta a la ley española.

3.45 Reiteramos, la consecuencia legal que la ley peruana, en todo caso, dispone para aquellos casos de actos jurídicos de concentración perfeccionados en el extranjero, como es el caso de la transferencia de acciones materia de la Operación, es la privación de los posibles efectos que tales actos jurídicos pudieran acarrear en territorio peruano.

En el caso que nos ocupa, como hemos visto, **Enel ha adoptado las precauciones exigibles, y estrictamente necesarias, para asegurar que la transferencia de acciones materia de la Operación no sea susceptible de surtir efectos propios de una concentración sobre Eepsa, Edegel y Edelnor, oponibles ante las autoridades o terceras personas en el Perú, en tanto se encontrase pendiente la autorización de la Comisión,**





RAYET REY CAUVE

ABOGADOS

asegurando de este modo que las condiciones de la competencia en el mercado no puedan verse afectadas en el ínterin.

Por lo demás, como confiamos coincidirá la Sala, de haber previsto la ley peruana un mecanismo de dispensa de la suspensión de la concentración, como es usual encontrar en el derecho comparado, las medidas específicamente adoptadas por Enel, de buena fe y según su leal saber y entender, para asegurar que el perfeccionamiento del acto jurídico de concentración en el extranjero no resulte susceptible de conllevar efectos en territorio peruano, son del tipo que una autoridad de competencia hubiese impuesto como condiciones *estrictamente necesarias* para conceder una dispensa.

Así, como hemos explicado anteriormente, en el caso de una operación de concentración realizada por medio de una OPA, las autoridades de competencia internacionales permiten que se efectúen los anuncios de la oferta, que se inicie el plazo de aceptación e, incluso, que se perfeccione la adquisición de las acciones, *siempre y cuando* no ejerza los derechos de voto inherentes a las acciones adquiridas o lo haga sólo para salvaguardar sus inversiones, en tanto las autoridades competentes no emitan su pronunciamiento definitivo. Y ello es así, dado que "no es la transferencia legal de la propiedad sobre las acciones, sino el ejercicio de los derechos adheridos a tales acciones, lo que se considera constituye la implementación de la concentración" (énfasis y subrayado agregado).<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Kirch y Le Breton, op. cit., loc. cit.

PAYE REY GALVE

ABOGADOS

000269  
INDECOPI  
COMISIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

De manera análoga al ejemplo reseñado, *en ausencia de disposiciones legales expresas y pese a ser evidentes los nulos efectos anticompetitivos de la Operación*, Enel ha adoptado, de buena fe y según su leal saber y entender, previsiones y autolimitaciones que estamos seguros la Sala considerará oportunas, idóneas, eficaces y estrictamente necesarias para prevenir la implementación de los efectos de la concentración en el Perú, estando aún pendiente la autorización correspondiente.

3.46 Recordemos que el objetivo perseguido por la suspensión de la concentración en las normas de control de concentraciones económicas no es otro más que disuadir a la empresa notificante de ejercer el control a ser adquirido, de manera efectiva, sin la autorización correspondiente por parte de la Comisión, a efectos de asegurar que las condiciones de la competencia en el mercado no se vean afectadas sino hasta que la Comisión pueda evaluar apropiadamente las consecuencias de la concentración notificada.

En el presente caso, hemos visto que Enel ha adoptado previsiones y autolimitaciones oportunas, idóneas, eficaces y estrictamente necesarias, que le impedían ejercer actos de control exclusivo, del tipo que fue, posteriormente, autorizado por la Comisión. Las medidas adoptadas impedían a Enel ejercer actos de control, de manera efectiva, en tanto se encontrase pendiente la autorización de la Comisión, adoptando decisiones sobre el presupuesto y plan de negocios de la Eepsa, Edegel y Edelnor, sobre el nombramiento de los directivos y principales gerentes de estas sociedades o sobre la realización de inversiones de carácter estratégico para estas

empresas, entre otros. De hecho, repetimos, en las tres semanas transcurridas entre la Fecha de Cierre y la Resolución de Autorización de la Comisión, Enel no ha realizado un solo acto que pudiera ser considerado del tipo de control pendiente de autorización.

Por lo demás, como se ha reseñado en el numeral 2.9 precedente, hemos de recordar que todas las autoridades involucradas en el procedimiento de autorización previa iniciado con motivo de la Operación notificada, incluyendo el Ministerio de Energía y Minas, OSINERGMIN, la Secretaría Técnica de la Comisión, así como la propia Comisión, han coincidido, de manera unánime, en concluir que, como resultado de la ejecución de la Operación, no existirán variaciones de las condiciones de competencia y la libre concurrencia al mercado eléctrico peruano o, como se ha señalado expresamente en la Resolución de Autorización, *"que el desarrollo del mercado eléctrico peruano no será afectado por la ejecución de la operación de control notificada"*.

Así las cosas, resulta indiscutible que aun en el negado supuesto que Enel hubiese podido realizar actos de control exclusivo, de manera efectiva, sobre Eepsa, Edegel y Edelnor, antes de la autorización de la Comisión, tales actos no hubieran sido capaces de afectar las condiciones de la competencia existentes en el mercado peruano, que es precisamente lo que toda suspensión de la concentración persigue, en última instancia, prevenir.

3.47 En atención a todo lo expuesto, confiamos en que la Sala concluya que Enel no ha incurrido en la infracción administrativa imputada.



ABOGADOS

Resumiendo lo explicado, la premisa fáctica del tipo infractor contenido en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones, cuya infracción se nos ha imputado en el presente caso, consistente en "llevar a cabo el acto de concentración", ha de entenderse como la *implementación de los efectos del acto jurídico de concentración en territorio peruano*, o lo que es lo mismo, *la implementación de actos que permitan, de manera efectiva, influir en las decisiones estratégicas y comerciales relevantes de la empresa o las empresas afectadas*.

Como se ha evidenciado en el presente escrito, Enel ha adoptado previsiones y autolimitaciones oportunas, idóneas, eficaces y estrictamente necesarias, de buena fe y según su leal saber y entender, para asegurar que el perfeccionamiento del acto jurídico de concentración en el extranjero no resulte susceptible de conllevar efectos en territorio peruano, por lo que confiamos que, en su oportunidad, la Sala declarará infundada la imputación contenida en la Notificación de Cargo y revocará la Resolución impugnada en todos sus extremos.

#### **IV. LA SANCIÓN IMPUESTA ES NULA POR SER ILEGAL Y DESPROPORCIONAL**

4.1 Conforme a lo expuesto hasta el momento, existen múltiples fundamentos para que la Sala disponga revocar la Resolución impugnada. Sin perjuicio de ello, consideramos oportuno referirnos específicamente a la sanción impuesta por la Comisión en la Resolución impugnada, a efectos de que la Sala pueda

**PAYET REY GALVE**

ABOGADOS

evidenciar los múltiples vicios en los que ha incurrido la Comisión y la manifiesta ilegalidad de la multa decretada.

**A) La Comisión ha interpretado incorrectamente la tipología de la infracción imputada**

4.2. Como se ha explicado en la Sección II del presente escrito, a efectos de determinar el límite de la sanción a imponerse por la supuesta infracción incurrida, la Comisión ha interpretado que el artículo 6 de la Ley de Concentraciones establece límites de multas distintos (i) para el caso de una empresa que realiza un acto de concentración sin solicitar la autorización previa de la Comisión y (ii) para el caso de una empresa que realiza un acto de concentración luego de solicitar la autorización previa de la Comisión y antes de emitirse la resolución de autorización respectiva. A entender de la Comisión, en el primer caso, la Ley de Concentraciones fija una multa máxima de 500 UIT y, en el segundo caso, una multa máxima equivalente al 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos.

Partiendo de la interpretación antes reseñada, la Comisión concluye que el realizar un acto de concentración luego de presentada la solicitud, pero antes de la decisión de la Comisión, es un acto mucho más grave que el de simplemente obviar por completo solicitar la autorización respectiva y llevar a cabo el acto de concentración.

En el caso que nos ocupa, sobre la base de la dicotomía postulada, la Comisión sostiene que resultaría de aplicación una multa

PAYET REY CAUVE

ABOGADOS



máxima equivalente al 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las subsidiarias de Enel.

- 4.3 La interpretación postulada por la Comisión, reseñada en el numeral precedente, es asistemática e incongruente con los objetivos perseguidos por la normativa de control de concentraciones. Para explicarnos, resulta necesario analizar el texto íntegro del artículo 6 de la Ley de Concentraciones:

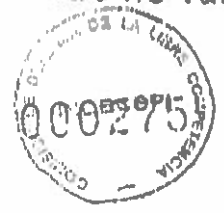
*"Artículo 6.- La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI podrá imponer a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la presente Ley, multas por un importe no mayor a 500 UIT cuando: omitan la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado, suministren datos inexactos en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión, o no proporcionen la información dentro de los plazos establecidos.*

*Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión podrá importar multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad eléctrica en el territorio nacional, involucradas directa o indirectamente en la concentración -en los términos establecidos en el Artículo 3 de la presente Ley-, correspondientes al año inmediato anterior a la decisión de la Comisión, a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la misma, que: realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, realicen un acto*

de concentración declarado incompatible por tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia mediante decisión de la Comisión o no cumplan con las medidas ordenadas mediante decisión adoptada por la Comisión (énfasis y subrayado agregado)“.

Como apreciará la Sala, el primer párrafo de la norma analizada establece una multa máxima de 500 UIT para la comisión de determinadas conductas, mientras que el segundo párrafo de la norma analizada establece una multa máxima de hasta el 10% de los ingresos brutos para otros supuestos de infracción.

4.4 En el caso que nos ocupa, la Comisión sostiene que en el segundo párrafo del artículo 6 antes transcrito se tipifica como un hecho punible el acto de llevar a cabo una operación de concentración luego de presentada la notificación respectiva pero antes de la emisión de la decisión de autorización de la Comisión, supuesto que, a su entender, resultaría sancionable con una multa máxima de hasta 10% de los ingresos brutos. De ello se deduce que para la Comisión, en el primer párrafo del artículo 6 de la Ley de Concentraciones se tipificarían tres (3) conductas, mientras que en el segundo párrafo de la referida norma, se tipificarían cuatro (4) conductas adicionales e independientes, conforme se aprecia en el siguiente cuadro:



ABOGADOS

500 UIT	10% DE INGRESOS BRUTOS
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <u>Se omita la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado;</u></li> <li>2. Se suministren datos inexactos en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión; o</li> <li>3. No se proporcione la información dentro de los plazos establecidos</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <u>Se realice el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa;</u></li> <li>2. Se lleve a cabo un acto de concentración luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal;</li> <li>3. Se realice un acto de concentración declarado incompatible por tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia mediante decisión de la Comisión; o,</li> <li>4. No cumplan con las medidas ordenadas mediante decisión adoptada por la Comisión.</li> </ol>

Así, conforme a la lectura dada a la norma en cuestión por la Comisión, Enel habría incurrido en la conducta enunciada en el numeral 2 de la columna derecha del cuadro antes transcrito. Esta interpretación de la norma en referencia, sin embargo, como veremos a continuación resulta parcial y asistemática.

En efecto, como podrá apreciar la Sala, lo que la Comisión omite decir en la Resolución es que, de ser correcto que el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley de Concentraciones tipifica cuatro (4) conductas punibles independientes, **la conducta de llevar a cabo un acto de concentración omitiendo por completo solicitar la**



PAVET REY CALVE

ABOGADOS



autorización de la Comisión, resultaría sancionable tanto bajo el primer párrafo del artículo 6 en referencia (con una multa máxima de 500 UIT) como bajo el segundo párrafo de la referida norma (con una multa máxima de 10% de los ingresos brutos).

Así, nótese que conforme a la lectura de la Comisión, bajo el primer párrafo de la norma en referencia, resultaría punible con una multa máxima de 500 UIT el "[omitir] la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado"; y a la vez, bajo el segundo párrafo, resultaría punible con una multa máxima del 10% de los ingresos brutos percibidos el "[realizar] el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa".

Como comprenderá la Sala, no es jurídica ni lógicamente posible sostener que una misma conducta pueda encontrarse tipificada en dos párrafos distintos de una misma norma, en cada caso con una consecuencia jurídica (i.e., multa) diferente. Y esto es, precisamente, a lo que nos conduce la lectura parcial y aislada efectuada por la Comisión de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones.

- 4.5 Ya hemos explicado anteriormente en extenso que la interpretación jurídica ha de efectuarse siempre de manera sistemática, buscando darle coherencia a disposiciones normativas que en apariencia son contradictorias, partiendo de la premisa central que, en su conjunto, todas las normas integran un sistema que funciona en armonía o que debe tender a la armonía, y que debe estar libre de contradicciones o redundancias. Como explica Claude Du Pasquier,



PAYET REY CAUVE

ABOGADOS

el método sistemático de interpretación, "dirige su atención sobre el vínculo que reúne todas las reglas y las instituciones en un todo coherente; ella aclara la disposición legal cuya interpretación se busca por los principios más generales bajo el imperio de los cuales la coloca el sistema".<sup>45</sup>

En este sentido, lo que no puede hacer el intérprete, como lamentablemente ha hecho la Comisión en la Resolución impugnada, es dar sentido a las normas de forma aislada, porque ello podría implicar otorgarle a una norma un significado que, pese a mostrarse lógico para resolver el caso concreto, colisione con otras normas integrantes del mismo sistema. Como ha señalado Kelsen, este tipo de colisiones o contradicciones no deben presentarse, puesto que "una ciencia normativa no puede admitir la contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema".<sup>46</sup>

- 4.6 Para salvar la contradicción a la que conduce la interpretación parcial y aislada efectuada por la Comisión en la Resolución impugnada, necesariamente debemos efectuar una lectura integral del texto del segundo párrafo del artículo 6 de la Ley de Concentraciones, de la siguiente manera:

*"Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión podrá importar multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos [...] a las personas o empresas [...] que: [i] realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización*

<sup>45</sup> DU PASQUIER, loc. cit.

<sup>46</sup> KELSEN, loc. cit.



PALET REY CAUVE

ABOGADOS

previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, [y éste sea] declarado incompatible por tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia mediante decisión de la Comisión o [ii] no cumplan con las medidas ordenadas mediante decisión adoptada por la Comisión (énfasis y subrayado agregado)".

Conforme a la interpretación postulada en el párrafo precedente, el segundo párrafo del artículo 6 perseguiría imponer multas severas para el caso de la empresa que realice un acto de concentración incompatible, que tenga por efecto dañar las condiciones de competencia en el mercado peruano, sin obtener la respectiva autorización de la Comisión, ya sea porque omitió presentar una notificación o habiéndola presentado no haya esperado la emisión de la decisión de autorización correspondiente.

- 4.7 Como apreciará la Sala, la interpretación sistemática de la tipología contenida en el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley de Concentraciones postulada en el numeral precedente, no sólo salva la contradicción explicada anteriormente, sino que guarda perfecta armonía con los objetivos perseguidos por la normativa de control de concentraciones.

En efecto, recordemos que en la Resolución impugnada, la Comisión sostiene, sobre la base de su interpretación parcial y asistemática de la norma en cuestión, que la conducta de realizar un acto de concentración luego de presentada la solicitud, pero antes de la decisión de la Comisión (sancionable, conforme a la

**PAVET REY GALVI**

ABOGADOS

interpretación de la Comisión con una multa máxima de hasta 10% de los ingresos brutos), es un acto mucho más grave que el de simplemente obviar por completo solicitar la autorización respectiva y llevar a cabo el acto de concentración (sancionable, conforme a la interpretación de la Comisión con una multa máxima de 500 UIT). Esto, claramente es absurdo, pues nos llevaría a concluir que, desde la perspectiva de una empresa que adquiere control, es preferible llevar a cabo clandestinamente una operación sin notificar a las autoridades pues la sanción aplicable, en caso de ser detectada, resultará ser mucho menor. En otras palabras, la Ley de Concentraciones estaría incentivando a que no se le brinde siquiera a la autoridad la oportunidad de evaluar previamente una operación antes de su consumación, restándole toda eficacia a un sistema *ex-ante* de control de estructuras.

Hacemos notar a la Sala que la propia Comisión señala en el numeral 64 de la Resolución impugnada que no es admisible una situación en que una empresa decida concentrarse sin notificar este hecho a la autoridad. Siendo ello así, no entendemos cómo puede la Comisión luego, en la misma Resolución, sostener que la Ley de Concentraciones considera más grave el acto de realizar una operación previamente notificada antes de ser autorizada que el acto de realizar una operación sin siquiera notificar a las autoridades al respecto.

- 4.8 La interpretación sistemática postulada en el numeral 4.7 precedente, a diferencia de la lectura brindada a la norma por la Comisión en la Resolución, guarda mayor coherencia con los objetivos perseguidos por las normas de control de



ABICADOS

concentraciones. De un lado, no genera incentivos para que las empresas prefieran omitir por completo notificar una operación antes de llevarla a cabo y, por otro, impone sanciones severas en el caso que una concentración lesiva de la estructuras de competencia llegue a ser implementada en territorio nacional, resguardando así el objetivo principal de la Ley de Concentraciones.

- 4.9 Por último, hacemos notar a la Sala que la interpretación postulada en el numeral 4.7 no sólo es la única manera de resguardar la lógica y sistemática de la norma analizada, sino que además revela una realidad fáctica que la Comisión ha pretendido soslayar: En estricto, el artículo 6 de la Ley de Concentraciones no prevé una sanción para el caso de una operación realizada luego de notificada y antes de autorizada que no resulte ser lesiva de las condiciones de competencia en el mercado peruano, como es la operación materia del presente caso. En efecto, conforme explicamos anteriormente, la correcta interpretación sistemática de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 6 revela que el legislador únicamente ha previsto la posibilidad de imponer sanciones máxima de hasta el 10% de los ingresos brutos percibidos en el caso que se implemente una operación que resulte *incompatible* con el proceso concurrencia, situación que no se presenta en el caso que nos ocupa.

Como bien sabe la Sala, nos encontramos ante un procedimiento sancionador, en el que la Administración Pública hace uso de sus prerrogativas punitivas sobre los administrados, y en el que, por mandato constitucional, el uso de tales prerrogativas debe estar



ABOGADOS



supeditado al respeto de una serie de principios y limitaciones. Entre estos principios garantistas, como bien sabe la Sala, se encuentra el principio de legalidad en materia sancionadora en general y de tipicidad o taxatividad en materia administrativa sancionadora.

- 4.10 Muñoz Conde nos da una buena aproximación acerca de los alcances del principio de legalidad (recogido en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal peruano, aplicable supletoriamente al presente procedimiento administrativo sancionador). Al respecto, señala:

*"...el principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley. (...) el contenido esencial del principio de legalidad en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre prevista en la ley (...)"*<sup>47</sup>

En el mismo sentido, respecto a la importancia del principio de legalidad en un Estado de Derecho, Daniel Maljar agrega que *"su importancia radica en que una conducta, por muy reprobable que sea en el orden social, moral y ético no adquiere significado*

<sup>47</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. Derecho Penal, Parte General. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000, p. 105.



ABOGADOS



*infractor hasta quedar recogida normativamente como conducta sancionable, penal o administrativamente, por reflejarse en una norma que recogiendo el reproche social que produce, así la califique".<sup>48</sup>*

De otro lado, en relación a la configuración del principio de tipicidad o taxatividad del derecho sancionador (cuya manifestación en el derecho administrativo peruano se halla recogida en el artículo 230.4 de la LPAG), Muñoz Conde explica que *"la exigencia de clara determinación de las conductas punibles se expresa en el denominado principio de taxatividad o mandato de certeza".<sup>49</sup>* Maljar agrega que *"la tipificación será suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción (...) de la sanción y de la correlación entre una y otra, siendo por ello una exigencia de la seguridad jurídica".<sup>50</sup>*

El principio de tipicidad o taxatividad es el complemento necesario del principio de legalidad, persiguiendo evitar que sean órganos distintos a los debidamente facultados los que delimiten las conductas sancionadas. Sobre el particular, Daniel Maljar explica:

*"La tipicidad es un corolario necesario del principio de legalidad que juega en un doble sentido, esto es, como una garantía frente a la determinación subjetiva o discrecional de los hechos que*

<sup>48</sup> MALJAR, Daniel. El Derecho Administrativo Sancionador. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 196.

<sup>49</sup> Muñoz Conde, op. cit., p. 112.

<sup>50</sup> Maljar, op. cit., p. 197.



PAREY REY GAUVI

ABOGADOS

configuran el ilícito y como forma de prevención individual y social".<sup>51</sup>

El principio de tipicidad exige que las conductas sancionables se encuentren clara y explícitamente predeterminadas en una norma. Por tal motivo, únicamente las conductas expresamente contempladas en una norma (*lex certa*) podrán ser sancionadas por la administración pública. Si una conducta no se subsume con absoluta claridad dentro del supuesto de hecho de la norma que recoge la infracción, la misma es inmune de reproche. En este sentido, Antonio Domínguez señala que "[!] tipicidad o principio de *lex certa* viene a configurarse en sentido amplio como la identidad entre los presupuestos fácticos de la conducta realizada y la descrita en la norma".<sup>52</sup>

4.11 Así las cosas, al trasladar los conceptos citados al caso que nos ocupa, se pone en evidencia que la Comisión no podía sancionar a nuestra empresa por la presunta infracción del artículo 6 de la Ley de Concentraciones, pues éste, en estricto, cuando es correcta y sistemáticamente interpretado, no prevé, de manera cierta, una sanción para los hechos acontecidos.

Recuérdese además que, tratándose precisamente de un procedimiento sancionador, toda duda razonable respecto a si la conducta del administrado se halla o no subsumida dentro del supuesto de hecho de una tipología sancionadora, debe ser

<sup>51</sup> Ibid, p. 197.

<sup>52</sup> DOMÍNGUEZ VILA, Antonio. Constitución y Derecho Sancionador Administrativo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 271.





ABOGADOS

resuelta en beneficio de este último, en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

De lo anteriormente explicado deriva que la sanción impuesta por la Comisión en la Resolución impugnada resulte nula.

**B) La Comisión no ha observado los criterios de graduación de sanciones y ha impuesto una multa desproporcionada**

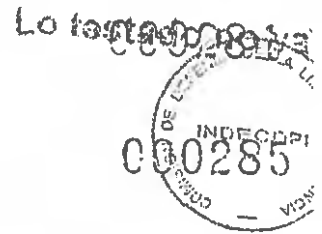
4.12 Sin perjuicio de lo expuesto en los numerales precedentes, hacemos notar a la Sala que, al momento de determinar la multa a ser impuesta a Enel por la presunta comisión de actos contrarios a la Ley de Concentraciones, la Comisión ha incurrido en múltiples causales de nulidad que afectan la legalidad del presente procedimiento. Nos explicamos.

Conforme se desprende de la Resolución, para graduar la sanción impuesta a nuestra empresa, la Comisión ha invocado el principio de razonabilidad previsto en el artículo 230 de la LPAG. Así, en la Resolución impugnada, la Comisión ha señalado lo siguiente:

*"(...) es necesario tener en consideración el principio de razonabilidad. (...) Este principio señala, en primer lugar, que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas. Ello quiere decir que la autoridad debe buscar que el monto de la multa sea suficiente para disuadir la repetición de la conducta infractora".*



ABOGADOS



Ha de notarse que, al invocar el principio de razonabilidad, la Comisión realiza una breve cita, en el pie de página 35, al texto del artículo 230 inciso 3 de la LPAG, de la siguiente manera:

*"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa*

*La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:*

**3. Razonabilidad.-** *Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.  
(...)"*

4.13 Como apreciará la Sala, la cita efectuada por la Comisión es **parcial**, convenientemente omitiéndose hace referencia a lo que la referida norma señala a continuación, conforme procederemos a transcribir:

*"(...) 3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser **proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:***

- a) **La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;***
- b) **El perjuicio económico causado;***

- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor" (énfasis y subrayado agregados).

El texto omitido por la Comisión, como se aprecia, establece una serie de criterios que obligatoriamente deben ser tomados en cuenta por la Administración al momento de graduar toda sanción. Lo que es más, en el texto omitido se señala explícitamente que los criterios de graduación listados en la referida norma deben ser aplicados en el orden de prelación en que ahí se encuentran enunciados. Por lo demás, como bien sabe la Sala, la LPAG es una norma de orden público, conforme se señala en su Quinta Disposición Complementaria y Final.

- 4.14 Lo grave del caso no es que la Comisión haya omitido incorporar en su Resolución el texto íntegro del artículo 230 inciso 3 de la LPAG. Lo verdaderamente grave, y que resulta a todas luces inexplicable, es que la Comisión, más bien, haya omitido emplear los criterios obligatorios de graduación de sanciones postulados en la LPAG, en el orden de prelación mandado por la LPAG.

Como podrá evidenciar la Sala de la revisión de numerales 72 y 73 de la Resolución impugnada, que son los únicos numerales referidos a la graduación de la multa impuesta a Enel, la Comisión no ha analizado ni tomado en cuenta ninguno de los criterios obligatorios de graduación de sanciones postulados



ABOGADOS



en los numerales a), b), c), d) y e) del artículo 230 inciso 3) de la LPAG antes transcrito. Por el contrario, la Comisión únicamente se ha limitado a referirse breve y, como veremos luego, incorrectamente al último de los criterios postulados en el numeral f) de la norma aludida. En el presente caso, no podemos siquiera decir que la Comisión ha respetado el orden de prelación obligatorio para la aplicación de criterios de graduación de sanciones cuando lo cierto es que la Comisión, simplemente, ha omitido toda referencia a tales criterios.

En efecto, de la lectura de la Resolución impugnada, la Sala observará que el único criterio empleado por la Comisión para graduar la sanción impuesta ha sido el de la presunta intencionalidad de Enel de incurrir en la infracción que se nos ha imputado, criterio que, conforme a lo dispuesto en el artículo 230 inciso 3) de LPAG es el último criterio a tomarse en consideración cuando la Administración ha de graduar una sanción, obviando así pronunciarse respecto de cinco (5) criterios que no sólo son obligatorios tener presente sino que deben evaluarse siempre antes de analizarse la supuesta intencionalidad del presunto infractor.

Como resultado de esta actuación sesgada, la Comisión ha resuelto imponer a Enel una sanción de 1000 (UIT) que, como explicaremos luego, resulta ser a todas luces desproporcionada e insólita en del Derecho de la Competencia peruano, **lo cual tiene el potencial que ocasionar a nuestra empresa un significativo agravio económico.**



PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

- 4.15 El primer criterio de graduación de sanciones que debe ser tomado en cuenta por la Administración al graduar una sanción, conforme a lo dispuesto en el artículo 230 inciso 3) de la LPAG, el cual ha sido omitido por completo por la Comisión en la Resolución impugnada es el de la *"gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido"*.

Conforme ha señalado Morón, el análisis de la gravedad del daño al interés público y/o al bien jurídico protegido debe ser entendida como aquella ponderación de los costos y beneficios de la afectación ocasionada, de modo que *"(...) a mayor perjuicio económico ocasionado a los intereses públicos, mayor deberá ser la sanción a ser impuesta"*.<sup>53</sup>

En el caso que nos ocupa, la aplicación de este criterio de graduación de sanciones nos obliga a remitirnos al primer artículo de la Ley de Concentraciones, según el cual la normativa de control de concentraciones tiene como principal objeto evitar que se lleven a cabo actos de concentración que puedan disminuir, dañar o impedir la libre competencia y la libre concurrencia en los mercados de generación, transmisión y/o de distribución eléctrica en nuestro país.

<sup>53</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009, p. 695.



PAYET REY CAUAT

ABOGADOS

A tal efecto, el interés público y bien jurídico cautelado por la Ley de Concentraciones no es otro que el correcto funcionamiento del proceso competitivo en el sector eléctrico peruano. En este orden de ideas, al momento de graduar una sanción por infracciones a esta normativa, la autoridad habría de considerar más grave y, por tanto, punible con mayor sanción, aquellas conductas que pudieran afectar negativamente las condiciones de competencia en el mercado eléctrico peruano y, consecuentemente, menos graves y susceptibles de una menor sanción, aquellas conductas que no tuvieran un impacto significativo en el procesos concurrencial.

En el caso que nos ocupa, hemos visto que el cierre parcial de la Operación notificada no tuvo efectos en el Perú, dado que se adoptaron medidas y precauciones para prevenir que Enel hubiese podido realizar actos de control exclusivo, de manera efectiva, sobre Eepsa, Edegel y Edelnor, antes de la autorización de la Comisión. Pero aún si Enel hubiera, en efecto, concentrado el control sobre estas empresas antes de que la Comisión autorizara la Operación, lo cierto es que tal concentración no resultaba siquiera posible de variar las condiciones de la competencia en el sector eléctrico peruano. Es decir, su potencial impacto negativo es nulo.

Recordemos que, en el presente caso, todas las autoridades involucradas en el procedimiento de autorización previa iniciado con motivo de la Operación notificada, incluyendo el **Ministerio de Energía y Minas, OSINERGMIN, la Secretaría Técnica de la Comisión, así como la propia Comisión**, han coincidido, de manera unánime, en concluir que, como resultado de la ejecución



ABOGADOS



de la Operación, no existirán variaciones de las condiciones de competencia y la libre concurrencia al mercado eléctrico peruano o, como se ha señalado expresamente en la Resolución de Autorización, "que el desarrollo del mercado eléctrico peruano no será afectado por la ejecución de la operación de control notificada".

Por el contrario, la propia Comisión ha reconocido en la Resolución de Autorización que la Operación tiene el potencial de mejorar las condiciones de la competencia en el mercado peruano, por lo que mal puede hablarse de una afectación al interés público o bien jurídico cautelado por la Ley de Concentraciones en el caso que nos ocupa. Así, en la Resolución de Autorización, la Comisión señaló expresamente lo siguiente:

"(...) la operación de concentración notificada podría facilitar el planeamiento estratégico de Endesa, en tanto se evitaría la necesidad de compatibilizar dos visiones distintas, lo que significaría la disminución de los costos de coordinación para e desarrollo e implementación de sus políticas. En tal sentido, se pueden obtener eficiencias operativas que se trasladarían al mercado eléctrico peruano a través de la operación de las empresas que Endesa controla, en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica

(...)

En consecuencia, del análisis realizado a modo de ejemplo, considerando que no se presentarán variaciones en las concentraciones de los mercados de clientes regulados y clientes libres, toda vez que Endesa continuará operando en el



PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

mercado peruano a través de las mismas empresas; esta Comisión opina que no existe evidencia que permita inferir que la operación de concentración notificada generará facilidades para el ejercicio de poder de mercado y/o la realización de prácticas colusorias. Por lo tanto, de concretarse la Notificación **no representará problemas para la competencia y la libre concurrencia**" (énfasis y subrayado agregados).

Así las cosas, de haber actuado con apego a la Ley, al graduar la sanción a imponerse por la presunta infracción incurrida, la Comisión habría necesariamente concluido, al igual como sostiene en la Resolución de Autorización, que, como resultado de la ejecución de la Operación cuestionada, no han existido variaciones de las condiciones de competencia y la libre concurrencia al mercado eléctrico peruano, por lo que resulta, a todas luces, imposible afirmar que ha habido una afectación al interés público y bien jurídico cautelado por la Ley de Concentraciones.

4.16 El segundo criterio que debe ser tomado en cuenta por la Administración al graduar una sanción, conforme a lo dispuesto en el artículo 230 inciso 3) de la LPAG, el cual también ha sido omitido por completo por la Comisión en la Resolución impugnada, es el del "perjuicio económico causado". Nuevamente, conforme se ha explicado anteriormente, en el caso que nos ocupa, el cierre parcial de la Operación notificada no sólo no ha causado perjuicio económico alguno, sino que ni siquiera ha tenido la potencialidad de causar tal perjuicio, conforme han reconocido todas las autoridades involucradas, incluyendo la propia Comisión.



PAYET REY GALVE

ABOGADOS

En cuanto a los demás criterios de graduación omitidos por la Comisión en la Resolución impugnada, es claro que Enel no es reincidente o reiterante en la supuesta infracción en la que se le imputa haber incurrido. Enel tampoco habría obtenido un beneficio como consecuencia de la conducta que la Comisión ha considerado infractora.

De otro lado, existen múltiples circunstancias en torno a los hechos que han motivado el presente procedimiento sancionador que la Comisión ha omitido, igualmente, ponderar, como corresponde legalmente, al momento de graduar la sanción impuesta. Entre estas circunstancias podemos enunciar los hechos, ajenos a la voluntad de Enel (i.e., el cumplimiento anticipado de las Condiciones Suspensivas) que gatillaron la obligación de fijar la Fecha de Cierre de la Operación, así como todas las medidas voluntariamente adoptadas por Enel que, siendo oportunas, idóneas, eficaces y estrictamente necesarias, que le impedían ejercer actos de control exclusivo, del tipo que fue, posteriormente, autorizado por la Comisión. Estas circunstancias, claramente, resultan atenuantes de cualquier posible sanción que se pudiese considerar corresponder.

Pero de otro lado, existen circunstancias, atribuibles a la propia Comisión, que han debido ser tomadas en cuenta. Principalmente, ha de tenerse presente que la Comisión extendió al máximo posible el plazo para emitir su resolución de autorización y dictó esta el último día hábil posible. Sin con esto querer poner en duda el profesionalismo de la Comisión y su Secretaría Técnica, lo cierto es que la Comisión pudo haber dictado la resolución de autorización



ABOGADOS



en un plazo mucho más breve. Sólo a manera ilustrativa, ha de tenerse presente que la Comisión Europea emitió un pronunciamiento en relación a la misma Operación en menos de un mes.

Del mismo modo, se ha omitido ponderar el hecho que en anteriores pronunciamientos, la Comisión expresamente ha reconocido que las disposiciones de la Ley de Concentraciones no extienden su competencia al ámbito internacional, pronunciamientos que, como es obvio, en la ausencia de mecanismos institucionales de consulta o dispensa, son la única guía con la que cuentan los administradores para decidir sus actuaciones.

Reiteramos el único criterio de graduación de sanciones esbozado en la Resolución impugnada es el de la supuesta intencionalidad en la conducta de nuestra empresa. Como hemos visto, este criterio de graduación, conforme se dispone en la LPAG, es el último (y de ninguna manera el único) que debe ser analizado por la Autoridad.

Lamentablemente, y sin perjuicio de las omisiones antes explicadas, al momento de aplicar este criterio, la Comisión ha realizado una actuación contraria a Derecho, presumiendo la existencia de dolo en la actuación de Enel durante el procedimiento de la autorización de la concentración. Así, en la Resolución apelada, la Comisión ha señalado lo siguiente:

*"Así, Enel conocía que la Ley de Concentraciones supervisa la posibilidad de modificación de la estructura de control, que como*

PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

*se señaló, es inmediato a la realización del acto de concentración mismo, no obstante, ejecutó la operación de concentración desconociendo la autoridad de la Comisión y las normas contenidas en la Ley de Concentraciones*

*(...)*

*Es decir, la empresa infractora realizó el acto de concentración notificado conociendo de la norma que prohibía su realización; lo que implica que existió, de parte de la infractora, una deliberada intención de desconocer la Ley de Concentraciones”.*

Conforme se evidencia de texto antes citado, la Comisión presume, sin mayor fundamento, que Enel ha actuado con la intención de quebrantar la Ley de Concentraciones. Dicha conclusión no se condice con los actos desplegados con total transparencia por Enel, precisamente, para evitar que el cierre parcial de la Operación notificada conlleve los efectos propios de una concentración en territorio peruano, actos que, si algo revelan, es el respeto y apego de Enel a las leyes del Perú.

- 4.17 Como consecuencia de las omisiones y errores en la graduación efectuada por la Comisión, ésta ha resuelto imponer a nuestra empresa una multa de 1000 UIT, la cual no sólo resulta desproporcionada, y por tanto irrazonable, sino insólita en el Derecho de la Competencia peruano.

Como ha señalado Ossa Arbeláez, el principio de proporcionalidad tiene como uno de sus principales objetivos “(...) racionalizar la actividad sancionadora de la administración evitando que la autoridad expanda su actuación represiva y dirigiendo ésta dentro

PAYET REY CAUVE

ABOGADOS

*de un criterio de ponderación y equilibrio, como la alternativa última de entre las que menos gravosas resulten para el administrado".<sup>54</sup>*

En otras palabras, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la proporcionalidad se traduce en el deber de la administración pública procurar una correspondencia entre la infracción cometida y la obligación impuesta en el caso concreto, evitando la imposición de medidas innecesarias o excesivas. García de Enterría coincide señalando que este principio "*supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas*".<sup>55</sup>

Cabe preguntarse entonces, si todas las autoridades involucradas en el procedimiento de autorización previa han coincidido, de manera unánime, en concluir que, como resultado de la ejecución de la Operación, no existirán variaciones de las condiciones de competencia y la libre concurrencia al mercado eléctrico peruano, si en el caso que nos ocupa no ha causado un perjuicio económico, si Enel no es reincidente o reiterante en la supuesta infracción que le ha sido imputada ni ha obtenido un beneficio como consecuencia de la conducta que la Comisión ha considerado infractora, si existen múltiples circunstancias en torno a los hechos que han motivado el presente procedimiento sancionador que explican lo acontecido y atenúan su gravedad, y si la actuación de Enel en

<sup>54</sup> OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática. Bogotá: Legis, Segunda Edición, 2009, p. 417.

<sup>55</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II. Madrid: Civitas, Octava Edición, 1997, p. 175.



PAYET REY CAIMI

ABOGADOS

todo momento ha revelado un intención de actuar transparentemente y con apego a la legislación peruana, ¿qué propósito ponderado y equilibrado puede perseguir la imposición de una multa de la severidad impuesta en le Resolución impugnada? Lamentablemente, esta interrogante no tiene respuesta, por lo que hemos de concluir que estamos, simplemente, ante una actuación discrecional y represiva de la autoridad.

4.18 No existen antecedentes en el Derecho de la Competencia peruano de la imposición de una sanción de la magnitud de la que es materia de la Resolución impugnada.

Así, como no escapará del conocimiento de la Sala, la mayor multa impuesta por el INDECOPI a una empresa individualmente considerada por infracciones a la normativa de libre competencia, con anterioridad al presente caso, ascendió a **450 UIT** y ésta, por lo demás, fue impuesta en un caso de concertación abierta y probada del precio de un alimento de consumo masivo (Resolución Nº 276-97-TDC), la cual constituye la infracción más reprochable en el Derecho de la Competencia.

En materia de sanciones impuestas en el marco de procedimientos de autorización de concentraciones, la mayor sanción impuesta por la Comisión ascendió a **150 UIT** (Resolución No. 012-99-INDECOPI/CLC), y ésta fue impuesta ante un supuesto de cierre de una operación de concentraciones, omitiendo solicitar la autorización correspondiente, operación que luego fue finalmente aprobada con condiciones por la Comisión por considerar que, a



PAVET REY CALVE

ABOGADOS

diferencia de lo acontecido en el presente caso, la operación sí alteraba las condiciones de la competencia en el mercado eléctrico peruano.

¿Qué justifica en el presente caso la Comisión haya decretado una resolución que supera en 100% y 650%, respectivamente, las sanciones máximas impuestas en los antecedentes antes reseñados, siendo que éstos resultan, *prima facie*, casos de afectaciones que revisten mayor severidad? Esta ausencia de justificación no hace más que revelar la absoluta falta de proporcionalidad de la sanción impuesta en la Resolución impugnada.

- 4.19 La consecuencia legal de la actuación de la Comisión al momento de graduar la sanción materia de la Resolución impugnada no es otra más que la nulidad de la Resolución, pues nos encontramos ante vicios que afectan la validez del acto administrativo dictado.

Sobre el particular, Morón opina así:

*"(...) En nuestra opinión, si la Autoridad Administrativa impone una sanción sin ponderar la existencia de todos y cada uno de los elementos de la valoración explícitamente previstos en la normativa, hayan sido o no planteados por los administrados, transgrede el principio de razonabilidad de los actos públicos (...) Por lo tanto, el acto administrativo sancionador que constituya un exceso de punición resultará afectado de vicio de nulidad prevista en el artículo 10 numeral 2 de la Ley 27444, en la medida que*



PAYET REY CAUML

ABOGADOS

*contiene un defecto relevante en la finalidad del acto, que es requisito de validez del acto mismo".<sup>56</sup>*

Del mismo modo, Cassagne ha señalado lo siguiente:

*"(...) De otra parte, la sanción penal administrativa ha de respetar el principio de proporcionalidad entre la pena prevista en la norma y la conducta del agente, sobre la base de la regla de razonabilidad cuya valoración debe responder a la realización del bien jurídico tutelado y su significado social, que configura la finalidad perseguida por la ley. Este vicio, en el procedimiento administrativo de carácter sancionador, traduce una nulidad absoluta, y al afectar la proporcionalidad inherente al objeto del acto que impone la sanción, vulnera la garantía innominada de razonabilidad (...)".<sup>57</sup>*

- 4.20 Por último, y para concluir, ha de tenerse en cuenta que, tratándose de un caso de nulidad, si la Sala decidiera así declarar la Resolución impugnada, resultará necesario se retrotraiga la tramitación del presente procedimiento a la Comisión, de modo que dicho órgano delibere nuevamente respecto a las imputaciones realizadas en contra de Enel. Ello, dado que en el negado supuesto de que la Comisión persista en sancionar a Enel por el presunto incumplimiento de las disposiciones de la Ley de Concentraciones, nuestra empresa no debe verse imposibilitada de acogerse a los

<sup>56</sup> Morón, op. cit., pp. 695, 698.

<sup>57</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 2006, p. 595.

PAYET REY CAUPE  
ABOGADOS

ABOGADOS



beneficios contenidos en el artículo 43.6 del Decreto Legislativo No. 1044.

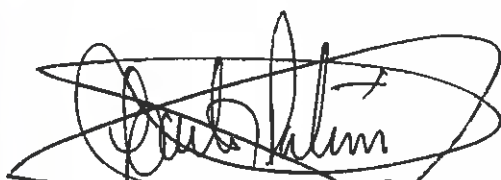
**POR TANTO:**

Solicitamos a la Comisión conceder el presente recurso de apelación y, en su oportunidad, solicitamos a la Sala revocar y/o declarar la nulidad de la Resolución impugnada.

**PRIMER OTROSÍ DECIMOS:** Solicitamos que, en su oportunidad, se nos conceda el uso de la palabra por un espacio de treinta minutos, a efectos de exponer oralmente los argumentos de defensa nuestra empresa.

**SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS:** Sin perjuicio de lo expuesto en el presente escrito, dejamos a salvo nuestro derecho a ampliar los fundamentos de nuestra defensa.

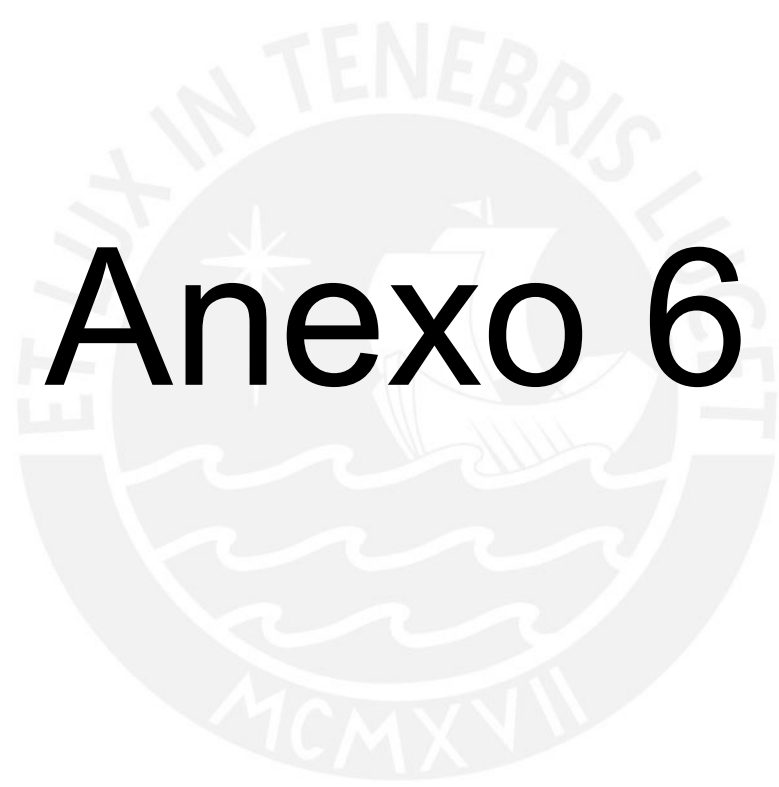
Lima, 3 de febrero de 2010



CARLOS PATRON SADINAS  
ABOGADO  
C.A.L. N° 30682







# Anexo 6



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000321

**PROCEDENCIA :** COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE  
 COMPETENCIA  
**DENUNCIADA :** ENEL S.P.A. (E)  
**MATERIAS :** PROCEDIMIENTO SANCIONADOR  
 OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN  
 GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN  
**ACTIVIDAD :** ACTIVIDADES DE GENERACIÓN Y DISTRIBUCIÓN  
 EN EL SECTOR ELÉCTRICO

**SUMILLA:** se CONFIRMA la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI del 7 de enero de 2010, en el extremo que halló responsable a Enel S.p.A. por infringir lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 26876 –Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico–, al haber realizado el acto de concentración notificado el 21 de abril de 2009, luego de presentada su solicitud pero antes de que se expida una decisión por parte de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

La operación notificada, pese a haber sido celebrada en el extranjero, generó de manera inmediata efectos en el territorio nacional, toda vez que modificó la estructura de control de las empresas eléctricas involucradas que operan en el Perú. En consecuencia, la realización de la operación sin contar con la autorización previa de la autoridad de competencia resulta suficiente para que se configure la infracción imputada.

De otro lado, se declara la NULIDAD de la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, en el extremo que impuso a Enel S.p.A. una multa ascendente a 1000 (mil) Unidades Impositivas Tributarias, debido a que la primera instancia ha motivado insuficientemente las razones por las cuales la sanción impuesta se ajusta al principio de razonabilidad recogido en el artículo 230.3 de la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General–.

Finalmente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General–, corresponde integrar este extremo de la resolución apelada y fijar la sanción en una multa ascendente a 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias.

**SANCIÓN: 100 UIT**

Lima, 5 de abril de 2011



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

00032

## I. ANTECEDENTES

### I.1. La operación de concentración

1. El 21 de abril de 2009, Enel S.p.A. (en adelante, Enel), al amparo de lo dispuesto por la Ley 26876 –Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico–, presentó un escrito de notificación previa a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en lo sucesivo, la Comisión) solicitando que se le autorice la realización de una operación de concentración, consistente en la adquisición del íntegro de las acciones que la empresa Acciona S.A. (en adelante, Acciona) posee sobre la sociedad española Endesa S.A. (en lo sucesivo, Endesa), lo cual le otorgaría el control exclusivo sobre dicha empresa y, a través de esta, sobre Edegel S.A.A. (en lo sucesivo, Edegel), Empresa Eléctrica de Piura S.A. (en lo sucesivo, Eepsa) y Edelnor S.A.A. (en lo sucesivo, Edelnor)<sup>1</sup>, sociedades que operan en el mercado eléctrico peruano.
2. Para entender los alcances de la mencionada concentración, a continuación se describe la situación de los agentes involucrados antes y después de la operación.
3. Enel es una sociedad italiana, dedicada principalmente a la generación eléctrica, que se encuentra controlada por el Ministerio de Economía y Finanzas de Italia<sup>2</sup>. Enel, a su vez, es titular del 100% del capital social de Enel Energy Europe S.r.L. (en lo sucesivo, Enel Energy), que a su vez poseía antes de la operación el 67,053% de las acciones de Endesa.
4. Acciona es una empresa constituida en España que, entre otros giros de negocio, se dedica a la generación de energía eléctrica.<sup>3</sup> Esta sociedad

<sup>1</sup> Cabe precisar que a la fecha de presentación de la solicitud, Chinango S.A.C., empresa que en la actualidad también es controlada indirectamente por Enel, no había iniciado sus operaciones, ingresando al Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES) el 31 de mayo de 2009. Al respecto, ver la información sobre el registro de integrantes del COES obtenida de <http://www.coes.org.pe/wcoes/coes/integrantes/listado.aspx> (página web visitada el 24 de febrero de 2011)

<sup>2</sup> Dicho ministerio es propietario del 21,12% del capital social de Enel, mientras que la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. es propietaria del 10,21% de su capital social. A su vez, el mismo ministerio es el principal accionista de la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., por lo cual controla, directa e indirectamente, el 31,33% del capital social de Enel. La diferencia del capital social de Enel se distribuye entre distintos accionistas con participaciones inferiores al 5%.

<sup>3</sup> El negocio de Acciona se encuentra estructurado en seis áreas:

- Infraestructura, relacionada a las actividades de construcción, ingeniería y ejecución de proyectos de infraestructura;
- La división de bienes raíces, relacionada al diseño y desarrollo de proyectos inmobiliarios de corte residencial o comercial;
- Energía, que comprende la generación de energía eléctrica renovable y la producción de biocombustibles;
- Agua, área que se concentra en el suministro de agua potable y el tratamiento de aguas residuales;
- La división de servicios urbanos y medioambientales, especializada en la operación de estacionamientos, mantenimiento de hospitales, gestión de residuos sólidos, limpieza de calles, manejo de paisaje y prestación de servicios funerarios;



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

poseía antes de la concentración el 5,01% de las acciones de Endesa y el 100% del capital social de Finanzas Dos S.A. (en lo sucesivo, Finanzas Dos), empresa que a su vez contaba con el 20% de las acciones de Endesa.

5. Por su parte, Endesa es una empresa española del sector energético y servicios conexos, con una presencia mayoritaria en el segmento eléctrico y con una línea de negocio creciente en el mercado de gas natural<sup>4</sup>. En el Perú, participa indirectamente en el mercado de generación y distribución de energía eléctrica a través del control de las siguientes sociedades:
  - (i) Edelnor, dedicada a la distribución eléctrica respecto de la cual tiene control exclusivo;
  - (ii) Eepsa, cuyo rubro es la generación eléctrica y que también es controlada de manera exclusiva;
  - (iii) Edegel, empresa de generación eléctrica que es controlada conjuntamente con Israel Corp; y,
  - (iv) Chinango S.A.C. (en adelante, Chinango), agente dedicado a la generación eléctrica que es controlado de manera conjunta con Israel Corp.
6. Asimismo, es importante precisar que Endesa era controlada de forma conjunta por Enel y Acciona, conforme a los términos del "Acuerdo sobre acciones de Endesa, S.A." suscrito el 26 de marzo de 2007.
7. En tal sentido, antes de que se lleve a cabo la operación de concentración notificada, la situación en el mercado peruano de los agentes involucrados se resume en el siguiente gráfico:

• Logística y servicios de transporte, relacionada con la provisión de transporte marítimo, terrestre y ferroviario de bienes y pasajeros, y gerenciamiento de servicios aeroportuarios.

Además, ofrece financiamiento y el servicio de corredor de bolsa.

(Información obtenida de [http://www.alacrastore.com/company-snapshot/Acciona\\_S\\_A-1027295](http://www.alacrastore.com/company-snapshot/Acciona_S_A-1027295), página web visitada el 23 de febrero de 2011)

Información obtenida de la página web de Endesa, <http://www.endesa.es/Portal/es/conozcanos/default.htm> (visitada el 24 de febrero de 2011).



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

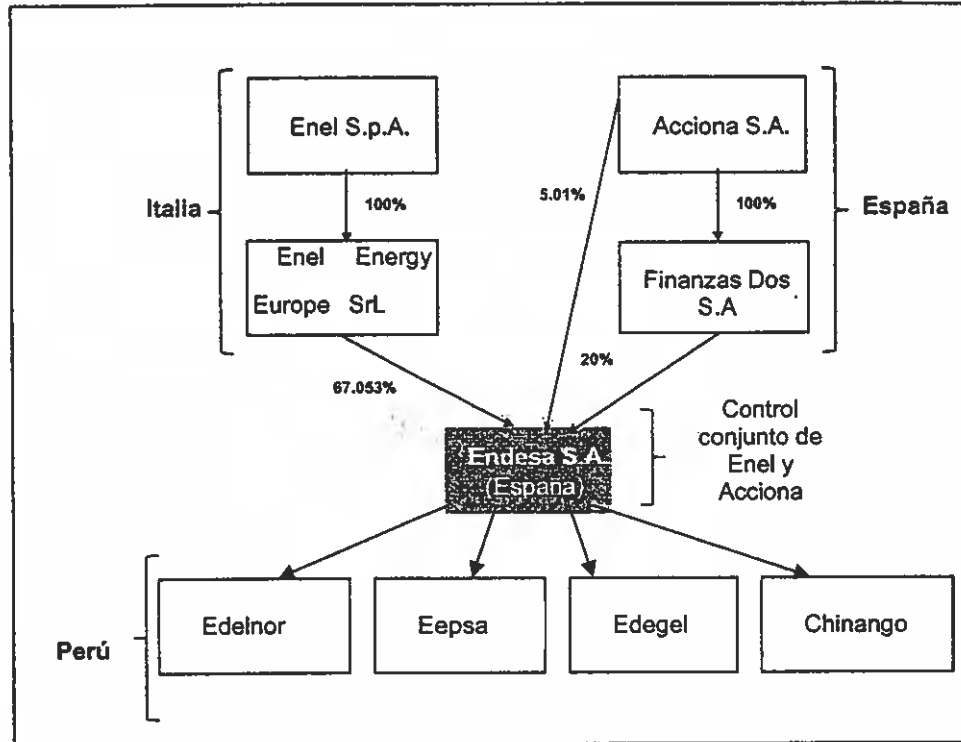
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala de Defensa de la Competencia N° 1

000324

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

Gráfico 1  
Situación antes de la operación<sup>6</sup>



Elaboración: ST-SC1

8. El 20 de febrero de 2009, Enel y Acciona suscribieron en España el denominado "Contrato de compraventa de acciones y transmisión de activos entre Acciona, Finanzas Dos, Enel, Enel Energy y Endesa", por el cual se pactó que Acciona vendería a Enel el íntegro de sus acciones en Endesa.
9. La ejecución de esta operación generaría que Enel sustituya la participación de Acciona en Endesa, con lo cual se produciría un cambio en la estructura de control de dicha sociedad y, por ende, en las diversas sociedades peruanas a través de las cuales Endesa participaba en territorio nacional. En tal sentido, Enel procedió a efectuar el 21 de abril de 2009 una notificación previa a la Comisión, solicitando que se le autorice la realización de la operación.
10. El 25 de junio de 2009 Enel concretó la adquisición del íntegro de las acciones que Acciona mantenía en Endesa<sup>6</sup>. La estructura de control de las

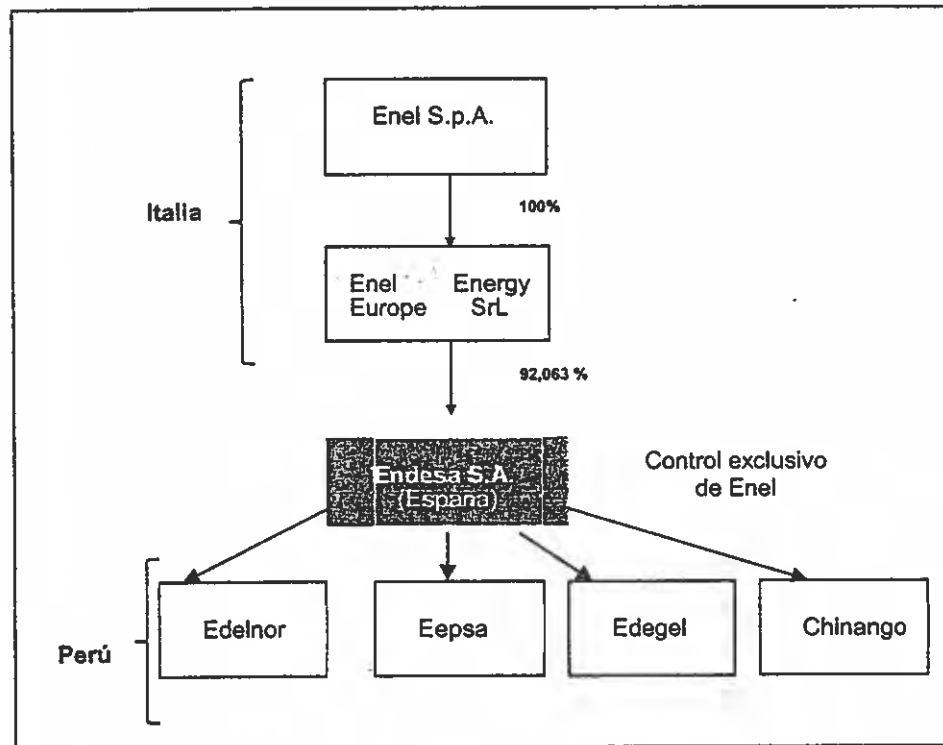
<sup>6</sup> Al 31 de mayo de 2009.

<sup>6</sup> Esta información ha sido corroborada por la propia Enel en su escrito de descargos y también consta en diversos comunicados publicados en la sección "Hechos Relevantes de Endesa" de la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España, mediante los cuales Enel, Endesa y Acciona hicieron pública la ejecución de la transferencia.



empresas involucradas una vez realizada la concentración quedó como sigue:

Gráfico 2  
Situación después de la operación



Elaboración: ST-SC1

1.2. Hechos relevantes del procedimiento

11. Según se ha descrito en el apartado que antecede, la operación de concentración se produjo el 25 de junio de 2009. No obstante, ello sucedió con anterioridad a que la Comisión la autorizara por Resolución 058-2009/CLC-INDECOPI del 16 de julio de 2009.
12. Por tal motivo, mediante Resolución 051-2009/CLC-INDECOPI del 9 de julio de 2009, se inició un procedimiento administrativo sancionador contra Enel por haber realizado el acto de concentración "luego de presentada su solicitud el 21 de abril de 2009 pero antes de la decisión de la Comisión", hecho que configuraría uno de los supuestos de infracción administrativa contemplados en el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley 26876.
13. El 6 de agosto de 2009, Enel formuló sus descargos indicando que la operación cuestionada celebrada en España no había producido efectos

Ver el punto resolutivo primero de la Resolución 051-2009/CLC-INDECOPI, a fojas 9 del expediente.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

000326

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

sobre territorio nacional, dado que existió una instrucción en virtud de la cual Endesa se abstuvo de realizar cualquier acto que implicara una alteración en el control de las empresas involucradas en el Perú, en tanto la Comisión no apruebe la autorización<sup>9</sup>. Por tanto, como la Ley 26876 no puede aplicarse a concentraciones celebradas en el extranjero salvo que sus efectos se materialicen en el mercado peruano, a criterio de Enel, la Comisión estaría aplicando extraterritorialmente la ley al iniciar un procedimiento sancionador en su contra.

14. Mediante Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI del 7 de enero de 2010, la Comisión halló responsable a Enel de una infracción al artículo 6 de la Ley 26876 por haber realizado el acto de concentración notificado luego de presentada su solicitud pero antes de que se expida una decisión aprobatoria de su parte.
15. A criterio de la Comisión, el acto de concentración tuvo como consecuencia inmediata la modificación permanente en la estructura de control de las empresas involucradas en el mercado eléctrico peruano, con independencia si la operación notificada se realizó en el territorio nacional o en el extranjero. Por tanto, la Comisión concluyó que al ejecutar la operación sin obtener la autorización previa se generaron efectos en el Perú y se configuró la infracción imputada.
16. En cuanto a la sanción, la primera instancia señaló que la escala de sanciones aplicables al tipo de infracción cometido por Enel permitía imponer a los administrados una multa de hasta el 10% de los ingresos brutos de las empresas involucradas en la concentración correspondientes al año anterior de la decisión de la Comisión. Tomando en cuenta este límite, la Comisión sancionó a Enel con una multa de 1000 (mil) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT), considerando como único factor de graduación la intencionalidad de su conducta<sup>9</sup>.
17. El 3 de febrero de 2010, Enel apeló la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, reiterando los argumentos expuestos en sus descargos y señalando que la

<sup>9</sup> Según lo indicado por Enel, en sesión del Consejo Directivo de Endesa Latinoamérica S.A. —empresa holding a través de la cual se ejerce el control indirecto en Eepsa, Edegel, Edelnor y Chinango— llevada a cabo el 22 de junio de 2009, se acordó dar inmediata instrucción a los representantes de Endesa Latinoamérica S.A. en las sociedades peruanas involucradas a fin de que se abstengan de realizar cualquier acto que suponga el ejercicio del derecho de voto de las acciones u otro acto jurídico que demuestre el control exclusivo hasta que la Comisión expida su autorización, lo cual implicaba que: (i) no se modifiquen los órganos de administración de dichas sociedades; (ii) no se altere su política comercial; y, (iii) no se efectúe acto alguno que implique modificar la estructura de control vigente en las sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.

La Comisión indicó que, dado que el límite legal equivalía a S/. 283 463 700,00 (78 739,92 UIT) si se tenía en cuenta que los ingresos de las empresas peruanas que formaban parte del grupo económico de Enel durante el año 2008 ascendieron a S/. 2 834 637 000,00, la multa impuesta representaba un poco más del 1% del límite establecido.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

00032  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

sanción de 1000 (mil) UIT impuesta por la Comisión debía ser declarada nula en base a las siguientes razones:

- (i) realizar el acto de concentración luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión, no puede implicar la imposición de una sanción máxima de hasta el 10% de los ingresos brutos, más gravosa que la sanción de hasta 500 (quinientas) UIT prevista para el caso de las operaciones de concentración realizadas sin siquiera solicitar autorización. Por ello, la posibilidad de aplicar multas dentro del umbral de hasta el 10% de los ingresos brutos solo debería ser posible si es que la operación de concentración realizada durante el procedimiento no es finalmente autorizada y es declarada incompatible por restringir la competencia;
- (ii) el único criterio de graduación utilizado fue el de intencionalidad, pese a que la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General– reconoce en el artículo 230.3 diversos factores tales como la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, las circunstancias de su realización y el beneficio ilegalmente obtenido; y,
- (iii) la multa resulta desproporcionada si se tiene en cuenta que todas las autoridades consultadas en el procedimiento de autorización previa<sup>10</sup> así como la propia Comisión han coincidido en que la ejecución de la operación de concentración no afectaba las condiciones de competencia en el mercado eléctrico peruano.

18. Asimismo, en dicha oportunidad Enel solicitó que se le conceda a sus representantes el uso de la palabra, a fin de sustentar oralmente su defensa.
19. El 5 de abril de 2011 se llevó a cabo la audiencia de informe oral solicitada, con la asistencia de los representantes de la Secretaría Técnica de la Comisión y de Enel, quienes reiteraron sus argumentos.

## II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

20. Luego de analizar los actuados, y atendiendo a los argumentos formulados por la apelante, esta Sala considera que corresponde determinar lo siguiente:

<sup>10</sup> Mediante oficios 023 y 024-2009/ST-CLC-INDECOPI del 5 de junio de 2009 y 025-2009/ST-CLC-INDECOPI del 8 de junio de 2009, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó al Ministerio de Energía y Minas, al OSINERGMIN y a la Defensoría del Pueblo, respectivamente, que remitan informes que contengan sus opiniones sobre la solicitud de autorización. Por oficios 720-2009-MEM/DGE y 80-2009-OS/OEE del 2 y 7 de julio de 2009, el Ministerio y OSINERGMIN remitieron sus correspondientes opiniones sobre la operación consultada.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000328

- (i) si la operación de concentración realizada por Enel en el extranjero sin contar con la autorización previa de la Comisión, es susceptible de sanción bajo el artículo 6 de la Ley 26876; y,
- (ii) de ser el caso, la multa aplicable.

### III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

#### III.1. Marco teórico

21. El artículo 6 de la Ley 26876 establece que la Comisión podrá sancionar a las personas o empresas que realicen un acto de concentración, luego de presentada la solicitud de autorización previa, pero antes que dicho órgano expida la decisión respecto de la aprobación o desaprobación de la operación notificada".
22. En aplicación de dicha disposición, la primera instancia consideró que la operación consistente en la adquisición por parte de Enel de la participación que mantenía Acciona en Endesa, pese a haberse celebrado en España, había producido automáticamente un cambio en la estructura de control en las sociedades peruanas que eran controladas indirectamente por Endesa y, en consecuencia, se infringió lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 26876 al haberse realizado antes de que se expida una resolución autoritativa.
23. Para determinar si se configuró la infracción imputada, la Sala considera que resulta imprescindible precisar previamente: (i) cuándo se produce una operación de concentración; y, (ii) cuándo las operaciones de concentración celebradas en el extranjero se encuentran en el ámbito de aplicación de las disposiciones de la Ley 26876.

#### III.1.1. La adquisición de control como acto de concentración

24. El control de concentraciones, también denominado control de estructuras, forma parte de las políticas de competencia contenidas en la legislación nacional y extranjera con la finalidad de condicionar a la evaluación de las autoridades aquellas operaciones de concentración que puedan conllevar la generación de obstáculos significativos a la competencia efectiva en un determinado mercado.

<sup>11</sup> LEY 26876, Artículo 6.- (...)

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión podrá imponer multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad eléctrica en el territorio nacional, involucradas directa o indirectamente en la concentración -en los términos establecidos en el Artículo 3 de la presente Ley-, correspondientes al año inmediato anterior a la decisión de la Comisión, a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la misma, que realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, realicen un acto de concentración declarado incompatible por tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia mediante decisión de la Comisión o no cumplan con las medidas ordenadas mediante decisión adoptada por la Comisión (subrayado agregado).



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000321

25. En el Perú, el control de estructuras se contempla únicamente para el sector eléctrico. Así, de acuerdo con los artículos 1 y 3 de la Ley 26876, las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica y que involucren a empresas que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud un porcentaje igual o mayor al umbral correspondiente (15% del mercado en las concentraciones horizontales y 5% en los casos de concentraciones verticales), deberán someterse previamente a la autorización de la autoridad de competencia, a fin de que ella evalúe los alcances de la operación y determine si esta puede tener o tiene efectos restrictivos de la competencia en el mercado correspondiente<sup>12</sup>.
26. La delimitación del tipo de operaciones que se encuentran sujetas al control de la autoridad dependerá de la definición que sobre el concepto "concentración" adopte el marco legal de cada país. Así por ejemplo, en Estados Unidos, la norma federal de control de estructuras permite una definición bastante amplia de lo que se entiende por concentración<sup>13</sup>; siendo que, en una línea interpretativa también amplia de esta regulación, la Corte Suprema de dicho país ha considerado que para que se produzca una concentración sujeta a la ley por ser potencialmente restrictiva de la competencia, no es necesario que se adquiera el control de otra empresa<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> LEY 26876, Artículo 1.- Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

Artículo 3.- Antes de realizar actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, con las condiciones y características establecidas en el párrafo siguiente, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno.

Deberá solicitarse la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquellos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados.

(...)

La sección séptima de la Clayton Act, modificada por la Hart-Scott-Rodino Act de 1976, prohíbe las fusiones y adquisiciones de acciones o activos "en cualquier línea de comercio o actividad que afecte el comercio en cualquier parte del país, en la medida que los efectos de dicha adquisición puedan lesionar sustancialmente la competencia o tender a la instauración de un monopolio". Traducción libre del siguiente texto de la norma: "in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, where the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly".

En el caso "Denver & Rio Grande Western Railroad Co. c. United States" (1967), la Corte Suprema expresó que "Una empresa no necesita adquirir control de otra compañía para configurar una infracción a la Clayton Act (...) La sección 7 proscrib[e] la adquisición de una cantidad de acciones de una compañía en la medida que tenga por efecto el lesionar sustancialmente la competencia o tender a la instauración de un monopolio". Traducción libre del siguiente texto: "A company need not acquire control of another company in order to violate the Clayton Act. (...).



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000350  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLO

27. En cambio, en el Reino Unido, las concentraciones que son relevantes para la *Enterprise Act* aprobada el año 2002 son aquellas en que las empresas, actividades o negocios involucrados dejan de ser gestionados por separado y se da respecto de ellos una situación de control común<sup>16</sup>. De la misma manera, en la normativa comunitaria europea recogida en el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas (en adelante, el Reglamento 139/2004), se precisa en el artículo 3 que se entenderá que se produce una concentración "cuando tenga lugar un cambio duradero del control"<sup>17</sup>.
28. En el caso del Perú, una lectura de la normativa en la materia permite apreciar que el concepto de concentración por el cual ha optado el legislador implica, al igual que en el caso europeo y del Reino Unido, la existencia de un cambio en la estructura de control.
29. En efecto, el artículo 2 de la Ley 28976, al definir el concepto de concentración, establece un listado enunciativo de diversas operaciones, contratos y otras figuras análogas cuya principal característica es que confieren la posibilidad de ejercer una influencia en el control de las unidades económicas involucradas:

*"Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa (...). Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto (...) por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores,*

*Section 7 proscribes acquisition of 'any part' of a company's stock where the effect 'may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.'* La sentencia completa es accesible a través de la siguiente web: <http://supreme.justia.com/us/387/485/case.html#501> (página visitada el 24 de febrero de 2011).

<sup>16</sup> Al respecto, revisar el capítulo 3 del documento denominado "*Merger Assessment Guidelines*" elaborado en septiembre de 2010 conjuntamente por la *Competition Commission* y la *Office of Fair Trading* del Reino Unido.

<sup>17</sup> REGLAMENTO 139/2004, Artículo 3.- Definición de concentración.-

1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

- la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o
- la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.

<sup>18</sup> En el mismo sentido, los profesores Bellamy y Child, a propósito de la definición comunitaria de concentración, se remiten al concepto de control: "*La línea divisoria entre lo que sea una concentración a los efectos del Reglamento y lo que no lo sea, radica en los conceptos de independencia y de permanencia. Ambos conceptos son cumulativos. Será una concentración cuando se trate de una operación de la que resulte una modificación permanente de las estructuras de control de las empresas participantes que con ello pierdan su independencia (...)*". BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. "*Derecho de la Competencia en el Mercado Común*". Madrid: Civitas, 1ra. Edición, 1992, p. 572.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

*proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.”*  
(subrayado agregado)

30. El artículo 4 del mismo cuerpo normativo delimita aún más el contenido del concepto de concentración como una situación donde opera un cambio de control. Así, de acuerdo con el referido artículo, la condición que convierte a una operación mercantil en una concentración sujeta a notificación previa, es que el acto realizado permita *“adquirir el control directo o indirecto de la empresa que desarrolla alguna de las actividades eléctricas mencionadas.”*<sup>19</sup>
31. Si bien la propia Ley 26876 no indica qué se entiende por control, es importante precisar que en su reglamento aprobado por Decreto Supremo 017-98-ITINCI sí se establece que para delimitar tal concepto corresponde remitirse a la regulación que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP ha desarrollado sobre dicha materia<sup>20</sup>. En tal sentido, si se atiende a la definición recogida en la Resolución SBS 445-2000 –Normas especiales sobre vinculación y grupo económico, se aprecia que en el artículo 9 de dicho cuerpo normativo se señala que: *“Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de la persona jurídica.”*<sup>20</sup>
32. En tal sentido, puede afirmarse que el sistema legal peruano contempla una definición de concentración empresarial similar a la prevista en la normativa europea, ya que define a este tipo de operaciones como aquellas que: (i) producen una modificación permanente o “continua” en la estructura de

<sup>19</sup> LEY 26876, Artículo 3.- (...)

No será necesaria la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, en los siguientes casos:

a) Si la concentración importa, en un acto o sucesión de actos, la adquisición directa o indirecta de activos productivos de un valor inferior al 5% del valor total de los activos productivos de la empresa adquirente, calculados de acuerdo a los criterios que se establezcan en el Reglamento de la presente Ley, tomando en consideración la influencia y las condiciones de competencia en el mercado.

b) Si la concentración implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación directa o indirecta por parte del adquirente de menos del 10% del total de las acciones o participaciones con derechos a voto de otra empresa. No obstante lo expuesto, se requerirá necesariamente de autorización, si el acto de concentración permite adquirir el control directo o indirecto de la empresa que desarrolla alguna de las actividades eléctricas mencionadas. (subrayado agregado)

<sup>20</sup> DECRETO SUPREMO 017-98-ITINCI, Artículo 37.- Legislación complementaria.- Una vez iniciado el procedimiento con sujeción a la Ley y al presente Reglamento, la Comisión o la Sala podrán aplicar, de manera referencial y mientras no se encuentren en contradicción con la Ley las definiciones contenidas en la Resolución SBS-001-98 [reemplazada por la Resolución SBS 445-2000], en especial las referidas a propiedad indirecta, vinculación, grupo económico y control.

<sup>20</sup> RESOLUCIÓN SBS 445-2000, Artículo 9.- Control.- Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica.

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

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



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000332

control; y, (ii) otorgan un poder de decisión "preponderante" sobre la o las empresas involucradas en la operación.

33. El concepto de modificación permanente se refiere a la existencia de un cambio estable y duradero en la estructura de control. Para que un cambio sea permanente será preciso que la nueva situación de las empresas involucradas refleje una unidad de dirección no transitoria, es decir, que exista un verdadero grupo que pueda ofrecer comportamientos estratégicos comunes<sup>21</sup> de forma no ocasional<sup>22</sup>.
34. En cuanto al segundo componente del concepto modificación de control, esto es, que se produzca un cambio preponderante respecto del poder de decisión sobre las empresas involucradas en la operación, el Indecopi<sup>23</sup>, siguiendo la aproximación comunitaria al respecto<sup>24</sup>, ha establecido que la influencia preponderante se entiende como la capacidad de ejercer un influjo sobre la actividad, la composición, las deliberaciones y las decisiones de los órganos de otra empresa, sea vía la adquisición de derechos de propiedad o la celebración de otro tipo de contratos.
35. De ello se sigue que la adquisición de control implica la adquisición de un nivel de injerencia respecto de la estrategia competitiva de una empresa. En tal sentido, se entiende que las decisiones relevantes a efectos del derecho de la competencia y, consecuentemente, aquellas que otorgan el control de la empresa, son las que definen su estrategia competitiva. Tales decisiones, en términos genéricos, son las siguientes: aprobación del presupuesto de la empresa, establecimiento de su programa de actividad (plan estratégico), definición de planes de inversión, nombramiento del personal directivo (principales gerentes y funcionarios, así como miembros del Directorio).

<sup>21</sup> SORIANO, José. "Derecho público de la competencia". Madrid: IDELCO - Marcial Pons, 1998, pp. 577 y 582.

<sup>22</sup> En la experiencia comunitaria, no se exige que la operación establezca una nueva estructura de control por un período indefinido o extremadamente largo de tiempo. Así, períodos de diez, seis o cinco años no han sido impedimento para calificar como permanente la operación de concentración. Al respecto, ver las decisiones emitidas en los Asuntos "Voest Alpine Industrieanlagenbau/Davy" del 7 de julio de 1995, "Generali/Comit/R. Flemings" del 15 de junio de 1995 y "British Gas Trading Ltd/Group Utility Services Ltd." del 7 de octubre de 1996.

<sup>23</sup> Ver Resolución 012-99-INDECOPI/CLC, publicada por el Directorio del Indecopi el 4 de febrero de 2000, y correspondiente al procedimiento de autorización derivado de las operaciones de concentración derivadas de la adquisición de acciones de Enersis S.A.

<sup>24</sup> REGLAMENTO 139/2004, Artículo 3.- Definición de concentración.-

(...)

2. El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante:

a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;

b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000333

36. Existe un elemento adicional que conviene aclarar respecto de la definición de concentración, y es que el poder de decisión preponderante que nace del solo cambio de estructura producto de la operación, como cualquier potestad, puede o no ser ejercido por el agente que adquiere el control. Así, una característica del control de empresas es que la existencia del control no implica que se compruebe el ejercicio efectivo de las facultades o prerrogativas que otorga. Por el contrario, para que exista una concentración en los términos de la ley, solo se requiere que se demuestre que la nueva configuración de la empresa permite a un nuevo actor ejercitar potencialmente el control de la empresa en cualquier momento.
37. La sola posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la estrategia competitiva de las empresas involucradas y no la ejecución efectiva de dicha potestad ha sido un elemento determinante que se ha considerado en la jurisprudencia europea sobre la materia. Así, en los Asuntos "McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann"<sup>25</sup> y "Telefónica/Sogecable/Cablevisión"<sup>26</sup>, se concluyó que el cambio de control es una situación objetiva que por sí sola genera efectos y que no puede depender de la decisión de las partes de ejercitar los derechos inherentes a su nueva posición.
38. El profesor español Briones, en su estudio sobre la práctica europea de control de estructuras, expresa la misma opinión, pues concluye que la concentración se produce y genera consecuencias desde que se perfecciona la operación. Así, indica que: "(...) es suficiente para que se defina la existencia de control que se tenga la posibilidad de ejercerlo, sin que sea necesario el ejercicio real del mismo. En este sentido resulta totalmente lógica, al definir una concentración como un cambio estructural permanente, la determinación del control como una posibilidad objetiva que no puede depender de la coyunturalidad de su ejercicio o de la voluntad o intención declarada de las partes" (subrayado agregado)<sup>27</sup>.

En esta decisión, emitida el 27 de octubre de 1993, se indicó lo siguiente: "CPC, McCormick and Rabobank, por tanto, cuentan con la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre JV. En lo que respecta a Rabobank, la pregunta que surge es si se puede esperar realmente su participación en los negocios de JV. La baja participación de acciones y el acuerdo de renta fija no refutan el hecho que Rabobank tiene el derecho legal de ejercer una influencia decisiva sobre JV. La mera posibilidad de ejercer una influencia decisiva es suficiente [para aplicar la ley]" (subrayado agregado)

Traducción libre del siguiente texto: "CPC, McCormick and Rabobank, therefore have the possibility of exercising decisive influence in the JV. With regard to Rabobank, the question arises as to whether a participation of Rabobank in the essential business decisions of the JV can actually be expected. Rabobank's low capital share and the agreement on fixed return cannot rebut the fact that Rabobank has the legal right to exert a decisive influence on the JV. The mere possibility of exercising decisive influence is sufficient (...)"

Decisión emitida el 7 de noviembre de 1996.

BRIONES, Juan y otros. "El control de concentraciones en la Unión Europea. La práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97". Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 54



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

0003

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

39. Además, el hecho que quien adquiere el control no desarrolle modificaciones a la gestión u organización de la o las empresas adquiridas tampoco constituye evidencia suficiente de que no se estén ejerciendo los derechos inherentes a la nueva posición de control. En efecto, la potestad de decidir sobre las actividades de las sociedades involucradas puede manifestarse ya sea realizando cambios en las políticas comerciales o, simplemente, no realizando cambio alguno en la organización y funcionamiento, habida cuenta que la toma de control también puede tener como objeto la mera preservación de la gestión vigente.
40. En tal sentido, se concluye que para la aplicación de la Ley 26876, el acto de concentración y sus efectos se consuman automáticamente en la medida que se verifique un cambio, duradero y permanente, en la estructura de control de la empresa o empresas afectadas. Esto es, basta que se creen las condiciones para ejercer potencialmente una influencia decisiva sobre las decisiones estratégicas y comerciales relevantes del o los agentes involucrados, sin que sea necesario que se ejerza efectivamente dicho poder de decisión.

### III.1.2. El ámbito de aplicación de la Ley 26876

41. La aplicación territorial de una norma suele consistir en la sujeción de una determinada conducta a la ley nacional del territorio donde aquella ha tomado lugar. En virtud de esta regla, denominada principio de territorialidad, quedarán comprendidas dentro del ámbito de la Ley 26876 todas las operaciones de concentración celebradas en el Perú que involucren a empresas que desarrollan actividades eléctricas en el país.
42. Sin embargo, no solo los actos de concentración celebrados en el Perú se encuentran sujetos a la ley nacional. Así, el artículo 9 de la Ley 26876, establece que también se encuentran comprendidos dentro de su ámbito de aplicación aquellos actos que, habiéndose perfeccionado en territorio extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que desarrollen actividad de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica en el Perú<sup>28</sup>.
43. El mencionado artículo 9 recoge la denominada "Teoría de los Efectos" para el caso del control de estructuras. Según esta teoría, también recogida por la

<sup>28</sup> LEY 26876, Artículo 9.- Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional.

El o los accionistas de la empresa domiciliada en el país, vinculados a las empresas que participan directamente en el acto de concentración, estarán obligados al cumplimiento de la presente Ley, encontrándose sujetos a las sanciones contempladas en la misma.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

normativa de represión de conductas anticompetitivas<sup>29</sup>, la ley se aplica a todas aquellas conductas anticompetitivas que afecten la competencia en el territorio peruano, con prescindencia del lugar de su realización, que en muchos casos y en atención a la dinámica de las relaciones comerciales, no se circunscribe a un solo ámbito territorial<sup>30</sup>.

44. La aplicación de la "Teoría de los Efectos" al ámbito del derecho de la competencia se desarrolló originalmente en las cortes norteamericanas<sup>31</sup>, siendo su antecedente más conocido la decisión emitida en el caso "*United States c. Aluminun Company of America*" (377 U.S. 271, 1964), en la que el juez Hand precisó que "*cualquier Estado puede imponer responsabilidades, incluso sobre personas que no se encuentren bajo su dominio, por conductas reprimibles realizadas fuera de sus fronteras, que tengan consecuencias dentro de sus fronteras*"<sup>32</sup>.
45. Este criterio, que ha sido respaldado por reiterada jurisprudencia<sup>33</sup> y por la normativa federal expedida con posterioridad<sup>34</sup>, no es exclusivo de las normas

<sup>29</sup> DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 4.- *Ámbito de aplicación territorial.*- La presente Ley es de aplicación a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aún cuando dicho acto se haya originado en el extranjero.

<sup>30</sup> En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 se señala: "*Considerando que el objeto jurídico protegido por la legislación de defensa de la competencia es el correcto funcionamiento del proceso competitivo, el test de los efectos permite reprimir precisamente aquellas prácticas que afecten la competencia en el territorio nacional, aun cuando el origen de la conducta anticompetitiva se haya dado en el extranjero.*" En otra parte del texto también se indica que el reconocimiento expreso que se hace de la teoría de los efectos en la ley, es "*Absolutamente necesaria cuando se trata de actos contrarios a la libre competencia, en la medida que la territorialidad se ve superada por los efectos que generan las conductas más allá de dónde son ejecutadas inicialmente o del lugar de domicilio del agente infractor.*"

<sup>31</sup> Al respecto, se puede consultar: STANGER, Andrew. "*Analyzing U.S. Antitrust Jurisdiction over Foreign Parties after Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche.*" *En:* Brigham Young University Law Review, Vol. 2003, Iss. 4, Provo, 2003, p. 1458; GIFFORD, Daniel J. Y Thomas SULLIVAN. "*Can international antitrust be saved for the post-Boeing merger world? A proposal to minimize international conflict and to rescue antitrust from misuse.*" *En:* Antitrust Bulletin, Spring 2000, 45, 1, pp. 59-65.

<sup>32</sup> Traducción libre del siguiente texto tomado de la referida sentencia: "*(...) any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprimands (...)*"

<sup>33</sup> Por ejemplo, las cortes de los circuitos de apelación también se han pronunciado con dicho criterio en los casos "*United States v. Imperial Chemical Industries Ltd.*" (1952), y la Corte Suprema lo reafirmó en "*Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp.*" (1962) y "*Hartford Fire Insurance Co. v. California*" (1993).

<sup>34</sup> La "*Foreign Trade Antitrust Improvement Act*" aprobada en el año de 1982 precisa que como condición para la aplicación de las leyes *antitrust*, el comportamiento realizado fuera debe generar un efecto directo, sustancial y previsible en el comercio.

Desarrollando el contenido de esta disposición, la "*Antitrust enforcement guidelines for international operations*" indica en su punto 3.1 que "*Así como los actos de los ciudadanos norteamericanos en una nación extranjera se encuentran sujetos a la ley del país en que ocurren, los actos de los ciudadanos extranjeros en los Estados Unidos se encuentran sometidos ordinariamente a la ley norteamericana. Pero la aplicación de la ley de defensa de la competencia norteamericana no está limitada, como sea, a las conductas y transacciones que ocurren dentro de los límites de Estados Unidos. Las conductas anticompetitivas que afectan el comercio interno o exterior del país pueden violar las leyes antitrust sin importar donde ocurra el hecho o la nacionalidad de las partes involucradas.*"

Traducción libre del siguiente texto: "*3.1 Jurisdiction.- Just as the acts of U.S. citizens in a foreign nation ordinarily are subject to the law of the country in which they occur, the acts of foreign citizens in the United States ordinarily*





PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

de derecho de la competencia que versan sobre conductas unilaterales de abuso y prácticas restrictivas, siendo, por el contrario, un principio que inspira las disposiciones ordenadoras del ámbito de aplicación de las normas de control de concentraciones económicas.

46. En efecto, de acuerdo con la "Antitrust enforcement guidelines for international operations" elaborada conjuntamente por la *Federal Trade Commission* y por *The U.S. Department of Justice*, para el análisis de las concentraciones empresariales la competencia se determina bajo el mismo test que en los casos *antitrust*, esto es, se rige por la "Teoría de los Efectos", con lo cual se encuentran sometidas a las autoridades aquellas operaciones de concentración que puedan causar un efecto en territorio norteamericano<sup>35</sup>.
47. A nivel comunitario, la delimitación de la competencia de la Comisión Europea también recurre a la aplicación de la "Teoría de los Efectos", con lo cual se encontrarán sometidas a las reglas del Reglamento 139/2004 incluso operaciones realizadas fuera de Europa por empresas no constituidas en territorio comunitario, en la medida que la operación pueda generar un efecto sustantivo sobre el mercado común. Varios casos han ilustrado este planteamiento<sup>36</sup>.
48. Es importante precisar que la implementación de la "Teoría de los Efectos" no quiere decir que la competencia de una autoridad nacional se extienda extraterritorialmente. En efecto, la aplicación de la "Teoría de los Efectos" solo procura a los potenciales países afectados la capacidad de evaluar aquellas conductas que generen un impacto en su territorio, sin que sea relevante en el análisis el efecto que esa misma conducta produce en otros países. En este contexto, la decisión de una autoridad de ninguna manera vincula a la aprobación o el rechazo de la operación por la autoridad de otro país<sup>37</sup>.

---

are subject to U.S. law. The reach of the U.S. antitrust laws is not limited, however, to conduct and transactions that occur within the boundaries of the United States. Anticompetitive conduct that affects U.S. domestic or foreign commerce may violate the U.S. antitrust laws regardless of where such conduct occurs or the nationality of the parties involved."

En el punto 3.14 de la "Antitrust enforcement guidelines for international operations", se indica que para la aplicación de la *Clayton Act* —norma de control de concentraciones que rige en los Estados Unidos—, las agencias deben utilizar los mismos principios que se aplicarían en los casos seguidos bajo la *Sherman Act*.

Lectura tomada a partir del siguiente texto: "3.14 Jurisdiction Under Section 7 of the Clayton Act.- Section 7 of the Clayton Act applies to mergers and acquisitions between firms that are engaged in commerce or in any activity affecting commerce. The Agencies would apply the same principles regarding their foreign commerce jurisdiction to Clayton Section 7 cases as they would apply in Sherman Act cases."

Por ejemplo, en el Asunto "Airlines/Panam", se sometió a control a dos empresas de nacionalidad estadounidense, siendo irrelevante a los efectos de la aplicación del reglamento dónde estuvieran establecidas las partes o dónde se desarrollaran las operaciones. Asimismo, en la decisión emitida en el Asunto "Rencor/Lonrho", se declaró incompatible con el mercado común europeo un proyecto de concentración entre dos empresas mineras cuyas actividades se focalizaban en Sudáfrica.

Resulta ilustrativa la concentración analizada en el caso "Boeing/McDonnell Douglas" (1997), la cual, al tener implicancias tanto en territorio europeo y norteamericano, fue sometida a consideración de ambas autoridades,



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOP

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000337

49. Por tanto, es aceptado en la legislación y la práctica comparada que si las operaciones de concentración generan algún tipo de consecuencia relevante en un determinado territorio, entonces podrán ser analizadas e incluso prohibidas en dicho territorio, en aplicación de la "Teoría de los Efectos".
50. En tal sentido, y teniendo en cuenta que los efectos de una concentración se materializan desde que se produce un cambio duradero en la estructura de control de las empresas involucradas –con independencia del ejercicio efectivo de los derechos inherentes a la nueva posición de control–, se encontrarán sometidas a la ley de control de estructuras peruana aquellas operaciones que, aún siendo celebradas en el extranjero, provoquen una modificación permanente en la estructura de control de alguna empresa que desarrolla su actividad en los sectores de generación, transmisión o distribución eléctrica del territorio peruano.
51. El marco previsto por la Ley 26876 prevé todos los aspectos relacionados con los procedimientos de autorización previa que deben seguir las empresas que realicen una operación de concentración con incidencia en el sector eléctrico peruano. Entre otros aspectos, dicha ley establece un marco sancionador que tiene por objeto constituirse en el mecanismo de *enforcement* necesario, sin cuya existencia las empresas no tendrían incentivos para someterse al cumplimiento de las obligaciones de notificación previa y demás cargas procedimentales establecidas por la Ley 26876.
52. Sin un régimen que otorgue a la autoridad competente la potestad de imponer multas ante, por ejemplo, la constatación que una empresa se concentra sin contar con la autorización respectiva o la verificación de que se presenta información falsa sobre los alcances de la operación, los agentes optarían simplemente por no asumir la carga económica que de por sí implica iniciar un procedimiento de notificación previa. La falta de consecuencias sancionadoras simplemente alentaría que diversas operaciones, que potencialmente pueden causar el efecto de restringir la competencia en el mercado eléctrico peruano, se lleven a cabo sin que exista una evaluación previa de la autoridad.
53. La aplicación del marco sancionador de la ley del país en que se producen los efectos negativos de la conducta es un principio de Derecho Público reconocido en el Derecho Penal como "Principio de Ubicuidad". Conforme a este criterio, el lugar de comisión del delito (que es el lugar cuya ley se

siendo aprobada en Norteamérica pero desaprobada por la Comisión Europea.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

000338

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

aplicará) es aquél en el que se realiza la acción u omisión sancionable o el lugar en el que *"se producen sus efectos"*.<sup>38</sup>

54. Partiendo de la premisa que el procedimiento administrativo sancionador es una manifestación de la potestad punitiva estatal, por lo que los principios y reglas del ordenamiento penal resultan también aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador, se concluye que las disposiciones de carácter sancionador recogidas en la Ley 26876 resultan aplicables respecto de aquellos actos que generen efectos en el sector eléctrico nacional pese a realizarse en el extranjero.

55. Conforme al marco teórico expuesto, corresponderá analizar en el siguiente apartado si la conducta imputada a Enel, consistente en llevar a cabo el acto de concentración luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la autoridad, es contraria al artículo 6 de la Ley 26876.

### III.2. Aplicación al caso concreto

56. Por Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, la Comisión halló responsable a Enel por infringir lo previsto en el artículo 6 de la Ley 26876, al haber realizado la operación de concentración notificada -mediante la cual la solicitante adquiriría el control exclusivo sobre Endesa, modificándose la estructura de control de las sociedades peruanas involucradas-, luego de presentada la solicitud de autorización previa, pero antes que se emita la decisión respectiva de la autoridad de competencia.

57. En su apelación, Enel sostiene que la resolución impugnada vulnera los principios de territorialidad y soberanía en la aplicación de las leyes, toda vez que:

- (i) las disposiciones de la ley peruana, esto es, de la Ley 26876, no pueden aplicarse a materias de derecho privado reservadas a una ley extranjera;
- (ii) en aplicación de la teoría de los efectos, la ley de concentraciones peruana solo puede aplicarse para verificar los efectos que la ejecución de obligaciones contraídas en el extranjero pueden tener sobre las condiciones de competencia en el Perú; y,
- (iii) la Comisión ha sancionado la sola realización de un acto jurídico sometido a una ley extranjera que no ha generado efecto alguno en el mercado peruano, debido a que la empresa habría tomado las

<sup>38</sup> CÓDIGO PENAL, Artículo 5.- Principio de ubicuidad.- El lugar de comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

000339

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

previsiones y medidas necesarias para que no se generen los efectos propios de un acto de concentración en el territorio nacional.

58. Ante las alegaciones de la recurrente y conforme a lo desarrollado en los acápites precedentes, la Sala coincide con el apelante en que según la "Teoría de los Efectos" recogida en el artículo 9 la Ley 26876, esta última únicamente resulta aplicable para analizar los efectos que se produzcan en el mercado eléctrico peruano derivados de las operaciones de concentración que se realicen en el extranjero y que puedan estar sometidas a una ley extranjera.
59. En tal sentido, la cuestión controvertida en el presente procedimiento implica determinar cuándo se entiende que se producen en el territorio peruano los efectos derivados de la operación de concentración notificada.
60. Enel sostiene que para se generen efectos en el mercado eléctrico peruano como consecuencia de la operación de concentración notificada, se requería realizar actos propios del ejercicio del control adquirido. No obstante, alega que ello no se produjo, pues se tomaron las medidas y previsiones necesarias de manera tal que no se modificaron los órganos de administración, ni se alteraron las políticas comerciales de dichas empresas, ni en general, se realizaron actos que hayan implicado la modificación en la estructura de control de las empresas involucradas que operan en el Perú.
61. Ciertamente, la impugnante manifestó que en la sesión de Consejo Directivo de Endesa Latinoamérica S.A.C. llevada a cabo el 22 de junio de 2009, según lo dispuesto en el Acta 127 de referido órgano<sup>41</sup>, se dispuso instruir a los representantes de dicha empresa en el Perú, de abstenerse de realizar cualquier acto que pudiese alterar la estructura de control vigente en las sociedades peruanas involucradas, hasta que la Comisión no emitiera su decisión respecto de la operación de concentración notificada.
62. Sin embargo, contrariamente a lo sostenido por Enel y en la misma línea de lo señalado en la resolución apelada, la Sala considera que los efectos a los que se refiere la Ley 26876, radican en que se haya modificado de forma duradera y permanente la estructura de control de las empresas que participan en el mercado peruano, lo cual se produjo con el solo cierre de la operación.
63. En el procedimiento de notificación previa, la Comisión estableció que la operación notificada calificaba como una concentración y que se encontraba en el ámbito de aplicación de la Ley 26876 —lo cual fue reconocido por la propia empresa notificante—, al implicar un cambio de control conjunto a uno

<sup>41</sup> Al respecto, ver nota al pie 8.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOP

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000346

exclusivo que sería ejercido por Enel en Endesa, y que por ende, produciría una modificación de la estructura de control en las empresas que participan en el mercado eléctrico peruano.

64. Al producirse la operación notificada, se generaron de manera inmediata los efectos de la concentración en el mercado peruano, toda vez que se modificó la estructura de control de Endesa, y consecuentemente, la estructura de control de las empresas involucradas que operan en el Perú. Es decir, el solo cambio en la estructura de control en estas últimas empresas representa el efecto que produjo la operación en el mercado eléctrico peruano.
65. Para sustentar su posición durante el procedimiento, Enel ha sostenido que la prohibición de llevar a cabo la operación sin la aprobación previa de la autoridad de competencia, contenida en los artículos 3 de la Ley 26876<sup>40</sup> y 11 del Reglamento<sup>41</sup>, solo encuentra sentido si (i) se evitan los actos de concentración en el territorio nacional, o (ii) se evitan los efectos en el territorio peruano de los actos de concentración realizados en el extranjero.
66. Al respecto, los artículos 3 de la Ley 26876 y 11 del Reglamento invocados por la recurrente establecen lo siguiente:

**Ley 26876.-**

**Artículo 3.-** *Antes de realizar actos de concentración (...) deberá solicitarse la autorización previa (...) sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno.*

**Reglamento de la Ley 26876.-**

**Artículo 11.-** *Una vez notificada, la Operación de Concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente.*

(Subrayado y resaltado añadidos)

67. Con relación a las citadas disposiciones, Enel manifestó que una interpretación acorde con el principio de territorialidad, implica reconocer que dichas normas prevén dos consecuencias jurídicas independientes para dos supuestos de hecho diferentes, como se señala a continuación:

<sup>40</sup> LEY 26876, Artículo 3.- Antes de realizar actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, con las condiciones y características establecidas en el párrafo siguiente, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOP, sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno.

<sup>41</sup> DECRETO SUPREMO 017-98-ITINCI, Artículo 11.- Efecto de la Notificación.- Una vez notificada, la Operación de Concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto por los Artículos 18 o 25 del presente Reglamento según fuere el caso. Dicha Notificación no importa prejuzgamiento u opinión por parte de la Comisión o de la Secretaría sobre los méritos de la concentración, o de la existencia de posibles infracciones al Decreto o cualquier otra norma aplicable.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000341  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

- (i) por un lado, la consecuencia legal consistente en la prohibición legal de la "realización" o "consumación" del acto de concentración únicamente resultaría de aplicación a los actos jurídicos de concentración que se llevan a cabo en el Perú y que se encuentran sujetos a la ley peruana. Ello, toda vez que esta última no puede aplicarse a la determinación de la validez y eficacia de actos sujetos a una ley extranjera ni impedir su realización; y,
- (ii) de otro lado, la consecuencia legal consistente en la privación de los posibles efectos del acto jurídico de concentración perfeccionado antes de la emisión de la resolución de autorización correspondiente, resultaría de aplicación a los actos de concentración perfeccionados en el extranjero. En este escenario, el acto jurídico de concentración perfeccionado en el extranjero, será válido y eficaz en el extranjero, pero en el Perú, dicho acto no podrá surtir sus efectos, y por tanto, resultará inoponible en tanto la Comisión no haya determinado su compatibilidad con las condiciones de competencia en el mercado peruano.

68. A partir de la interpretación propuesta es que Enel afirma que la ley peruana no puede prohibir, impedir o sancionar la realización de un acto de concentración en el extranjero, sin considerar si la operación ha generado efectos en el territorio nacional. Por ello, la empresa denunciada alega que no incurrió en la infracción imputada, en la medida que adoptó las previsiones necesarias para asegurar que el perfeccionamiento del acto jurídico de concentración en el extranjero no resulte susceptible de producir efectos en el territorio peruano.

69. Sobre el particular, inclusive bajo la interpretación de los artículos 3 de la Ley 26876 y 11 del Reglamento formulada por la empresa impugnante, la Sala arriba a la misma conclusión expuesta en el numeral 58, pues respecto de actos de concentración efectuados en el extranjero, la ley peruana solo se aplica a sus efectos en el mercado peruano. Sin embargo, a diferencia de lo sostenido por la recurrente, lo cierto es que en el presente caso se ha verificado que dichos efectos se han producido como consecuencia de la sola realización de la operación notificada por Enel, ya que esta implicó la modificación automática de la estructura de control de las empresas involucradas en el Perú.

70. Las medidas adoptadas por Enel no impiden en modo alguno que se haya configurado la concentración y, por ende, que se produzca como efecto el cambio en la estructura de control en las empresas que participan en el mercado eléctrico peruano, lo cual se produjo de manera inmediata como consecuencia del cierre de la operación entre Enel y Acciona.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000342

71. Cabe resaltar que el hecho que no se hayan efectuado actos que revelen el ejercicio del control adquirido, tales como la remoción de directores o cambios en las políticas comerciales relacionadas con la estrategia competitiva de las empresas involucradas, no implica que Enel no se encuentre en la aptitud de hacerlo, lo cual constituye el efecto propio de haberse realizado la operación de concentración.
72. Por el contrario, las medidas dispuestas por Enel solo reflejan la potestad de disponer que se mantengan las condiciones preexistentes una vez producido el cierre de la operación, siendo que esto último es evidencia del ejercicio mismo del control que esta ostenta como resultado de la adquisición de acciones de Acciona.
73. De otro lado, aunque ha sido señalado al cuestionar la graduación de la sanción impuesta, Enel ha sostenido que inclusive no se encontraría tipificada la infracción imputada, pues el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley 26876 solo sanciona la realización actos de concentración que resulten incompatibles con las condiciones de competencia en el mercado peruano, sin obtener la respectiva autorización de la Comisión ya sea porque (i) se omitió presentar una notificación o, (ii) habiéndola presentado, no haya esperado la emisión de la decisión de autorización correspondiente.
74. El artículo 6 de la Ley 26876 establece lo siguiente:

*"Artículo 6.- La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI podrá imponer a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la presente Ley, multas por un importe no mayor a 500 UIT cuando: omitan la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado, suministren datos inexactos en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión, o no proporcionen la información dentro de los plazos establecidos.*

*Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión podrá importar (sic) multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad eléctrica en el territorio nacional, involucradas directa o indirectamente en la concentración - en los términos establecidos en el Artículo 3 de la presente Ley-, correspondientes al año inmediato anterior a la decisión de la Comisión, a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la misma, que: realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, realicen un acto de concentración declarado incompatible por tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia mediante decisión de la Comisión o no cumplan con las medidas ordenadas mediante decisión adoptada por la Comisión."*



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000343  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

75. De la revisión de dichas disposiciones, se aprecia que la interpretación planteada por la recurrente no resulta acorde con el texto del segundo párrafo de la norma, en el cual se tipifican como supuestos de infracción de manera independiente: (i) el hecho de realizar un acto de concentración omitiendo solicitar la autorización previa, (ii) llevarlo a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, (iii) realizar un acto de concentración declarado como incompatible por dañar o impedir la competencia, y, (iv) no cumplir con las medidas dispuestas por la autoridad.
76. De tal manera, nótese que en el caso de la infracción imputada y sujeta a análisis por esta Sala –supuesto (ii) – no se exige como condición típica que la operación haya sido declarada incompatible por tener como efecto dañar la competencia. La generación de efectos restrictivos de la competencia, contrariamente a lo sostenido por Enel, sólo se exige para el escenario (iii).
77. Ello obedece a que las disposiciones que buscan salvaguardar el bien jurídico competencia, como aquella contenida en el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley 26876 que es imputada a Enel, recurren a la tipificación de infracciones de peligro abstracto<sup>42</sup>, con la finalidad de evitar el riesgo de que se realice una operación de concentración que finalmente sea susceptible de afectar las condiciones de competencia en el mercado.
78. Aceptar la posición de la recurrente respecto a que en el artículo 6 de la Ley 26876 no se prevé una infracción para la conducta imputada, no solo resulta contraria al texto de la norma, sino que tendría como correlato incentivar a que los solicitantes realicen los actos de concentración notificados, si a su criterio, no se dañan las condiciones de competencia en el mercado, cuando lo cierto es que dicha evaluación le corresponde únicamente a la autoridad de competencia.
79. Atendiendo a lo expuesto, la Sala considera que no se realizó por parte de la Comisión una interpretación extensiva o gravosa para el administrado respecto de los alcances de la Ley 26876 al determinar la infracción imputada, ni se vulneraron con ello los principios de razonabilidad, tipicidad, legalidad y debido procedimiento que rigen el procedimiento administrativo sancionador.
80. Por el contrario, la determinación de la infracción resulta acorde con la definición de concentración contenida en el artículo 3 de la Ley 26876 y la "Teoría de los Efectos" recogida en el artículo 9 de la misma norma, toda vez que se han producido efectos en el mercado peruano (modificación de

<sup>42</sup> Así por ejemplo, respecto de las infracciones de peligro, en el ámbito del Derecho Penal –derecho sancionador por antonomasia– se ha establecido que el delito de peligro abstracto "se consuma con la realización de la acción reprimida por peligrosa". Al respecto, ver: HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. 3era Edición. Lima: Grijley, 2005, p. 785.





estructura de control en empresas involucradas que operan en el Perú) que resultan sancionables conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la ley peruana (efectuar la operación sin contar con la autorización previa de la Comisión).

81. Para que se configure la infracción contenida en el artículo 6 de la Ley 26876 no se requiere que se produzcan efectos adicionales, tales como actos que sean manifestación del ejercicio del control adquirido (a manera de ejemplo, la remoción de directivos, el cambio en estrategias de negocios o planes de inversión, entre otros), siendo que basta con que se verifique la realización de la concentración para que se incurra en el supuesto típico de la norma.
82. En consecuencia, corresponde confirmar la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI que halló responsable a Enel, por infracción a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 26876, al haber realizado la operación notificada sin contar la autorización respectiva de la Comisión.

### III.3. La graduación de la sanción

#### III.3.1 Marco teórico

83. La Ley 26876 no contempla una norma que establezca los criterios para determinar la gravedad de aquellas concentraciones realizadas luego de presentada la solicitud pero antes de obtenida la autorización. En tal sentido, ante la ausencia de un marco normativo especial de graduación de la sanción, se deben aplicar supletoriamente los criterios previstos en el régimen sancionador general contemplado en la Ley 27444.<sup>48</sup>
84. El mencionado cuerpo normativo consagra en el artículo 230.3 el principio de razonabilidad como una de las pautas rectoras que debe guiar todo procedimiento administrativo sancionador, señalando que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajoso para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> LEY 27444, Artículo 229.- Ámbito de aplicación de este capítulo.-

(...)

229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo. (subrayado agregado)

<sup>49</sup> LEY 27444, Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajoso para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción (...)



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

85. Conforme anota la doctrina, la autoridad debe asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor a las eventuales ventajas que obtenga el imputado por la comisión de las infracciones, pues de lo contrario se estaría incentivando la realización de conductas antijurídicas dada la rentabilidad de su ejecución.<sup>45</sup>
86. De otro lado, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad, que también rige la determinación de las sanciones aplicables en el marco de un procedimiento sancionador, constituye principalmente un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos (constitucionales o simplemente legales)<sup>46</sup>. Se trata de una técnica que cobra especial relevancia en el ámbito sancionador<sup>47</sup> y a partir de la cual el juzgador puede evaluar si la intromisión estatal en el ámbito de los derechos resulta o no excesiva.
87. Con el fin de evitar que la toma de decisiones administrativas quede sometida a la libre voluntad de las autoridades, el mismo artículo 230.3 ha fijado un listado de diversos elementos que la autoridad debe considerar al momento de establecer la sanción aplicable. La utilización debida de estos criterios, precisamente, reduce la arbitrariedad de la Administración y asegura que las multas adoptadas sean lo suficientemente desincentivadoras sin que violen el parámetro de proporcionalidad.
88. Estos criterios de graduación recogidos por el artículo 230.3 de la Ley 27444 son los siguientes:
- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

<sup>45</sup> Becker explica que los agentes económicos, cuando evalúan cometer una infracción, comparan esencialmente el beneficio privado que derivará de la misma, con el costo de la multa que tendrán que pagar multiplicado por la probabilidad de ser detectado y multado. De tal manera, un infractor racional incurrirá en una infracción solo si la magnitud de la sanción esperada es demasiado baja o si la probabilidad de ser detectado es reducida. Al respecto, ver: BECKER, Gary S. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, N° 2, 1968, pp. 169-217. Texto accesible en: <http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf> (página web visitada el 31 de marzo de 2011)

En la misma línea, el profesor argentino Coloma, al explicar la teoría económica de la sanción, precisa el efecto desincentivador que tienen estas sobre los infractores: "(...) la persona que infringe un determinado deber jurídico debe en ambos casos hacer frente a un costo que el derecho le impone y que implica desprenderse de una suma de dinero. Esto hace que, cuando la persona decide llevar a cabo el hecho ilícito en cuestión (o toma precauciones para que el mismo no acontezca), tiene presumiblemente en cuenta la probabilidad que esto induce de tener que erogar luego una determinada suma de dinero (en concepto de indemnización o de multa). COLOMA, Germán. "Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio". Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 256.

<sup>46</sup> Al respecto, ver: Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano del 9 de febrero de 2005 recaída en el Expediente 0760-2004-AA/TC (Asunto José Vidal Meza Guerra).

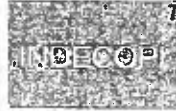
<sup>47</sup> LBY 27444, Artículo 55.- Derechos de los administrados.- Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes:

(...)  
10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros



000346  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

89. Una vez establecida la gravedad de la infracción a partir de la utilización de los referidos criterios, el juzgador deberá fijar la sanción, dentro de los umbrales permitidos por la ley. A este respecto, el artículo 6 de la Ley 26876 establece lo siguiente a propósito de la escala de sanciones aplicables:

"(...)

*Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión podrá importar (sic) multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad eléctrica en el territorio nacional, involucradas directa o indirectamente en la concentración - en los términos establecidos en el Artículo 3 de la presente Ley-, correspondientes al año inmediato anterior a la decisión de la Comisión, a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la misma, que: realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, realicen un acto de concentración declarado incompatible por tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia mediante decisión de la Comisión o no cumplan con las medidas ordenadas mediante decisión adoptada por la Comisión." (énfasis agregado)*

90. De una lectura del segundo párrafo del precitado artículo se aprecia que para el caso de las concentraciones que se lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión administrativa, la sanción aplicable es de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos en el año anterior a la decisión por las empresas eléctricas que desarrollan actividades en territorio nacional y que se encuentren directa o indirectamente involucradas en la concentración. Conforme a lo señalado en el acápite precedente, cabe enfatizar que en el referido artículo no se exige que la concentración sea declarada incompatible para ser sancionable, pues la norma ha considerado expresa y literalmente que resulta sancionable el solo cierre de la operación luego de presentada la notificación pero antes de la emisión de una decisión de la autoridad.

91. De tal modo, se advierte que el legislador no ha previsto que para la aplicación del parámetro sancionador del 10% de los ingresos el acto de concentración notificado sea declarado incompatible por restringir la competencia. Según se ha indicado en el apartado III.2 dedicado al análisis de la conducta imputada, este tipo infractor sanciona la mera potencial afectación que provoca sobre la competencia el que se lleve a cabo una



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000347

operación de concentración eléctrica antes de que la Comisión o la Sala avalen su licitud.

92. En este punto, además, es importante precisar que la utilización del umbral máximo de hasta el 10% de los ingresos brutos previsto en el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley 26876 no necesariamente derivará en la imposición de una sanción que sea mayor en todos los casos que las 500 (quinientas) UIT establecidas para los actos tipificados por el primer párrafo del mismo artículo<sup>48</sup>.
93. En base a los criterios de graduación descritos en el punto 88, y considerando el umbral de hasta 10% de los ingresos brutos percibidos en el año anterior a la decisión de la Comisión por las empresas eléctricas que desarrollan actividades en territorio nacional, en los siguientes apartados se procederá a revisar la sanción impuesta por la primera instancia.

### III.3.2 Aplicación al caso concreto

94. En su apelación, Enel ha solicitado que se declare la nulidad de la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI en el extremo de la sanción de 1000 (mil) UIT, pues pese a los diversos criterios de graduación contenidos en la Ley 27444, el único factor considerado por la Comisión fue el de intencionalidad.
95. Ante dicha alegación, se aprecia que pese a que la ley administrativa establece hasta seis criterios de graduación con la finalidad de guiar la decisión de la autoridad y eliminar así la arbitrariedad en la imposición de multas, la Comisión se ha limitado a utilizar solo el criterio de intencionalidad para estimar la multa en 1000(mil) UIT. Ello se desprende de una revisión del análisis de graduación de la sanción efectuado en la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, que se transcribe a continuación:

*"Al respecto, esta Comisión resalta el hecho de que, a pesar de haber presentado su solicitud de autorización previa para una operación de concentración empresarial en el sector eléctrico peruano, Enel llevó a cabo el acto de concentración antes del pronunciamiento de la Comisión.*

*Es decir, la empresa infractora realizó el acto de concentración notificado conociendo de la norma que prohibía su realización; lo que implica que existió, de parte de la infractora, una deliberada intención de desconocer la Ley de Concentraciones. En consecuencia, a juicio de esta Comisión corresponde imponerle a Enel una multa ascendente a 1 000 UIT".*

<sup>48</sup> Por ejemplo, el primer párrafo contempla como supuesto infractor el llevar a cabo la concentración sin siquiera notificar a la Comisión, lo cual parecería ser *a priori* una negligencia mayor que notificar una concentración y realizarla antes de contar con una decisión favorable.



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

96. En tal sentido, se verifica que la primera instancia no ha motivado debidamente cuáles serían las razones por las cuales no ha considerado en su evaluación otros factores –inclusive alegados por la propia imputada–, tales como las eventuales medidas adoptadas por Enel a efectos de reducir el impacto del cambio de estructura en las sociedades eléctricas que controla en el Perú. Asimismo, al margen del factor de intencionalidad, la Comisión no ha acreditado que exista algún otro criterio agravante sustancial, como lo sería la existencia de un beneficio ilícito o la generación de efectos perjudiciales sobre el mercado derivados de la concentración empresarial.
97. De esta manera, se concluye que la Comisión no ha desarrollado la aplicación de los criterios recogidos en el artículo 230.3 de la Ley 27444, sea acogiendo o desestimando al menos las alegaciones que sobre el particular realizó Enel, a efectos de sustentar suficientemente por qué la sanción de 1000 (mil) UIT se ajusta al principio de razonabilidad y es útil para evitar que a la infractora le resulte ventajoso volver a incurrir en el ilícito. En atención al vicio en la motivación señalado, corresponde anular este extremo del pronunciamiento de la Comisión<sup>40</sup>.
98. Sin perjuicio de ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley 27444, constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad administrativa, además de la declaración de nulidad, se encuentra obligada a resolver sobre el fondo del asunto si cuenta con los elementos de juicio suficientes, sin que deba devolver el expediente a la primera instancia<sup>40</sup>.
99. La Sala ha tomado conocimiento de los hechos imputados, de las circunstancias relacionadas a la infracción y de los argumentos que sustentan la defensa de Enel en lo relacionado a la graduación. Por tanto, este colegiado cuenta con elementos de juicio suficientes y se encuentra en posición de resolver el extremo de la sanción aplicable.

40

LEY 27444, Artículo 10.- Causales de nulidad.- Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.- Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4.- Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

40

LEY 27444, Artículo 217.- Resolución

(...)

217.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000349

100. En relación con la *gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido*, debe tenerse en cuenta que el sistema de control de estructuras establecido en la Ley 26876 lo que pretende evitar es que se efectúen operaciones de concentración empresarial que mermen las condiciones de concurrencia existentes en el sector eléctrico y que, como consecuencia de ello, disminuya la competencia efectiva en dicho mercado<sup>91</sup>.
101. La operación de concentración realizada por Enel, pese a haberse efectuado antes de la emisión de un pronunciamiento de la autoridad, no ha causado ni es susceptible de causar daño alguno al bien jurídico competencia. Eso se desprende de la propia Resolución 058-2009/CLC-INDECOPI, por la cual la Comisión, tras evaluar las condiciones de la operación, declaró que no provocaba lesión alguna al proceso competitivo el reordenamiento de la estructura de control sometido a autorización por parte de Enel.
102. En efecto, en la referida resolución la primera instancia precisó que "(...) la operación de concentración no implica el incremento o disminución del número de agentes independientes que participan en el mercado eléctrico nacional, como es el caso del mercado de clientes libres; pues la Notificación implica un reordenamiento de la estructura de control sobre Endesa y no directamente de las actividades que ésta realiza en el Perú".
103. En tal sentido, textualmente la Comisión concluyó, en el punto 47 de su pronunciamiento, que "no existe evidencia que permita inferir que la operación de concentración notificada generará facilidades para el ejercicio de poder de mercado y/o la realización de prácticas colusorias, [sic] Por lo tanto, de concretarse la Notificación no representará problemas para la competencia y la libre concurrencia".
104. El hecho de que no se haya lesionado el bien jurídico competencia, a su vez, determina que tampoco se aprecie la existencia del segundo factor de graduación contemplado en el artículo 230.3 de la ley 27444, es decir, que se haya provocado un *perjuicio económico*. En efecto, si el daño económico ilícito producto de una concentración empresarial deriva de que la operación provoque una restricción de la competencia que disminuye la rivalidad entre empresas y afecta el bienestar de los consumidores, la existencia de una decisión administrativa autorizando el acto de concentración evidencia que este no tiene la capacidad de afectar a las demás operadoras eléctricas y clientes del sistema.

<sup>91</sup> Para una mayor explicación sobre los intereses que protege el control de concentraciones en sectores regulados, se puede consultar: TÁVARA MARTÍN, José y Luis José DIEZ - CANSECO NÚÑEZ. "Estabilizando el péndulo. Control de concentraciones y fusiones en el Perú". En: Themis 47, 2003, pp. 168-169.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

00035

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

105. Además, es importante precisar que los clientes eléctricos "regulados" difícilmente percibirían una afectación económica pues, tal como lo señaló la Comisión, la existencia en este mercado de una fijación administrativa de precios por parte del organismo regulador, disciplinaría cualquier intento de ejercer poder de mercado. Del mismo modo, en el caso de los clientes "libres", estos tampoco serían susceptibles de afectación por parte de las empresas a través de las cuales Enel participa en el mercado peruano, dado que pueden obtener la energía eléctrica de otros proveedores, con independencia de su ubicación geográfica y su demanda de energía<sup>42</sup>, existiendo así una rivalidad que también disciplina la capacidad de la denunciada de ejercer su poder de mercado.
106. En cuanto al criterio de *repetición y/o continuidad* en la comisión de la infracción, esta Sala considera pertinente precisar –como ya ha sostenido en anteriores pronunciamientos<sup>43</sup>– que la ausencia de reincidencia o repetición de una conducta ilícita a lo largo del tiempo no es un factor atenuante que conduzca a la disminución de la sanción a imponer.
107. Que el administrado no haya cometido con anterioridad la misma infracción refleja solo la conducta que se espera de cualquier agente que participa en un mercado. Con ello, si bien no se puede premiar a un administrado por el mero hecho que antes actuó conforme al ordenamiento, la reincidencia sí constituye un factor para agravar la situación del sancionado e imponerle una consecuencia punitiva mayor.
108. Como cuarto aspecto se puede considerar *las circunstancias de la comisión de la infracción*, factor enunciado en el artículo 230.3 de la ley administrativa. Al respecto, esta Sala estima que si bien la operación de concentración celebrada produjo un inmediato cambio en la estructura de control de las sociedades eléctricas peruanas involucradas, *lo cierto es que Enel adoptó una serie de medidas societarias con el objeto de mantener el mismo status quo que se venía aplicando en las empresas ahora controladas, minimizando así los efectos del cambio de estructura de gestión que ya había operado.*
109. En efecto, en sesión del Consejo Directivo de Endesa Latinoamérica S.A. – holding a través del cual Enel ejerce su control indirecto sobre Eepsa, Edegel, Edelnor y Chinango– del 22 de junio de 2009, dicha empresa optó por no modificar las políticas de gestión de dichas empresas eléctricas en tanto no

<sup>42</sup> Los clientes "libres" también tienen libre acceso a las tarifas reguladas por el OSINERGMIN y, de tal manera, pueden adquirir energía y potencia de cualquier generador y distribuidor interconectado al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN).

<sup>43</sup> Criterio recogido en la Resolución 0077-2009/SC1-INDECOPI del 26 de febrero de 2009, correspondiente al procedimiento seguido de oficio contra Laboratorio Farmacéutico San Joaquín Roxfarma S.A.; y la Resolución 0625-2009/SC1-INDECOPI del 18 de junio de 2009, correspondiente al procedimiento iniciado de oficio contra Laboratorios Unidos S.A.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL 00035

Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

se obtenga una autorización favorable. Así, decidió que no se modificarían los órganos de administración, no se alterarían las políticas comerciales ni se realizaría acto alguno que implique el aprovechamiento de la nueva situación de control que había adquirido respecto de las sociedades involucradas en el Perú.

110. A criterio de este colegiado, ello demuestra la voluntad de Enel de que el mercado no experimente mayores variaciones que materialicen el ejercicio "activo" del control que asumió, lo cual constituye un factor atenuante de la sanción.
111. En relación con el *beneficio ilícito*, debe recordarse que en reiterada jurisprudencia esta Sala ha definido dicho factor como "*la ganancia esperada derivada de la infracción y que, de actuar lícitamente, no se obtendría*"<sup>84</sup>.
112. Desde una perspectiva teórica, las operaciones de concentración generan sinergias, tales como la generación de economías de escala, reducción de costos fijos al compartirse activos, reducción de costos de transacción en la toma de decisiones, entre otros. En tal sentido, las ventajas de su realización sin que aún exista una decisión favorable de la autoridad administrativa, permite que el agente infractor se beneficie anticipadamente de estas eficiencias, que hubiera obtenido con posterioridad si actuara conforme al ordenamiento y esperara a la resolución de la Comisión o la Sala.
113. No obstante ello, en el caso concreto el lapso transcurrido entre la fecha de cierre de la operación (25 de junio de 2009) y la fecha de autorización (16 de julio de 2009) es de solo 21 (veintiún) días. En un periodo tan corto difícilmente se materializan las eficiencias propias de una concentración, pues, por lo general, los beneficios derivados de las sinergias que producen este tipo de operaciones se hacen palpables en el mediano y corto plazo. Más aún cuando en un sector como el eléctrico, que demanda altas inversiones de capital, el desarrollo de cualquier proyecto o el cambio de una política comercial, demandan un alto nivel de planificación y, consecuentemente, demandan también un tiempo prolongado para implementarse.
114. Además, es preciso indicar que –conforme a lo señalado por la Comisión en la resolución de autorización de la operación– son dos las posibles eficiencias que se han identificado en el caso de Enel. Así, se precisa que la variación de la estructura de control en las empresas eléctricas peruanas reduce los costos de coordinación: (i) facilitando el planeamiento estratégico; e, (ii) Incrementando los incentivos para el desarrollo de proyectos de energía.

84

Ver Resolución 3240-2010/SC1-INDECOPI del 16 de diciembre de 2010, emitida en el procedimiento seguido por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia contra Asetup y otros; y la Resolución 0478-2011/SC1-INDECOPI del 24 de febrero de 2011, emitida en el procedimiento seguido de oficio contra Nestlé Perú S.A.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

115. No existe evidencia probatoria que demuestre que, durante el corto período infractor de 21 (veintiún) días, se haya adoptado en el seno de las empresas controladas por Enel alguna decisión que refleje una variación en la política comercial estratégica o la aprobación, modificación o cancelación de algún proyecto de energía. Más aún, conforme se indicó en líneas anteriores, Enel dio específicas instrucciones a Endesa Latinoamérica S.A. para que no implemente decisiones comerciales o modificaciones de gestión en las empresas que operan en el mercado peruano hasta que no se apruebe la autorización por la autoridad de competencia.
116. En conclusión, la Sala considera que en este caso no se cuenta con información suficiente para determinar con exactitud el beneficio ilegal generado durante el tiempo que la operación fue considerada como ilícita hasta su final autorización por la Comisión.
117. El artículo 230.3 también contempla a la *intencionalidad* como un factor de graduación. La intencionalidad está definida como el deseo o voluntad de ejecutar una determinada conducta y querer sus resultados<sup>66</sup>. En este contexto, basta corroborar que al agente quiso realizar determinada conducta, que su voluntad estuvo encaminada a la realización de un acto concreto aún sin saber de su antijuridicidad.
118. Tal como indicó la Comisión, Enel llevó a cabo el acto de concentración de manera deliberada, pese a encontrarse tramitando un procedimiento de autorización previa al cual se sometió bajo el pleno entendimiento que su operación no podía ser realizada sin el aval de la autoridad. En consecuencia, la intencionalidad de Enel en la realización de la conducta infractora es evidente.
119. Si bien de un recuento de los elementos analizados se aprecia que no se ha determinado la existencia de una ganancia ilícita o beneficio ilegalmente obtenido que permita una cuantificación aproximada de la multa base, debe recordarse que en ejercicio de su facultad de determinación de sanciones, la autoridad administrativa se encuentra facultada a utilizar su discrecionalidad –reconocida por el Tribunal Constitucional<sup>66</sup>–, debiendo valorar conjuntamente

<sup>66</sup> Como señala Nieto, "(...) basta con la voluntad de la acción, que –desde esta perspectiva– es lo único imprescindible. Es decir, que el sujeto tiene que querer el resultado (voluntariedad) aunque no sea preciso que sea consciente de la malicia del mismo y, aún así, lo desee." En: NIETO GARCÍA, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 340.

<sup>66</sup> En la Sentencia emitida en el Expediente 2192-2004-AA/TC, el supremo colegiado de interpretación de la Constitución, reconoció lo siguiente:

"En efecto, es en el seno de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio"



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

los demás criterios de graduación desarrollados con el fin de arribar a la multa óptima.

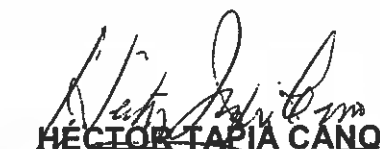
120. En tal sentido, considerando todos los factores de graduación analizados, esto es, por un lado, la ausencia de daño a la competencia y las medidas comerciales y societarias adoptadas por Enel para reducir el impacto de la infracción y, de otro lado, la existencia de intencionalidad en la comisión de la conducta y la importancia que tiene para la autoridad dar las señales adecuadas para que los agentes no realicen de manera temeraria infracciones que puedan ser susceptibles de afectar el proceso competitivo, esta Sala considera que una sanción suficientemente desincentivadora dentro del umbral permitido por el artículo 6 de la Ley 26876, consiste en imponer a Enel una multa de 100 (cien) UIT.

#### IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

**PRIMERO:** confirmar la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI del 7 de enero de 2010, en el extremo que halló responsable a Enel S.p.A. por infringir lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, al haber realizado el acto de concentración notificado el 21 de abril de 2009, luego de presentada su solicitud pero antes de que se expida una decisión por parte de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

**SEGUNDO:** declarar la nulidad de la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, en el extremo que impuso a Enel S.p.A. una multa ascendente a 1000 (mil) Unidades Impositivas Tributarias e, integrándola, fijarla en 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias.

*Con la intervención de los señores vocales Héctor Tapia Cano, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre, María Soledad Ferreyros Castañeda y Virginia Rosasco Dulanto.*

  
**HÉCTOR TAPIA CANO**  
Vicepresidente