

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Facultad de Derecho**



Informe Jurídico del Expediente N° 010-2009/CLC-INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título  
profesional de Abogada

Autor:

***Elizabeth Rosalí Juscamaita Tito***

Asesor:

***Lucio Andrés Sánchez Povis***

Lima, 2022

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el expediente N° 010-2009/CLC-INDECOPI, mediante el cual se inició un procedimiento administrativo sancionador a Enel S.P.A. por realizar un acto de concentración antes de que la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI emitiera una resolución final sobre la misma.

La operación de concentración realizada por Enel S.P.A. fue adquirir el 100% de las acciones que Acciona S.A. poseía sobre Endesa S.A. obteniendo con esto el control exclusivo de esta última empresa. Así, se analizará la normativa aplicable al momento de ocurridos los hechos y los conceptos relevantes tratados en el caso. Dentro de estos conceptos están el acto de concentración, control, el procedimiento administrativo sancionador, el principio de tipicidad y principio de razonabilidad, y la teoría de los efectos. A partir de ello se podrá concluir que la Comisión, aplicando la teoría de los efectos, si tiene facultades para pronunciarse sobre este acto de concentración; que durante el procedimiento administrativo sancionador no se respetaron algunas características de este procedimiento y, finalmente, que la resolución de segunda instancia vulnera el principio de razonabilidad.

### Palabras clave:

Acto de concentración, control, teoría de los efectos, principio de tipicidad, principio de razonabilidad, procedimiento administrativo sancionador

## ABSTRACT

*The purpose of this paper is to analyze Resolution No. 010-2009/CLC-INDECOPI, through which an administrative sanctioning procedure was initiated against Enel S.P.A. for carrying out an act of concentration before the Free Competition Commission of INDECOPI issued a final resolution on the concentration.*

*The concentration operation carried out by Enel S.P.A. was to acquire 100% of the shares that Acciona S.A. owned in Endesa, thus obtaining the exclusive control of the company. Thus, the regulations applicable at the time of the occurrence of the facts and the relevant concepts dealt with in the case will be analyzed. Among these concepts are the act of concentration, control, the administrative sanctioning procedure, the principle of typicality, principle of reasonableness, and the theory of effects. From this it can be concluded that the Commission, based on the theory of effects, does have the authority to pronounce on this act*

*of concentration; that during the administrative sanctioning procedure some characteristics of this procedure were not respected and, finally, that the second instance resolution violates the principle of reasonableness.*

**Keywords:**

*Concentration act, control, theory of effects, principle of typicality, principle of reasonableness, administrative sanctioning procedure*



## ÍNDICE

<b>PRINCIPALES DATOS DEL CASO</b>	1
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	2
<b>I.1. Justificación de la elección de la resolución</b>	2
<b>I.2. Presentación del caso y análisis</b>	2
<b>II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES</b>	4
<b>II.1. ANTECEDENTES</b>	4
<b>II.2. HECHOS RELEVANTES DEL CASO</b>	6
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS JURÍDICOS</b>	10
<b>IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA</b>	11
<b>IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios</b>	11
<b>IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución</b>	11
<b>V. ANÁLISIS SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS</b>	12
<b>V.1. ¿Los actos de concentración perfeccionados en el extranjero y sujetos a ley extranjera se encontraban en el ámbito de aplicación de la Ley 26876?</b>	12
V.1.1. ¿Qué es un acto/operación de concentración? ¿Qué es el control?	12
V.1.2. ¿Qué es el principio de territorialidad de las normas?	15
V.1.3. ¿Qué es la teoría de los efectos y cómo se aplica en este caso?	17
<b>V.2. ¿La comisión de Libre competencia era competente para iniciar el procedimiento administrativo sancionador contra Enel?</b>	21
V.2.1. ¿Qué es el procedimiento administrativo sancionador?	21
V.2.2. ¿Cuál es la potestad sancionadora de la Comisión de Libre Competencia?	22
<b>V.3. Sobre la infracción de Enel y la sanción impuesta ¿está correctamente tipificado el artículo 6 de la Ley? ¿se cumplió con el principio de razonabilidad y los criterios establecidos por la LPAG?</b>	26
V.3.1. ¿Qué es el principio de tipicidad? ¿El artículo 6 de la Ley lo vulnera?	26
V.3.2. ¿Qué es el principio de razonabilidad? ¿Se aplicaron bien los criterios del artículo 230 de la LPAG?	32
V.3.3. ¿Cuál es el criterio de sanción actual establecido en la Ley 31112?	36
<b>VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES</b>	38
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	40

### PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>N° EXPEDIENTE</b>	010-2009/CLC-INDECOPI
<b>ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO</b>	Derecho Administrativo Libre Competencia
<b>IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES</b>	Res N° 058-2009/CLC Res N° 051-2009/CLC Res N° 001-2010/CLC Res N° 0794-2011/SC1-INDECOPI
<b>DEMANDANTE/DENUNCIANTE</b>	INDECOPI
<b>DEMANDADO/DENUNCIADO</b>	ENEL S.P.A.
<b>INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL</b>	INDECOPI
<b>TERCEROS</b>	-
<b>OTROS</b>	-

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **I.1. Justificación de la elección de la resolución**

En los últimos años, la legislación peruana ha venido experimentando cambios sustanciales respecto al control de concentraciones. Así, la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, fue la única norma que reglamentaba el control de concentraciones y regulaba únicamente el sector eléctrico desde 1997. Sin embargo, a partir del 2019 entró en vigencia el Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, mediante el cual no solo se verificaba el sector eléctrico, sino todas las operaciones de concentración en general. Finalmente, este decreto fue derogado por la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

La elección de este expediente se justifica en que ha transcurrido un año de la implementación y vigencia de esta nueva norma en el Perú. En ese sentido, será necesario que existan más investigaciones sobre las operaciones de concentración que se han venido realizando hasta el momento; además de evaluar que tanto ha mejorado la legislación respecto a este tema de una ley a otra. En el Perú, no contamos con mucho desarrollo normativo y jurisprudencial sobre este tema, por lo que el análisis de los casos que ya han sido resueltos por la Comisión de Libre Competencia son relevantes para establecer criterios de evaluación. Este caso es en especial relevante debido a que es uno de los pocos en los que se analizó una operación de concentración que se concretizó antes de la pronunciamiento final de la Comisión.

### **I.2. Presentación del caso y análisis**

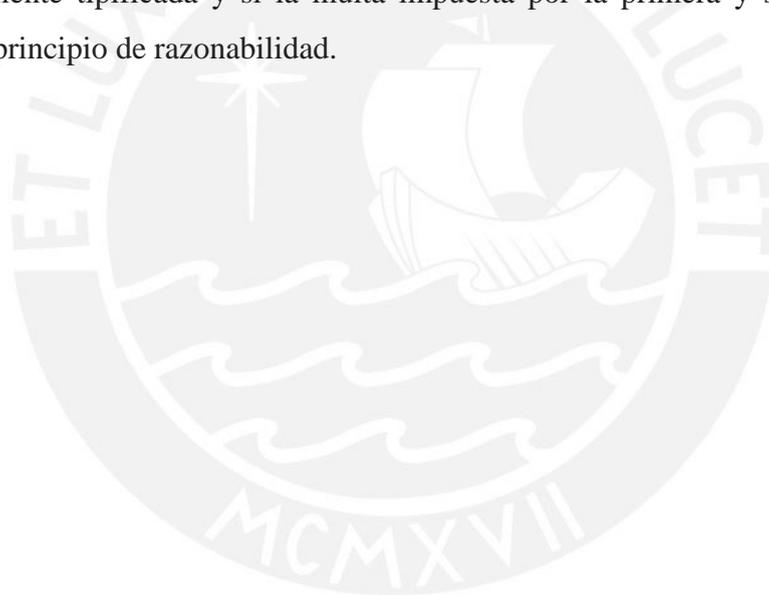
Ahora bien, el presente caso es un expediente sobre un procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Enel S.P.A. por haber efectuado un acto de concentración antes de la emisión de la resolución final de la Comisión de Libre Competencia, mediante la cual se iba a decidir si se autorizaba o no la operación de concentración solicitada por esta empresa, operación a través de la cual adquiriría las acciones de Acciona S.A. sobre Endesa S.A. y así, tendría el control exclusivo sobre esta última.

Para ello, el presente informe se divide en el análisis de tres problemas jurídicos encontrados en el expediente. En primer lugar, se analizará si los actos de concentración perfeccionados en el extranjero se encontraban en el ámbito de la Ley 26876. Así, se señalará cuando

estamos ante un acto de concentración y si el acto de concentración en análisis por parte de la Comisión vulnera el principio de territorialidad.

En segundo lugar, se determinará si la Comisión era competente para iniciar el procedimiento administrativo sancionador contra Enel. En ese sentido, se precisará que es un procedimiento administrativo sancionador y las características que tiene este; además, se verificará las potestades que tenía la Comisión para iniciar este tipo de procedimientos, potestades que se le han otorgado por Ley.

En tercer lugar, se analizará si la infracción de Enel y la sanción impuesta estaba correctamente tipificada en la Ley y si se cumplió el principio de razonabilidad. Para ello se conceptualizará los principios de tipicidad y de razonabilidad. Finalmente, teniendo eso claro, se verificará si el artículo 6 de la Ley, en la que se encuentra la infracción cometida por Enel, estaba correctamente tipificada y si la multa impuesta por la primera y segunda instancia cumplen con el principio de razonabilidad.



## II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

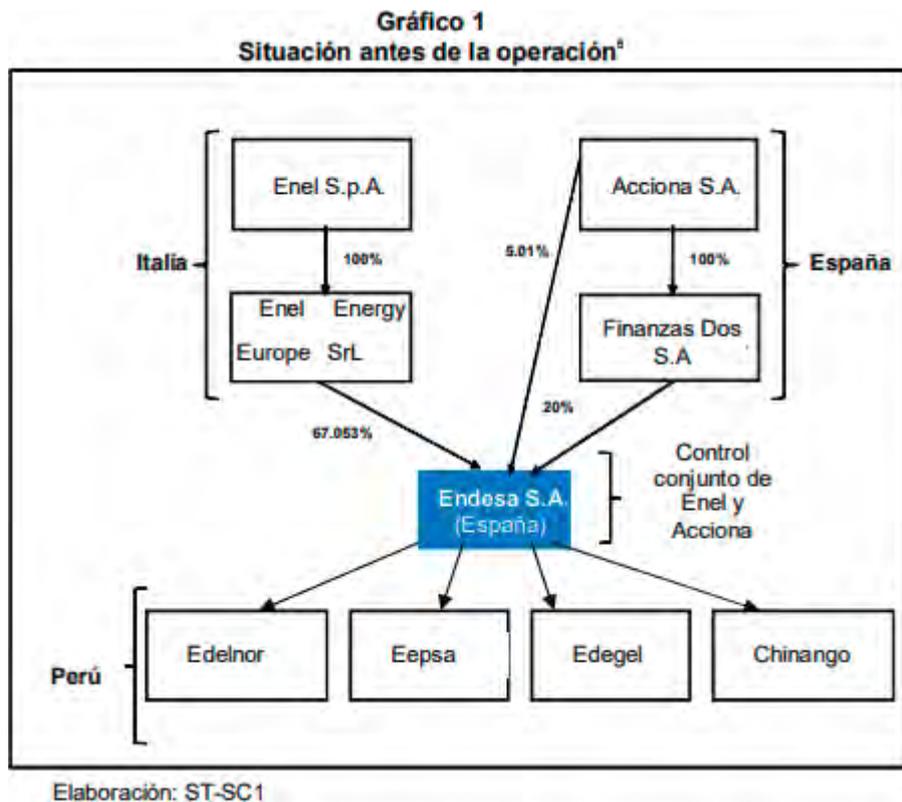
### II.1. ANTECEDENTES

- El 21 de abril de 2009 Enel S.P.A (en adelante Enel) presentó un escrito a la Comisión de Libre Competencia solicitando la autorización para la acción de concentración empresarial en el sector eléctrico de acuerdo a lo indicado en la Ley 26876. De esta manera, Enel S.P.A. pide autorización para que este adquiriera las acciones que Acciona S.A. (en adelante Acciona) posee en Endesa S.A. (en adelante Endesa), siendo así que Enel terminaría adquiriendo el control exclusivo sobre esta última, la cual además tiene control de Edegel S.A. (en adelante Edegel), Empresa eléctrica de Piura S.A. (en adelante Eepsa) y Edelnor S.A.A. (en adelante Edelnor).
- La normativa que se encontraba vigente a esa fecha era la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, la cual regulaba únicamente las concentraciones eléctricas en el Perú. Asimismo, se contaba con Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, el cual contiene el Reglamento de la Ley 26876 (en adelante Reglamento).
- Respecto a los agentes económicos involucrados, es necesario precisar lo siguiente:
  - o Enel S.P.A. es una empresa de Italia y la actividad principal que maneja es la generación eléctrica. Asimismo, Enel posee el 100% de acciones de Enel Energy Europe S.r.L. (en adelante Enel Energy) quien a su vez contaba con el 67.053% de Endesa.
  - o Acciona se dedica a la generación de energía eléctrica y a otros rubros<sup>1</sup>. Esta poseía el 5.018% de las acciones de Endesa y el 100% de las acciones de Finanzas Dos S.A. (en adelante Finanzas Dos), empresa que cuenta con el 20% de las acciones de Endesa.
  - o Endesa es una empresa que participa en el sector eléctrico, gasífero y de aguas. En el Perú tiene el control de:
    - Edelnor, dedicada a la distribución eléctrica
    - Eepsa, empresa dedicada a la generación eléctrica
    - Edegel, dedicada a la generación de electricidad

---

<sup>1</sup>Dentro de sus divisiones se encuentra la División de infraestructura, logística y servicios aeroportuarios, energía, propiedades inmobiliarias, servicios urbanos y medioambientales.

- Chinango S.A.C. (en adelante Chinango), destinada a la generación eléctrica, controlado indirectamente y de manera conjunta con Israel Corp.
- Antes de la operación de concentración, Enel y Acciona controlaban de manera conjunta a Endesa, como resultado del “Acuerdo sobre las acciones de Endesa S.A.”. En efecto, ambas partes formularon una oferta pública de adquisición (OPA) para que, en caso la OPA obtenga un resultado positivo, Acciona pueda transferir a Enel el total de acciones que posee de Endesa.

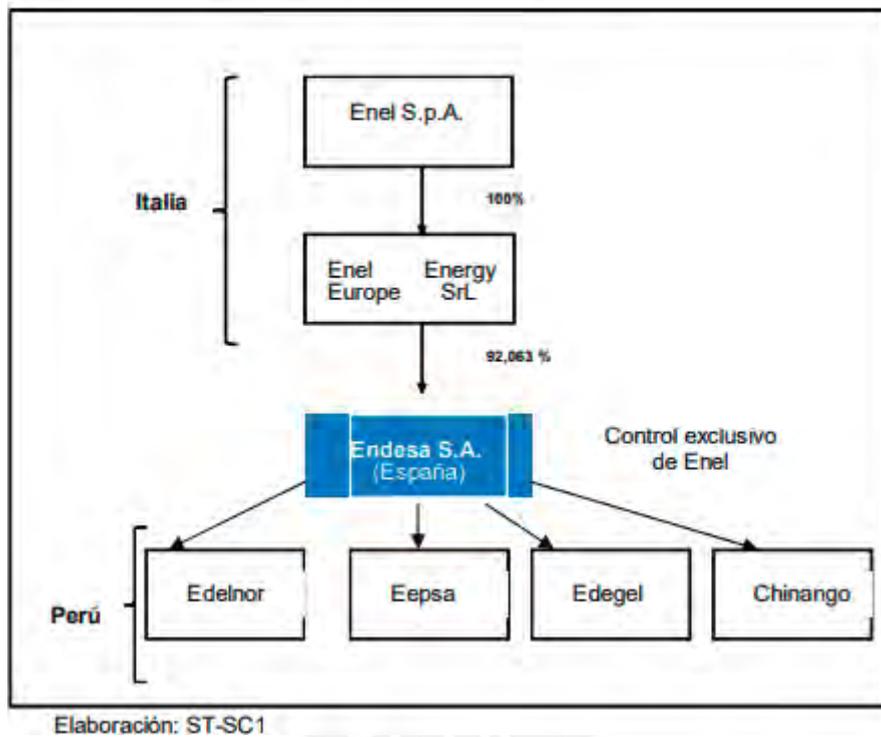


- Posterior a ello, la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España aprobó la OPA el 25 de julio del 2007; en consecuencia, el 20 de febrero de 2009, Enel y Acciona suscribieron en España el “Contrato de compraventa de la acciones y transmisión de activos entre Acciona, Finanzas Dos, Enel, Enel Energy y Endesa” mediante el cual Acciona vendió a Enel el conjunto de acciones que tenía de Endesa.
- Como resultado de dicho contrato se produciría un cambio en la estructura de control de Endesa, siendo que Enel adquiriría el control exclusivo de la misma. De esta manera, Enel presentó la notificación previa el 21 de abril de 2009 para la aprobación del acto de concentración mencionado. Cabe resaltar que la Comisión de Libre

Competencia, tenía como fecha máxima el 16 de julio de 2009 para poder emitir su decisión.

- El 25 de junio de 2009, Enel concretó la compra venta y adquirió las acciones de Acciona sobre Endesa. Esta información fue corroborada por diversos registros que emitió la Comisión Nacional de Mercado de Valores de España. Asimismo, Endesa informó cambios en sus órganos de gobierno ya que los representantes de Enel obtuvieron cargos en reemplazo de los representantes de Acciona. De esta manera, el control de las empresas cambio de la siguiente manera:

**Gráfico 2**  
**Situación después de la operación**



## II.2. HECHOS RELEVANTES DEL CASO

- Tal como se ha descrito, el 21 de abril de 2009 Enel presentó un escrito a la Comisión de Libre Competencia solicitando la autorización para la acción de concentración empresarial en el sector eléctrico y así adquirir las acciones que Acciona S.A. posee en Endesa S.A. Cabe resaltar que, dicha concentración se habría ejecutado el 25 de junio de 2009.

- El 2 de julio de 2009, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia emite el Informe 29-2009/ST-CLC donde se recomienda a la Comisión aprobar la operación de concentración.
- Visto ello y advirtiendo los hechos del 25 de junio de 2009 descritos anteriormente, el 9 de julio de 2009, la Comisión de Libre Competencia, por medio de la Resolución N° 051-2009/CLC, decide iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Enel por no cumplir lo estipulado en el artículo 6 de la Ley 26876 ya que habría hecho efectiva la concentración previamente al pronunciamiento de la Comisión.
- El 16 de julio de 2009, la Comisión de Libre Competencia emitió la Resolución N° 058-2009/CLC a través de la cual se aprobó la concentración solicitada por Enel S.P.A. sustentándose en lo siguiente:
  - o Indica que el control de Enel hacia Endesa no implicaba el ingreso de un nuevo agente al mercado peruano, ni la reducción de ninguno de ellos. Por el contrario, este cambio podía reordenar la estructura interna de control de Endesa. Además, dicha operación de concentración no ocasionaba una ampliación de la concentración en el mercado de venta de energía de generadores a distribuidores.
- El 6 de agosto de 2009, Enel S.P.A. efectuó sus descargos al procedimiento administrativo sancionador:
  - o Señalaron que no se había interpretado bien los artículos 3 y 11 de la Ley ya que, a partir de una interpretación sistemática de los mismos, nos encontramos antes dos supuestos jurídicos distintos ya que, por un lado, se prohíbe la realización o consumación de los actos de concentración sujetos a la ley peruana y, por otro lado, se controlan los efectos que las operaciones de concentración sujeta a ley extranjera pudieran producir.
  - o En ese sentido, al encontrarse en el segundo supuesto, no se puede sancionar el perfeccionamiento del acto jurídico en el extranjero ya que eso significaría aceptar que la Comisión de Libre Competencia tiene alcances extraterritoriales.
  - o En consecuencia, el artículo 6 no es punible para el caso, por la naturaleza extranjera del acto de concentración; así, la correcta interpretación de dicho artículo será punible cuando exista una implementación de los efectos del acto jurídicos.

- Enel no se encuentra en ese supuesto pues, en las empresas peruanas no se ha realizado ningún acto de modificación de órganos administrativos, no se ha alterado la política comercial ni se ha efectuado algún acto que modifique la estructura de control de dichas sociedades.
- Mediante la Resolución N° 001-2010/CLC, la Comisión de Libre Competencia declaró fundado el procedimiento administrativo sancionador en contra de Enel S.P.A. y sancionó a la empresa con una multa de 1000 UIT. Dentro de sus principales fundamentos precisó lo siguiente:
  - Lo que se señala en el artículo 9 de la Ley no colisiona con el principio de territorialidad debido a que en el caso de los actos de concentración los efectos de dichas operaciones son inmediatos en todos los lugares en los que se concentre la operación directa o indirectamente.
  - Por lo tanto, se había confirmado la acción de concentración por los hechos realizados el 25 de junio de 2009, y ello contraviene lo señalado el artículo 6 de Ley 26876 ya que se realizó antes de la emisión de la decisión de Comisión. Asimismo, este artículo evalúa como supuesto la mera realización del acto de concentración y no evalúa los efectos.
  - Justifica la multa impuesta por haber sido realizada con intención y por encontrarse dentro del supuesto estipulado en el segundo párrafo del artículo 6 mediante el cual sanciona a aquellas empresas que, previo a la resolución, llevan a cabo la acción de concentración.
- El 4 de febrero de 2010, Enel S.P.A. apeló la decisión de la Comisión, siendo que el expediente es elevado a segunda instancia, la Sala de la Defensa de la Competencia N°1. En dicho escrito señaló lo siguiente:
  - La Comisión estaría incurriendo en un error al indicar que el perfeccionamiento del acto jurídico tiene efectos inmediatos. En ese caso, la Comisión debió analizar los efectos de esta operación de concentración y advertir que las operaciones de Enel no han desplegado ningún efecto en territorio peruano.
  - La Comisión ha impuesto una multa desproporcionada y no ha tenido en consideración los criterios señalados por el artículo 230 de la LPAG.
- Finalmente, mediante la Resolución N° 0794-2011/SC1-INDECOPI se confirma la resolución de primera instancia en el extremo de haberse realizado el acto de

concentración. Asimismo, se declaró nula lo declarado por la primera instancia respecto a la multa de 1000 UIT, fijando la nueva multa en 100 UIT.

- La Sala señala que se ha corroborado que el solo hecho de realizar la concentración produjo efectos, ello se verifica a través de la modificación en la estructura de las empresas que Endesa posee en el Perú.
- Sobre que no se hayan efectuado actos que revelen el ejercicio del control adquirido se precisa que esto no implica que Enel no tenga las facultades de realizar dichos actos, lo cual es un reflejo de la operación de concentración.
- Coincide en que la Comisión no realizó una buena aplicación de los criterios para la aplicación de la multa ya que solo tuvo en consideración si Enel tuvo la intención o no de realizar la infracción. Así teniendo en cuenta lo indicado por el artículo 230.3 de la LPAG la Sala decidió imponer una multa de 100 UIT.



### III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS JURÍDICOS

**Problema jurídico principal 1:** ¿Los actos de concentración perfeccionados en el extranjero se encuentran en el ámbito de aplicación de la Ley 26876?

- 1.1. ¿Qué es un acto/operación de concentración? ¿Qué es el control?
- 1.2. ¿Qué es el principio de territorialidad de las normas?
- 1.3. ¿Qué es la teoría de los efectos y cuál es su relación con los actos de concentración realizados en el extranjero?

**Problema jurídico principal 2:** ¿La comisión de Libre competencia era competente para iniciar el procedimiento administrativo sancionador contra Enel?

- 2.1. ¿Qué es el procedimiento administrativo sancionador?
- 2.2. ¿Cuál es la potestad sancionadora de la Comisión de Libre Competencia?

**Problema jurídico principal 3:** Sobre la infracción de Enel y la sanción impuesta ¿está correctamente tipificado el artículo 6 de la Ley? ¿se cumplió con el principio de razonabilidad y los criterios establecidos por la LPAG?

- 3.1. ¿Qué es el principio de tipicidad? ¿El artículo 6 de la Ley lo vulnera?
- 3.2. ¿Qué es el principio de razonabilidad? ¿Se aplicaron bien los criterios del artículo 230 de la LPAG?
- 3.3. ¿Cuál es el criterio de sanción actual establecido en la Ley 31112?

## **IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA**

### **IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios**

En primer lugar, sobre el primer problema jurídico, la respuesta preliminar consiste en confirmar que la Ley 26876 si puede pronunciarse sobre los actos de concentración que se haya desarrollado en el extranjero. Ello se debe a que, a partir de la teoría de los efectos, la Comisión puede pronunciarse sobre aquellos actos de concentración que tengan efectos en el territorio peruano.

En segundo lugar, sobre la competencia de la Comisión de Libre Competencia, consideramos que, en el caso en concreto, se omitió cumplir con los caracteres del proceso administrativo sancionador, en específico el que precisa que debe existir una fase instructora, siendo esta la Secretaría Técnica de la Comisión. Por lo tanto, Enel pudo haber solicitado la nulidad de la Resolución que apertura el procedimiento administrativo sancionador.

Por último, respecto a la infracción tipificada en el artículo 6 de la Ley, si bien es cierto que la infracción en concreta cometida por Enel es clara, al hacer una lectura del artículo en su conjunto se advierte que, si puede existir confusión por la similitud de algunos supuestos, por lo que se propone una lectura del artículo de tal manera que se cumpla con la finalidad del procedimiento. Asimismo, sobre el principio de razonabilidad, este si se ve afectado tanto en la primera instancia al imponer una multa desproporcionada y, en la segunda instancia, al imponer una multa poco significativa.

### **IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución**

Sobre la resolución final del expediente, la posición que mantengo es que esta resolución ha establecido un parámetro importante sobre la teoría de los efectos ya que la Comisión de Libre Competencia se pronuncia sobre un acto de concentración realizado en el extranjero. Por lo tanto, es un expediente que debe ser relevante para posteriores decisiones que pueda tomar la Comisión. Del mismo modo, permite un análisis sobre la separación de funciones de los órganos de la agencia de competencia y, sobre la multa impuesta por la segunda instancia, considero que continúa vulnerando el principio de razonabilidad al igual que la decisión de primera instancia.

## V. ANÁLISIS SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

### VI. ¿Los actos de concentración perfeccionados en el extranjero y sujetos a ley extranjera se encontraban en el ámbito de aplicación de la Ley 26876?

En la presente sección abordaremos cuándo nos encontramos ante un acto de concentración según la normativa peruana y jurisprudencia que ha emitido anteriormente el Indecopi y en qué momento se concreta la misma. Asimismo, para poder definir este concepto también será necesario explicar qué se entiende por control.

Luego de ello, procederemos a analizar el principio de territorialidad de las normas, el cual es relevante ya que uno de los argumentos de la denunciada es que dicho principio estaría siendo vulnerado debido a que el acto de operación no se realizó en el territorio peruano, sino que fue perfeccionada en el extranjero y bajo ley extranjera.

Finalmente, conceptualizaremos la teoría de los efectos o “*effects doctrine*”, concepto que servirá para explicar cómo la Comisión si puede pronunciarse sobre un acto ocurrido en el extranjero con efectos en territorio peruano.

#### V.1.1. ¿Qué es un acto/operación de concentración? ¿Qué es el control?

Tal como señalamos en los antecedentes, la Ley 26876 únicamente regulaba los actos de concentración en el sector eléctrico. En ese sentido, en el artículo 2 de dicha norma 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.

De la misma manera, el artículo 2, inciso k, del Reglamento también se refiere a los actos de concentración señalados en la Ley, precisando que se entiende como operación de concentración a todos los actos mencionados en el artículo 2 de la Ley. En ese sentido, podemos advertir que, tanto en la Ley como en el Reglamento, los términos “acto” y “operación” se refieren al mismo concepto.

A partir de la lectura conjunta de estos artículos podemos identificar que estamos ante un acto/operación de concentración cuando exista una 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. Por otro lado, el artículo en cuestión indica que la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector u 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 agentes económicos también son consideradas como actos de concentración

Para efectos del presente análisis, solo nos enfocaremos en el primer supuesto, es decir, que nos encontraremos ante un acto de concentración cuando se confiera el control directo o indirecto de una empresa. En efecto, el artículo 2 de la Ley, nos da algunos ejemplos de cuáles son algunos de estos actos de concentración, tales como la fusión, la constitución de una empresa en común, los “joint venture”, entre otros.

La doctrina al respecto señala que las operaciones de concentración comprenden que dos empresas, que antes eran autónomas, pasen a ser del mismo grupo empresarial o se fusionen (Coloma, 2018). Igualmente, Manóvil señala al respecto que la realización de concentraciones empresariales busca que se conformen empresas más grandes a partir de integración de empresas independientes (1998).

La Comisión de Libre Competencia, por su parte, en la Resolución N° 082-2009/CLC-INDECOPI, advierte que, tal como ha sido reconocido en diversos pronunciamientos, un efecto de los actos de concentración es que se produzca una modificación permanente de las estructuras de control de las empresas participantes<sup>2</sup>. De esta manera, indica que los actos de concentración tendrán como consecuencia conseguir el control de una empresa sobre otras, siendo que estas transacciones pueden ser fusiones, absorciones o cualquier acto que tenga como resultado la obtención del control.

---

<sup>2</sup>Resolución N° 082-2009/CLC-INDECOPI. Fundamento 9.

Es preciso señalar que existen distintos tipos de concentraciones; a saber, en el Reglamento se hace referencia a dos de ellas: la concentración horizontal y vertical. Así, la concentración horizontal será aquella operación en la que las empresas solo se dediquen a una actividad, ya sea la de generar, transmitir o distribuir electricidad. Por otro lado, la concentración vertical, será aquella operación en la que se encuentren empresas que lleven a cabo más de una de las acciones mencionadas.

En ese mismo orden de ideas, la doctrina indica que existe una concentración horizontal cuando existan dos o más empresas que estén en un mercado idéntico y que los bienes o servicios que generan sean iguales o semejantes (Olivos 2012, p. 97). Con respecto a las concentraciones verticales, Olivos indica que estas producen un adhesión descendente o ascendente entre empresas que se encuentran en diferentes fases del ciclo de producción (2012, p. 97).

En el caso que venimos analizando, estamos ante una concentración horizontal; en efecto, las empresas involucradas en el caso competían en el mismo mercado (sector eléctrico) y ambas estaban dedicadas a la generación eléctrica. En ese sentido, Enel solicitó la adquisición de todas las acciones de Endesa que se encontraban a titularidad de Acciona, ello haría que Enel tenga el control total de Endesa, efectuándose así un acto de concentración horizontal ya que hay una modificación en la estructura de la industria de generación eléctrica.

Teniendo claro a qué nos referimos cuando hablamos de concentración y qué tipo de concentración es materia de nuestro análisis, es preciso hablar sobre otro concepto relevante en el estudio de las concentraciones. Como se ha afirmado antes, existirá una concentración cuando se confiera el control directo o indirecto de una empresa.

La Comisión de Libre Competencia en su jurisprudencia, cuando se encontraba en vigencia la Ley 26876, al mencionar el término de control hace referencia al concepto que se da en la Resolución SBS N° 001-98, derogada por Resolución SBS 445-2000. Esto en atención del artículo 37 de la Ley 26876, que se precisa que se puede hacer uso de las nociones incluidas en esta última Resolución. Así, el artículo 9 de esta Resolución precisa que se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica.

Este mismo artículo precisa que se debe entender por control directo e indirecto. Por un lado, existirá un control directo cuando solo una persona cuenta con más de la mitad del poder de voto en la junta general de una empresa. Por otro lado, el control será indirecto cuando una

persona designa, remueve o veta a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, y, de esta manera, cuenta con la mayor cantidad de los votos en las sesiones del directorio, a pesar de que no poseer más de la mitad del poder de voto de la junta general.

Si bien es cierto que la Ley N° 28676 no contemplaba en su redacción el concepto de control, en la legislación actual, Ley N° 31112, en el artículo 3, inciso 2 se determina que este otorga la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico. Este control puede ser ejercido por el uso de derechos, activos, contratos, los cuales dan las facultades necesarias para aplicar esta influencia decisiva y continua tanto a la estructura como a las decisiones que se tomen dentro de la sociedad.

Del mismo modo, la Comisión de la Unión Europea precisa que existen dos formas de control. El control exclusivo se dará cuando “una empresa en solitario puede ejercer influencia decisiva sobre otra empresa” (2008, p. 16) y el control conjunto existirá “cuando dos o más empresas o personas tiene la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa” (2008, p. 17).

Esta clasificación se ha venido dando en pronunciamientos de la Secretaría Técnica y de la CLC, así en la Resolución N° 034-2014/CLC-INDECOPI se considera control exclusivo cuando exista solo un accionista, mientras que en control conjunto podremos encontrar a más de un accionista.

Dentro de este marco, el acto de operación que venimos analizando es un control directo debido a que Enel es quien ejerce más de la mitad del voto de poder en Endesa, luego de haber adquirido las acciones que Acciona poseía sobre esta última empresa. Así Enel pasó de tener un 67.035% de participación a un 92,063%, es decir, Enel, a través de esta operación de concentración obtuvo casi la totalidad de control de Endesa. A partir de lo último mencionado también podemos concluir que el control pasó de ser un control conjunto a un exclusivo.

#### V.12 ¿Qué es el principio de territorialidad de las normas?

Respecto a este principio, en el presente caso, el acto de concentración fue perfeccionado en el extranjero y se realizó bajo ley extranjera; en ese sentido, se argumenta que la decisión de la Comisión de Libre Competencia tendría alcances extraterritoriales pues se estaría pronunciando sobre un acto que ha sido concretizado en el extranjero.

A partir de ello, precisaremos qué es el principio de territorialidad y qué es el territorio, para luego identificar si efectivamente la Comisión tiene alcances extraterritoriales. En ese sentido, debemos indicar que el territorio forma parte de los tres elementos constitutivos del Estado junto a la población y el poder; es decir que sin el territorio no tendríamos un Estado. Por su lado, Burgoa (1983) señala que cuando hablamos de territorio nos referimos al espacio donde se ejerce el poder estatal (p.158). Así, según el mencionado autor, el territorio será el espacio donde el poder público estatal es realizado través de funciones legislativas, administrativas o jurisdiccionales (p. 159). De la misma manera, el establecimiento del nexo entre una conducta delictiva y la jurisdicción estatal será determinada por el territorio (Corzo y Corzo, 2008).

En ese orden de ideas, el principio de territorialidad “establece el ámbito en el que se conforma y se consolida el poder soberano” (Agudo, 2018, p. 161); asimismo, este principio significa que “el Estado aplica su jurisdicción dentro de su territorio” (Corzo y Corzo, 2008, p.37). Al respecto, Jellinek sobre la significación jurídica de territorio indica que se exterioriza de una manera negativa y positiva. La negativa sucede cuando se prohíbe que cualquier otro poder que no esté sujeto al Estado ejerza funciones de autoridad sin autorización expresas, mientras que la positiva se da cuando las personas que se encuentran dentro del territorio están sometidas al poder del Estado (2000, p. 368).

Por lo tanto, podemos indicar que este principio establece que el Estado solo podrá ejercer sus normas dentro de su territorio y no en otros ámbitos ajenos a su jurisdicción. Sobre el caso en cuestión, Enel en el contrato de compraventa de acciones a Acciona, en la cláusula 17.1. señalaron que dicho contrato se regirá íntegramente por la ley común española. De la misma manera, en la cláusula 9 indicaron que solicitarán las autorizaciones a las autoridades competentes de Defensa de la Competencia nacionales o comunitarias que fueran necesarias. Al respecto, la denunciada en su escrito de contestación del proceso administrativo sancionador precisa que al indicar normas “comunitarias” se refería a las normas de la Unión Europea.

Por todo lo sostenido en los párrafos anteriores y a la luz de las cláusulas del contrato de compraventa entre Enel y Acciona podemos afirmar, hasta este punto, que la Comisión de Libre Competencia de Indecopi no tendría competencia para pronunciarse sobre el acto de concentración.

No obstante, ante un mundo globalizado en el cual hay una internacionalización de las relaciones, según Ragazzi, la territorialidad afecta a las decisiones administrativas de algunos órganos competentes del Derecho de competencia ya que las decisiones no gozan de eficacias más allá del territorio donde se dictaron, y no despliega efectos en países extranjeros, lo cual llega ser un inconveniente al momento de proteger la seguridad jurídica y de impedir situaciones que sean válidas en un país, pero no lo sean en otro (2017, p. 8).

Del mismo modo, es preciso señalar que este principio de territorialidad no es absoluto, sino que admite modulaciones ya que nos encontramos ante una apertura de la circulación territorial de personas y bienes dentro de un entorno globalizado (Vaquer, 2017, p. 1920). Ahora bien, esto no significa que el principio de territorialidad no esté vigente, sino que este es una unidad crecientemente porosa, así la soberanía de los Estado cede peso (Vaquer, 2017, p. 1931)

Teniendo todo esto claro, y precisando que este principio puede tener modulaciones, procederemos a analizar la teoría de los efectos para identificar si la Comisión a partir de esta figura si podría pronunciarse sobre el acto de concentración entre Enel y Acciona.

### V.13. ¿Qué es la teoría de los efectos y cómo se aplica en este caso?

La teoría de los efectos ha sido un concepto que se ha visto en doctrina y en diversa jurisprudencia internacional. Esta teoría se ha desarrollado principalmente en el derecho antitrust de Estados Unidos; asimismo, la Comisión Europea se ha pronunciado al respecto.

Sobre este último punto, la Comisión Europea hace referencia a esta teoría en su Reglamento 139/2004, Reglamento sobre el control de las concentraciones entre empresas. Así en su punto 8 indica que las disposiciones del Reglamento se aplican a las modificaciones estructurales importantes cuyo efecto en el mercado se extienda más allá de las fronteras nacionales de un estado miembro. Del mismo modo, en el punto 15 del mismo, se precisa que un Estado miembro puede remitir a la Comisión Europea una concentración que no tenga dimensión comunitaria pero que afecte el comercio entre los estados miembros y amenace la competencia de forma significativa en su territorio, esto quiere decir que, también se puede aplicar la teoría de los efectos en operaciones de empresas no constituidas en el territorio comunitario, siempre que ésta perjudique sustantivamente el mercado.

Un caso que ya ha sido resuelto por la Comisión Europea es el caso Gencor Ltd y Lonrho Plc (asunto IV/M.619) en el que dos empresas que se desarrollaban en los sectores mineros y

metalúrgicos, ambas sociedades sudafricanas, querían realizar un acto de concentración en el mercado europeo; sin embargo, esta operación podría ocasionar efectos anticompetitivos y se rechazó la operación.

Por otro lado, este criterio también ha sido aceptado de forma generalizada en el Derecho de la Competencia y es Estados Unidos quien cuenta con amplia jurisprudencia al respecto; así, acorde a la doctrina de los efectos cualquier acto realizado en el extranjero que afecte el comercio interestatal o extranjero de los Estados Unidos, estará sujeto a las leyes antitrust, independientemente de la nacionalidad de las partes o el lugar donde ocurrió el acto (Samie, 1981, p. 59).

Al respecto, existe un caso importante en el que se hace referencia a la teoría de los efectos que es el *United States v. Aluminun Co. of America* o también conocido como el caso Alcoa. Este caso trató sobre un cartel de aluminio donde los tribunales estadounidenses indicaron que no se utilizaría el principio de territorialidad y el juez Hand justificó la jurisdicción en base a que el acuerdo tenía efectos y estaba destinado a tener efectos en el comercio interestatal y extranjero de los Estados Unidos (Sornarajah, 1982, p. 133). De la misma manera, el juez puntualiza que cuando un estado advierta que se han realizado conductas fuera de su territorio pero que irradian efectos en el mismo, se puede imponer responsabilidades (Alford, 1992, p. 8). Así, la teoría de los efectos o “effects doctrine” permite el ejercer potestades sobre las actividades que realicen extranjeros que produzcan efectos económicos en el territorio (Lowe, 1989, p. 9).

Dentro de este marco, es necesario indicar que, a través de otros casos, se determinó qué características debía tener el efecto para ser considerado como tal y para que pueda ejercer la jurisdicción. En efecto, en el *United States v. General Electric Co.* la Corte señaló que los efectos debían ser directos y significantes (Samie, 1982, p. 26). Asimismo, se puede tomar como referencia la Comunicación de la Comisión Europea sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia en la que se precisa que una autoridad, en caso de que una concertación tenga efectos reales o previsibles, directos y sustanciales sobre su territorio, la autoridad tendrá la capacidad de gestionar acciones respecto de ello; del mismo modo, se señala que para tener esta potestad se debe haber un vínculo cierto entre la infracción y el territorio de un Estado (2004, p. 44).

A partir de todo lo mencionado podemos afirmar que si una conducta tiene efectos en el territorio es posible aplicar la normativa de este y pronunciarse respecto a dicha conducta. En otras palabras, los Estados podrán manifestarse sobre algún hecho, aun cuando se de en el extranjero siempre que existan efectos en el territorio. Por lo tanto, la teoría de los efectos permitirá que se puedan reprimir las conductas anticompetitivas que afecten el territorio nacional, a pesar de que estas se hayan dado en el extranjero.

Teniendo en cuenta todo lo mencionado, volviendo al caso de análisis, podemos afirmar que, a partir de esta teoría, la Comisión de Libre Competencia tenía las facultades necesarias para pronunciarse sobre el acto de concentración ya que esta iba a tener efectos en nuestro territorio.

Cabe resaltar que el pronunciamiento de esta entidad no es sobre la validez o eficacia del acto jurídico, sino que está basado en los efectos que dicha conducta puede tener en el territorio peruano, así la Comisión puede pronunciarse y poner sanciones a empresas extranjeras cuando exista un agravio en la competencia.

Por otro lado, el Indecopi, en materia de libre competencia, en la Resolución N°043-2004-INDECOPI/CLC se había pronunciado sobre la capacidad de sanción que tenía la Comisión para pronunciarse sobre la comisión de prácticas anticompetitivas de empresas transnacionales que puedan tener efectos dentro del territorio nacional. Así, la CLC advirtió que esta teoría indica que, para usar las normas de defensa de la competencia, no es trascendental identificar el lugar donde las empresas producen sus actividades o donde se hayan constituido, sino lo relevante es que, producto del comportamiento que tengan estas sociedades, se generen efectos reales o potenciales en el mercado.

De esta manera, esta Resolución señala que “la aplicación de la legislación sobre la libre competencia centra el análisis en el ámbito geográfico sobre el cual pueden tener efectos restrictivos o dañinos las practica o actos que realicen las empresas, independientemente de que sean nacionales o extranjeras”. Por lo tanto, se debe hacer énfasis en analizar los efectos de los actos de concentración más que concentrarnos en donde se ha realizado la conducta del denunciado.

Retomando el análisis del caso en cuestión, cabe señalarse que la Ley 26876 recoge la teoría de los efectos en el artículo 9, así precisa que dentro del ámbito de la Ley se considerarán las operaciones de concentración que, si bien se han efectuado en el extranjero, involucran a

empresas que llevan a cabo alguna actividad vinculada a la energía eléctrica en el Perú, siendo que puede realizarse ello de manera directa o indirecta.

Recordemos que Endesa realizaba actividades de generación eléctrica en el Perú a través de Eepsa y Edegel, y distribución de energía a través de Edelnor. Por lo tanto, el hecho de que Enel obtenga el control completo de Endesa a partir de la adquisición de las acciones que Acciona tenía sobre ella tenía efectos directos en estas tres empresas que operaban en el Perú, y efectos indirectos en Chinango s.a.c. la cual era controlada por Edegel e Isarel Corp.

Tomando en consideración las características de los efectos que brindan la Comisión Europea si podemos afirmar que estos eran reales, directos y sustanciales ya que Edegel y Eepsa contaban, en el año 2008, con participaciones del 19.56% y 4.63% respectivamente dentro del mercado de empresas generadoras de electricidad; del mismo modo, Edelnor tenía una participación del 29.4% dentro del mercado de empresas distribuidoras de electricidad, siendo la segunda empresa con mayor participación. En ese sentido, los efectos respecto al cambio de control de Endesa si eran sustanciales pues se otorgaba a Enel el control exclusivo de dicha empresa y también era directo sobre las tres empresas que controla Endesa.

Además, la Comisión, y teniendo en cuenta la teoría de los efectos, viéndose comprobado que este acto de concentración ha tenido efectos en el territorio peruano, puede evaluar esta operación. Así, la Resolución N° 0794-2011/SC1-INDECOPI, resalta que implementar esta teoría no significa que la autoridad nacional, en este caso, la Comisión de Libre Competencia, tenga competencia extraterritorial, sino que los países afectados por estas operaciones tengan la capacidad de evaluar las conductas que tengan algún impacto en su territorio, sin que se analice el efecto que pueda tener este acto en otros países. La Comisión en ese caso no se pronuncia por si se debió aprobar o no la operación en otro país, sino que solo evalúa los efectos.

A modo de comentario, consideramos que se podrían adoptar otras figuras a parte de la teoría de los efectos para cuando las autoridades de competencia tengan que analizar algún acto de concentración. En el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el gobierno de Estados Unidos de América sobre la observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia, se hace mención a la cortesía positiva. En el artículo III de este acuerdo se precisa que las autoridades en materia de competencia de la parte que se vea afectada por actividades anticompetitivas desarrolladas en el territorio de la otra parte podrá

solicitar la investigación y, si está justificado, que pongan remedio a las actividades anticompetitivas.

## **V2 ¿La comisión de Libre competencia era competente para iniciar el procedimiento administrativo sancionador contra Enel?**

En la siguiente sección analizaremos la competencia de la CLC para iniciar el procedimiento administrativo sancionador a Enel. De esta manera, empezaremos definiendo que es el procedimiento administrativo sancionador a través de la doctrina.

Luego de ello, analizaremos cuales son las funciones que cumple la Comisión y cuáles son las de la Secretaría Técnica. Así marcaremos una diferencia entre las funciones de ambas y ahondaremos más en si la Comisión era el ente adecuado para iniciar el procedimiento administrativo sancionador bajo la legislación del Indecopi.

### **V2.1. ¿Qué es el procedimiento administrativo sancionador?**

Para realizar un análisis adecuado, resulta fundamental delimitar el concepto de procedimiento administrativo sancionador. El TUO de la LPAG establece el régimen general de la potestad sancionadora. En específico, el artículo 249 señala que las autoridades administrativas podrán ostentar esta facultad sancionadora siempre que esta haya sido conferida expresamente por mandato de ley o reglamentos

El reconocido jurista Cano respecto al procedimiento administrativo sancionador indica que las infracciones administrativas deben estar tipificadas con anterioridad para que la Administración pueda ejercer esta potestad con la finalidad de evitar e impedir que los particulares contravengan a lo indicado por el ordenamiento jurídico, así, esta atribución se materializa a través de la aplicación de sanciones (1995, p. 1).

En esa línea, si bien es cierto que no existe un reconocimiento a nivel constitucional expreso, esto no implica un desconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración. Al respecto el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp N° 1654-2004-AA/TC, precisa que esta facultad sancionadora se exterioriza mediante la imposición de sanciones, en ese sentido, el ejercicio de este poder debe obedecer a lo que esté mandado en la Constitución, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. En efecto, la potestad sancionadora es un complemento a la potestad pública como el Poder de policía y el ejercicio de la función pública (Zegarra 2018, p. 105)

Asimismo, Nieto García, manifiesta que, así como el poder jurisdiccional que tiene en el derecho penal forma parte del ius puniendi del Estado, también lo hace la potestad administrativa sancionadora (2012, p. 46)

Cabe resaltar que, el ius puniendi del Estado se divide en dos manifestaciones: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. La diferencia es que, en el primer caso, se velan por bienes jurídicos de libertad, penas gravosas y hablamos de delitos. Sin embargo, en el segundo caso, nos encontramos ante conductas menos gravosas y nos referimos a lo que son infracciones. No obstante, estas dos manifestaciones dependerán del criterio de la política legislativa pues será el legislador quien decida si algo será concebido como una cuestión penal o si se dirigirá a la rama administrativa.

Por otro lado, el artículo 248 del TUO de la LPAG indican los principios de la potestad sancionadora los cuales están inspirados en el derecho penal y han sido legalmente adoptados al tema sancionador administrativo con la matizaciones y adaptaciones correspondientes (Danós, 2005, p. 598). Estos son (i) legalidad, (ii) debido procedimiento, (iii) razonabilidad, (iv) tipicidad, (v) irretroactividad, (vi) concurso de infracciones, (vii) continuación de infracciones, (viii) causalidad, (ix) presunción de licitud, (x) culpabilidad y (xi) non bis in ídem.

#### V22 ¿Cuál es la potestad sancionadora de la Comisión de Libre Competencia?

Como se anotó en lo precedente, la potestad sancionadora de Indecopi debe haberse dado expresamente por disposición legal o reglamentaria. En ese sentido, en el Reglamento de la Ley 28676, en su artículo 30, advierte que la Secretaría, con la conformidad que le de la CLC, puede abrir una investigación en contra de los agentes económicos que sean parte de un acto de concentración.

En igual forma, el artículo 39, va por la misma línea precisando que la Secretaría Técnica es el órgano que puede comenzar una investigación de oficio o a solicitud de parte. Del mismo modo, en el artículo 11 de la Ley se advierte que serán aplicables a los procedimientos, en este caso al procedimiento administrativo sancionador, los conceptos, facultades, apremios y responsabilidades contenidas en los Decretos Legislativos N° 701 y N° 801. Así, el artículo 15 del D.L. N° 701, decreto que estuvo vigente hasta el 2008, precisaba, en el título V, lo mismo que el artículo 30 del Reglamento sobre que, con la aprobación de la CLC, la Secretaría tenía la potestad de aperturar los procesos sancionadores siempre que hayan pruebas que indiquen una vulneración a las normas.

Sin embargo, tal como acabamos de señalar, el este decreto fue derogado por el Decreto Legislativo N° 1034, el cual se encontraba vigente al momento de realizarse los hechos del presente caso. En este mismo orden de ideas, el D.L.N° 1034 no establece algo distinto a lo ya enunciado por su norma predecesora, así, advierte que una atribución de la Secretaría Técnica es iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas e instruir el procedimiento sancionador realizando investigaciones y actuando medios probatorios. Específicamente, en el artículo 18 resalta esta facultad otorgada a la Secretaría pues incide en que la investigación y sanción se realizará por parte de este órgano y será de acción de oficio.

Por otro lado, el Decreto Legislativo N° 801 fue derogado mucho tiempo antes de que se desarrolle el caso de análisis. No obstante, en el artículo 44, del Decreto Legislativo N° 1033, norma que regula las funciones que tiene el Indecopi al igual que el decreto antes señalado, indica que una de las funciones de la Secretaría Técnica es instruir y tramitar los procedimientos administrativos seguidos ante las Comisiones, para que, de esta manera la Comisión emita una resolución a partir de todas las pruebas, investigaciones y/o información que haya podido recoger la Secretaría. Además, en el artículo 21, se precisa que la CLC es quien dirime en primera instancia administrativa los procesos de su competencia e imposición de sanciones, entre otros.

A partir de lo señalado podemos identificar que las funciones de la Secretaría y de la Comisión son distintas y se realizan en distintas etapas. Es así que la Secretaría es la que inicia la investigación y es la Comisión la que toma la decisión final en la resolución de primera instancia.

Por otro lado, esta distribución de funciones contaba con fundamento en el TUO de la LPAG. En el 2009, en el artículo 234 se mencionaba los caracteres del procedimiento administrativo sancionador. Uno de ellos es que, para el ejercicio de esta potestad sancionadora, el procedimiento debía diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción, cuando la organización de la entidad lo permita.

En este caso, la organización de la Comisión si establecía y permitía esta diferencia. Tal como hemos analizado y precisado en los artículos precedentes, las funciones que se distribuyen entre ambos órganos son diferentes y la organización que se tiene de la entidad reguladora

permitía esto; además, estaba amparada en estas normativas. Sin embargo, en la Resolución 051-2009/CLC-INDECOPI, se puede observar que quienes toman la decisión de iniciar el procedimiento administrativo sancionador contra Enel son los miembros de la Comisión mas no la Secretaría Técnica. Esta situación ya había sido advertida anteriormente pues en la exposición de motivos de la Presidencia del Consejo de Ministros, se señaló que en la práctica la Comisión es quien inicia la investigación y la que imputa cargos; en efecto, señalan que para que existan mayores garantías al derecho de la defensa dentro de este procedimiento, debe requerirse que la fase instructora la realice la Secretaría; de esta manera, la CLC no va a tener ninguna influencia al momento de resolver la controversia de si hubo una infracción (2008, p. 8).

En la misma línea, Doménech indica que esta separación “trata, en definitiva, de evitar que la objetividad – o, como a veces se dice, la ‘imparcialidad objetiva’- del juzgador se vea menoscabado por los prejuicios que casi inevitablemente engendra la actividad instructora” (2005, p.5). Esto quiere decir que se busca que el criterio y la decisión de la Comisión sea independiente de lo que pueda haber precisado la Secretaría Técnica; en todo caso, la separación se aplica con la finalidad de reforzar la independencia del órgano instructor y que la decisión del órgano sancionador se dé a partir del contradictorio que se ha generado ente el investigado y el instructor (Huapaya y Alejos, 2019, p. 60).

Esta separación es importante porque busca que cada parte, en este caso la Secretaría y la Comisión, tengan objetividad y que la decisión que tome esta última no se vea influenciada por la primera. De este modo, el Tribunal Constitucional, en la resolución del Expediente N° 1873-2009-PA/TC, también precisa que en lo posible se debe respetar imparcialidad e independencia dentro de estos procedimientos para que la función sancionadora desempeñada por la administración, en este caso Indecopi al ser la agencia de competencia, cumpla con garantías suficientes para los investigados.

Por consiguiente, Enel pudo haber cuestionado que el inicio del procedimiento sancionador haya sido impulsado por la Comisión de Libre Competencia. En efecto, a partir de ello, se advierte una clara transgresión al principio del debido procedimiento pues, tal como está indicado en el Título Preliminar de la LPAG, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, esto quiere decir que se deben cumplir todas las fases procedimentales que exige la ley. En ese sentido, al no cumplir obligatoriamente con las características del procedimiento sancionador, precisadas en el

artículo 234, sobre la separación de la fase instructora y fase resolutive, hubo una ausencia de garantías para el investigado.

Por último, es conveniente acotar que la normativa vigente ha cambiado respecto a cómo se debe llevar a cabo el procedimiento sancionador, lo cual hace que haya una mayor diferenciación entre la fase instructora y la fase resolutive. Así, en el artículo 255 del TUO, inciso 5, se enuncia que la autoridad instructora, en este caso la Secretaría Técnica debe elaborar un informe final de instrucción en el que expongan las conductas que puedan considerarse como una infracción administrativa.

Ahora bien, la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N°1272, que modifica la Ley N° 27444, indica que con esta modificación se busca evitar que se confunda la comprensión del trámite dentro del procedimiento sancionador (2016, p. 54). Así también se respeta el derecho a la defensa del administrado pues se le da un plazo de 5 días para que efectúa sus descargos.

En igual forma, sobre los principios de la potestad sancionadora, respecto al principio del debido procedimiento, se señala que los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas. En efecto, “se ha incorporado – como parte del debido procedimiento – la garantía que todo procedimiento sancionador se conduzca habiendo diferenciado estructuralmente entre la autoridad instructora y la autoridad sancionadora” (Huapaya y Alejos 2019, p. 57).

Teniendo en cuenta lo mencionado, en la actualidad y a la luz de la normativa vigente, si un procedimiento administrativo sancionador sería iniciado por la Comisión en vez de la Secretaría Técnica, se puede solicitar la nulidad del acto bajo el mismo argumento de la vulneración del principio del debido procedimiento. La diferencia radica en que, al momento de ocurridos los hechos del presente caso, esta diferenciación de las fases no estaba tan explícita en la norma y tampoco formaba parte del principio del debido procedimiento explícitamente como lo está ahora. Además, en la normativa actual si se cuenta con el informe final de instrucción.

**V3. Sobre la infracción de Enel y la sanción impuesta ¿está correctamente tipificado el artículo 6 de la Ley? ¿se cumplió con el principio de razonabilidad y los criterios establecidos por la LPAG?**

Por último, en los siguientes párrafos analizaremos la infracción que fue objeto de análisis en el Expediente N°010-2009/CLC. Así en el primer punto conceptualizaremos el principio de tipicidad y veremos si el artículo que de la Ley 26878 cumplía correctamente con dicho principio. Este análisis es fundamental para sustentar si la Comisión adoptó una decisión correcta al momento de resolver el caso.

En el segundo punto, identificaremos el principio de razonabilidad y donde lo encontramos en nuestro ordenamiento peruano, indicando sus conceptos y características. Teniendo en cuenta ello, ya lo mencionado en la LPAG, veremos si la sanción interpuesta por la Comisión de Libre Competencia estuvo respetando dicho principio.

En el tercer punto, teniendo en cuenta que, al momento de realizarse los hechos, la legislación vigente era distinta, expondremos cuales son los criterios que se han adoptado actualmente en la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

**V3.1. ¿Qué es el principio de tipicidad? ¿El artículo 6 de la Ley lo vulnera?**

El principio de tipicidad es uno de los principios de Derecho Administrativo Sancionador. Este consiste en que tanto las conductas como las sanciones estén previamente establecidas en la normativa, siendo las cosas así, se puede prever con seguridad el efecto del actuar de los administrados (Ramírez, 2011, p. 39). De la misma manera, en el momento en el que se realizaron los hechos, el principio de tipicidad se encontraba tipificado de la siguiente manera, en el artículo 230, inciso 4 de la Ley 27444:

**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 constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

En la doctrina se señala que la importancia de este principio radica en que este determina las reglas que se deben aplicar cuando se tipifican las conductas infractoras; además, puntualiza

que un régimen de infracciones administrativas conforme a ley debe garantizar el pleno ejercicio de la potestad sancionador por parte de la administración (Rojas, 2020, p. 236).

Cabe resaltar que este principio no es igual al principio de legalidad, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 0197-2010-PA/TC advierte que el principio de legalidad es una garantía fundamental consagrada en el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución que indica que a ninguna persona se le debe iniciar un proceso o sancionar por un acto u omisión que no esté tipificado precisa y expresamente en la norma al momento de realizar la conducta prohibida. De la misma manera, tampoco se puede imponer una pena que no haya sido previamente calificada en la ley. Así, se exige que los delitos y las infracciones estén determinadas por la ley, por ello, se prohíbe que ambas, infracciones y delitos, usen analogías o cláusulas no precisas en la delimitación de las conductas.

Del mismo modo, en esta misma sentencia, el Tribunal indica que la diferencia entre ambos principios radica en que el principio de legalidad se obedece cuando la infracción y sanción están definidas y previstas en la Ley, mientras que el de tipicidad consiste en que la conducta que la ley considera como falta este determinada correctamente en la norma. En ese sentido, indica que este último es una manifestación del primero; así se exige que tanto el legislador penal como administrativo están obligados a redactar con suficiente exactitud las prohibiciones penales o administrativa con la finalidad de que el ciudadano entienda por completo la norma.

Por otro lado, el Tribunal en la sentencia del Expediente N° 2050-2002-AA/TC, agrega que “tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos”. Esto nos quiere decir que se admite la colaboración reglamentaria que significa que la administración, mediante reglamentos, puede tipificar infracciones.

Respecto a ello, Rojas advierte que esta colaboración no debe dar pie a que las entidades tipifiquen o impongan conductas prohibidas sin control o indistintamente, sin tener en cuenta las garantías (2020). En relación con este tema, Nieto (2008) señala que esta colaboración exige, en primer lugar, exista una disposición que permita que el reglamento precise las infracciones e interceda, en segundo lugar, que exista una remisión en la que se encuentre las directivas y pautas para el reglamento en cuestión.

Teniendo esto claro, procederemos a analizar si el artículo 6 de la Ley lo vulneró. Para ello, dicho artículo mencionaba que:

**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.

La denunciada alegó que este artículo no era claro y vulneraba el principio de tipicidad, y que, debido a que la Ley no prohibía el perfeccionamiento del acto de concentración bajo ley extranjera, la conducta no se encontraba tipificada y no era susceptible de sanción administrativa. No obstante, como hemos mencionado en el primer problema jurídico, bajo la teoría de los efectos, la operación de concentración materia de análisis si se encuentra en el ámbito de aplicación de la Ley.

Asimismo, Enel plantea que la prohibición hecha en este artículo, específicamente la que se encuentra en el segundo párrafo sobre que las empresas “lleven a cabo [el acto de concentración] luego de presentada la solicitud, pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal” se debe entender como la implementación de los efectos del acto jurídico de concentración en territorio peruano. Por lo que, Enel al adoptar ciertas previsiones para

impedir que los efectos se desarrollen en territorio peruano, no habría infringido con lo estipulado en el artículo.

Consideramos que la lectura realizada por la denunciada no es la correcta y para ello, es necesario disgregar el artículo para su mejor entendimiento. En ese sentido, en el primer y segundo párrafo del mismo encontramos sanciones a supuestos diferentes:

<b>Multa no mayor a 500 IUT</b>	<b>Multa de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos</b>
1. omitan la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado  2. suministren datos inexactos en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión  3. no proporcionen la información dentro de los plazos establecidos.	a. realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa  b. o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud, pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal  c. 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  d. no cumplan con las medidas ordenadas mediante decisión adoptada por la Comisión.

Tabla 1: Artículo 6 (elaboración propia)

Teniendo en cuenta esto, podemos apreciar que la infracción que correspondería a los hechos del caso es la que está contemplada en el supuesto b. que consiste en realizar o llevar a cabo el acto de concentración luego de presentar la solicitud, pero antes de la resolución de la Comisión o del Tribunal. De la misma forma, los supuestos expuestos también se encuentran en el artículo 34 del Reglamento y, a diferencia del artículo 6 de la Ley, en este caso la redacción hecha por el legislador es mucho más clara y numera cada una de las infracciones de manera separada y sobre este supuesto en concreto, la redacción que presenta es que se impondrá la multa cuando realicen la operación de concentración luego de notificada pero antes de la decisión de la Comisión o de la Sala.

De esta manera, el supuesto b. es conocido como *gun Jumping* y sucede cuando los agentes económicos, una vez notificada la operación, incumplen el mandato de suspender la

concentración hasta que exista un pronunciamiento final sobre la autorización de esta operación y la ejecutan (Bujele, 2019).

De acuerdo con Felices y Lercari, a pesar de que la operación no se haya ejecutado de manera formal, se puede verificar la existencia de esta infracción siempre que se constate un cambio en el control. Asimismo, habrá *gun jumping* cuando la operación se haya ejecutado antes de que se apruebe o no la autorización, en ese sentido, solo bastará constatar la ejecución para que se haya efectuado la infracción, por lo que es prescindible evidenciar cuales son los efectos de la operación en el mercado (2020, p. 335)

Ahora bien, identificado el supuesto específico, si podemos afirmar que Enel realizó el acto de concentración antes de la decisión final de la Comisión ya que sí existió un cambio de control. Así, estamos de acuerdo con lo que señala la Resolución N°0794-2011/SC1-INDECOPI de la Sala de Propiedad Intelectual, donde precisa que si bien el argumento de la denunciada es que se abstuvo de que la operación de concentración no despliegue efectos en las empresas peruanas, el hecho de poder decidir ello ya evidenciaba que el control se había transferido a Enel, por lo tanto, el acto de concentración ya se había efectuado.

De la misma manera, en la resolución se precisa que la operación de concentración y sus efectos se dan automáticamente cuando se verifique el cambio duradero y permanente en la estructura de control de las empresas afectadas. Ello si se vio reflejado en este caso pues se advirtieron los cambios en los órganos de gobierno de Endesa ya que los representantes de Enel se establecieron en estos cargos demostrándose así la transferencia de control.

Identificado ello, podemos afirmar, que con relación a los hechos y a la infracción que la empresa realizó, no existió una vulneración al principio de tipicidad ya que la infracción se encontraba bien estipulada y era referida al *gun jumping*. Además, la transferencia de control duradero y permanente se demostró y no era necesario especificar si los efectos se desarrollaron o no pues el solo cambio de control era suficiente.

No obstante, debemos precisar que respecto al supuesto 1 y el supuesto a si hallamos una posible confusión que se pueda generar. En ese caso, los supuestos en cuestión son los siguientes:

<b>Multa no mayor a 500 UIT</b>	<b>Multa de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos</b>
---------------------------------	-------------------------------------------------------------------------

1. omitan la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado	a. realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------

En el primer supuesto, se estipula que se impondrá una multa de 500 UIT si se omite la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado, por otro lado, el segundo supuesto precisa que la multa ascenderá al 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos cuando se realice el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa.

Ante ello, advertimos que nos encontramos ante la misma conducta ya que en ambas afirmaciones se refiere a omitir presentar y/o solicitar la autorización previa. Sin embargo, antes la misma conducta existen dos sanciones diferentes, la de 500 UIT y la del 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos.

Ahora bien, podemos afirmar que la tipificación de la conducta infractora es clara, esto quiere decir que existirá una infracción cuando la empresa que desee realizar el acto de concentración no presente la solicitud de autorización previa; sin embargo, no existiría claridad en la sanción, es decir, que es la tipicidad de la sanción la que es confusa.

En efecto, esto afectaría de cierta manera el principio de tipicidad ya que este precisa se considerarán las conductas sancionables la infracción que estén previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales. Así, serán las disposiciones reglamentarias las que puedan determinar sanciones.

Este fue un argumento que también tomó la empresa investigada para su defensa, aduciendo que este artículo no era preciso y vulneraba el principio de tipicidad. No obstante, ante ello, es necesario precisar que los hechos materia de infracción si se encuentran correctamente tipificados y, sobre ese supuesto específico, no existiría una vulneración a dicho principio. En ese caso, el cuestionamiento podría orientarse hacia la interpretación del artículo en conjunto.

Tal como hemos mencionado, la tipificación de la conducta infractora si está clara, esto quiere decir, que el administrado si tiene conocimiento de cuál es la conducta sancionable. La duda a partir de esto es si se tendría que declarar nula la Resolución por la confusión sobre cuál de ambas multas debería aplicarse.

Para absolver esta cuestión, es necesario tener en cuenta el principio de eficacia y el principio in dubio pro administrado. A partir del principio de eficacia, establecido en el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, se señala que los sujetos del procedimiento administrativo

deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental sobre aquellos formalismos cuya realización no incidan en su validez y no se disminuya las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En consecuencia, la finalidad del acto procedimental en cuestión es que los actos de concentración no lleguen a disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados, por lo que las multas establecidas buscan desincentivar a las empresas a realizar el acto de concentración sin previa autorización. Es dicha finalidad la que debe prevalecer en este caso, además, se cumpliría con que no se disminuya las garantías del procedimiento no se cause la indefensión a los administrados a través del principio in dubio pro administrado.

Este principio consiste en que, en la Administración pública, ante la duda se debe resolver a favor del imputado, en otras palabras, si existe duda, se debe ver por la norma que sea más favorable al administrado. Así, aplicando este principio, ante la inexactitud de determinación de la multa, la que es más beneficiosa para el administrado sería la de 500 UIT. De esta manera, no se estaría causando indefensión al investigado ya que la multa preferida ha sido la menor.

Por lo tanto, si bien el artículo en conjunto presenta ciertas confusiones, con las precisiones que hemos realizado se puede realizar una interpretación adecuada; además, la infracción cometida por Enel si se encontraba tipificada correctamente, por lo que no sería necesario omitir toda la actuación realizada por la Comisión del Libre Competencia pues debe prevalecer la finalidad del acto administrativo.

V32 ¿Qué es el principio de razonabilidad? ¿Se aplicaron bien los criterios del artículo 230 de la LPAG?

El principio de razonabilidad, al igual que el de tipicidad, es un principio del Derecho Administrativo Sancionador y está contemplado en el artículo 230 de la Ley 27444, vigente el año de los hechos, donde se señalaba lo siguiente:

**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.

En ese mismo orden de ideas, en el título preliminar de la Ley 27444, precisa que el principio de razonabilidad implica que las autoridades deben respetar las facultades que se le han encomendado conservando una adecuada relación entre los medios que se usaran y el fin público tutelado de tal manera que cumplan con la necesidad de satisfacer su obligación.

Según Ocampo, este principio aporta parámetros cualitativos e intenta establecer pautas objetivas al momento de regular las infracciones; así se reduce que exista un exceso al momento de imponer una sanción; además, la discrecionalidad y arbitrariedad en las decisiones de las entidades administrativas disminuyen (2011, p. 42). De tal manera, este principio supone que los motivos para restringir la actividad del administrado, son motivos válidos y lícitos, por lo que si estos defienden conductas arbitrarias o autoritarias, este principio se ve vulnerado (Guzmán, 2009, p. 239). Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N°2235-2004-AA/TC señala que la restricción que se da debe estar motivada por la necesidad de proteger un fin constitucional relevante, no puede ser por cualquier motivo.

La importancia de este principio radica en que es un elemento importante del derecho al debido proceso administrativo ya que las decisiones que emita la administración serán más justas cuando se cumpla con las reglas mínimas (Guzmán, 2009, p. 240). De la misma manera, es preciso resaltar que cuando ocurrieron los hechos, la Ley 27444 había tenido un cambio reciente respecto al artículo que contemplaba este principio agregándoles los seis criterios antes mencionados. En la exposición de motivos, si bien no ahonda mucho sobre el tema, se indica que a través de este cambio se buscó precisar aspectos del ejercicio de la potestad sancionadora, derivados de la aplicación del principio de razonabilidad para que las sanciones que se vayan a aplicar sean llevadas a cabo sobre una previa ponderación de dichos criterios.

A modo de comentario, este mismo artículo tuvo modificaciones mediante el Decreto Legislativo N° 1272, y la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos mencionó al respecto que, al ser el principio de razonabilidad una expresión del debido proceso sustantivo, se debían especificar de manera más clara los criterios usados para la graduación de sanciones. Es por ello que, en la legislación actual se habla del beneficio ilícito resultante por la comisión de infracción y ya no de un 'beneficio ilegalmente obtenido' ya que esta última proposición es genérica y difusa, y tal como precisa la motivación de la ley, para identificar la arbitrariedad de alguna sanción impuesta o por imponer, se debe aclarar el criterio que será usado para regular la misma con una mejor y específica redacción del texto de la norma (2016, p. 49).

Retomando el análisis sobre la correcta aplicación de criterios del principio de razonabilidad en el presente caso, en lo que respecta a los argumentos de Enel, este precisa que la decisión de la Comisión en primera instancia al multarlos con 1000 UIT contraviene el principio de razonabilidad ya que dicho monto es desproporcionado. En ese sentido, precisa que se debió tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 230 de la LPAG. Además, indica que la Comisión solo tuvo en consideración la presunta intencionalidad de Enel en incurrir en la infracción.

Ante ello, la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución de segunda instancia, luego de realizar un análisis de los criterios de graduación, declara la nulidad de la multa de 1000 UIT y la fija en 100 UIT. A partir de ello, analizaremos si en la primera instancia se vulneró este principio y si en la segunda instancia la decisión adoptada por la Sala fue la correcta.

En primer lugar, la Resolución N° 001-2010/CLC-INDECOPI, tal como hemos precisado, en el punto anterior, sostiene que la infracción cometida por Enel se encuentra en el segundo grupo de conductas del artículo 6, es decir que correspondería una multa de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos. Además, la Comisión resalta que Enel conocía la Ley de Concentraciones y, aun así, tuvo la deliberada intención de desconocer esta norma por lo que lo que determinó que la multa sea 1000 UIT a partir de los ingresos que obtuvo la empresa.

Debido a que en la Ley 26876 no se especifica cuáles son los criterios para determinar las sanciones, se debe aplicar supletoriamente la Ley 27444, ello en concordancia con lo que indica el artículo 229 inciso 2 sobre que los principios de la potestad sancionadora, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador, se

aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecido en las leyes especiales. Así pues:

- (i) Sobre la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, en este caso el bien jurídico que protege la Ley, tal como lo indica en su artículo 1, es evitar los actos de concentración que tengan por efectos disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados. En ese caso, la Resolución N° 058-2009/CLC-INDECOPI determinó que la operación de concentración en cuestión no ocasionaría una variación significativa en el mercado; más bien, se lograría un reordenamiento de la estructura de control de Enel. Además, la toma de control de Enel no significa que ingrese un nuevo agente o que se reduzca de alguno de los ya existentes en el mercado. En consecuencia, no habría un daño en sí.
- (ii) Sobre el perjuicio económico causado, tampoco existiría ello por los motivos mencionados en el punto anterior. Del mismo modo, la Comisión en dicha Resolución precisa que se generaría beneficios tales como un incremento de incentivos para el desarrollo de proyectos de energía renovable y que se facilite un planeamiento estratégico ya que con el acto de concentración se evitaría la necesidad de compatibilizar la visión de generación de energía de Enel con la rama de construcción que principalmente tiene Acciona.
- (iii) Respecto a la repetición y/o continuidad en la comisión de infracción, este criterio no aplicaría en el caso ya que Enel no había cometido la infracción antes.
- (iv) Respecto a las circunstancias de la comisión de la infracción, resaltamos que, en primer lugar, la operación se realizó en el extranjero, no obstante, como ya señalamos si se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley, y, en segundo lugar, que Enel sostuvo que habían adoptado ciertas medidas para que los efectos no se presenten en Perú.; sin embargo, en este caso solo bastaba que la operación de concentración se haya efectuado tal como lo señala la tipificación de la infracción.
- (v) Sobre el beneficio ilícito, no hubo ningún beneficio percibido por parte de Enel.
- (vi) Finalmente, respecto a la existencia de intencionalidad, podemos afirmar que Enel, tenía pleno conocimiento de lo que señalaba la legislación peruana, es más, demuestra

ello al presentar la solicitud del acto de concentración ante la agencia de competencias.

Es por ello que consideramos que si existió intencionalidad en cometer la infracción.

Resulta claro que, a partir de esta evaluación, la multa de 1000 UIT no era proporcional e infringía el principio de razonabilidad. Sin embargo, consideramos que la multa impuesta por la Sala de 100 UIT tampoco cumple con este principio.

Considerando que, la finalidad del principio de razonabilidad es que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas o asumir la sanción, observamos que la multa de 100 UIT no cumple con lo indiciado.

Por el contrario, observamos que este tipo de pronunciamientos podrían incentivar a que otras empresas prefieran cometer este tipo de infracción ya que cumplen con notificar la operación de concentración y, al saber de antemano que probablemente el resultado de la misma no afecta el mercado, procedan a concretar el acto con conocimiento de que la agencia de competencia no los sancionará con una multa representativa.

El razonamiento que tiene la Sala al mencionar que la gestión de las empresas de no modificar los órganos de administración, ni alterar políticas comerciales o realizar actos que impliquen modificar la estructura de control, sea un “atenuante de la sanción” debido a que se demuestra la voluntad de Enel de no materializar el ejercicio activo del control que asumió puede inducir a que otras empresas también decidan adoptar estas medidas y lograr una reducción de la sanción por su “voluntad de no ejercer el control”.

Recordemos que la finalidad es que no se llegue a concretar los actos de concentración, no que no desplieguen sus efectos. La misma Sala, en la Resolución N° 0794-2011/SC1-INDECOPI, precisa que “el solo cambio en la estructura de control en estas últimas empresas representa el efecto que produjo la operación en el mercado eléctrico peruano”, por lo tanto, el razonamiento expresando en el párrafo anterior, en vez de generar desincentivo para la comisión de la sanción, pareciera dar una alternativa a las empresas a cometer la infracción pues, si presentan estas medidas comerciales y/o societarias para reducir el impacto de la misma, la sanción puede atenuarse.

Por otro lado, también es preciso comentar que 100 UIT es un monto que puede asumir fácilmente una empresa grande como Enel. Teniendo en consideración los ingresos de la empresa y la estructura que maneja a nivel internacional, el monto que se ha impuesto como multa es poco significativo.

V33. ¿Cuál es el criterio de sanción actual establecido en la Ley 31112?

Como ya hemos venido señalando, actualmente contamos con la Ley N° 31112, Ley que establece el control de operaciones de concentración empresarial, en la que, a diferencia de la anterior, si existe un listado de criterios para la determinación de sanciones.

Por consiguiente, se distinguen las infracciones entre leves, graves y muy graves. Además de ello, en el artículo 28 y 29, se indica que las infracciones administrativas se sancionarán mediante la imposición de multas y se harán de acuerdo con los criterios y límites establecido en el Decreto Legislativo 1034, norma que busca impedir la comisión de conductas anticompetitivas; asimismo, se aplicarán los criterios establecidos en el artículo 44 de dicho Decreto para establecer la gravedad de la infracción y la graduación de la sanción.

Teniendo esto en cuenta, la infracción cometida por Enel, sería una infracción grave pues, el artículo 27 precisa que será grave cuando se ejecute una operación de concentración empresarial antes de que se emita la resolución del órgano competente. Por otro lado, sobre el monto de la multa a imponer, debe usarse los criterios de artículo 43 del D.L. 1034, tal como lo indica la Ley N° 31112. De este modo, se precisa que si la infracción es grave la multa puede ser hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

Evidentemente, los criterios y la graduación de sanción de la legislación actual están más acorde al principio de razonabilidad. Esto se ve reflejado en la clasificación de infracciones que presenta la Ley, así como en los criterios establecidos para determinar la gravedad de la infracción. El artículo 44 de la Ley contempla dentro de sus criterios el beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores, la duración de la restricción de la competencia, la probabilidad de

detección de la infracción, entre otros, que permitirán un análisis mucho más preciso para la imposición de sanción.

De todo lo mencionado, también podemos deducir que la multa impuesta por la Comisión en su momento sobre la infracción de Enel fue insuficiente. Vemos que dicha infracción, actualmente, ha sido tipificada como una infracción grave por lo tanto correspondería una multa mucho más alta. Son las infracciones leves las que pueden llegar hasta las 500 UIT, y dentro de ello están consideradas no presentar la solicitud de autorización en el control previo y no suministrar al órgano competente la información requerida por este en el plazo previsto. Por lo tanto, si los hechos se darían en la actualidad, también correspondería imponer una multa más representativa.

## VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

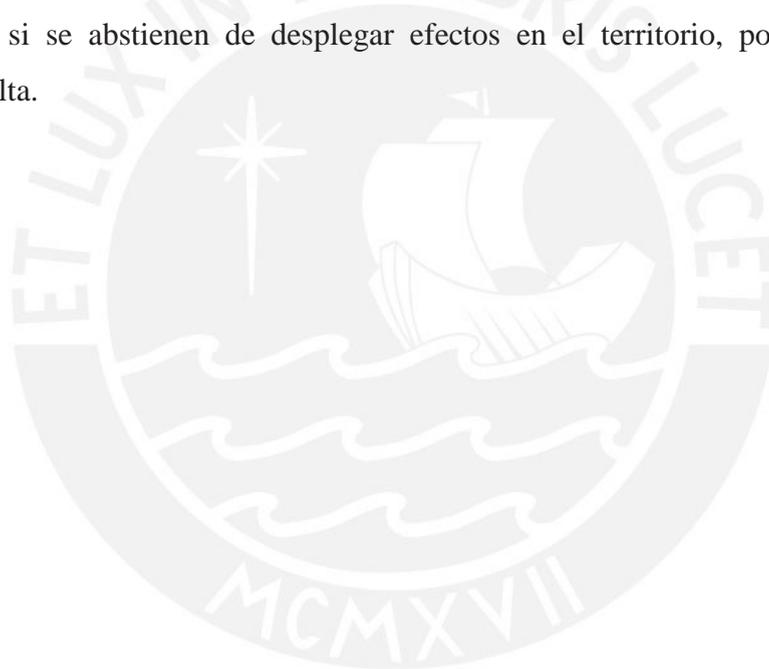
En primer lugar, lo primero que podemos concluir es que la Comisión de Libre Competencia si podía pronunciarse sobre el acto de concentración realizado por Enel, basada en la teoría de los efectos. Tal como se ha venido señalando, esta teoría facilita a la entidad la posibilidad de evaluar el acto de concentración siempre que esta tenga efectos en el territorio peruano. Como se vio, si existieron efectos directos en el sector eléctrico, por lo que la Comisión se pronunció sobre ello. Cabe resaltar que, a partir de esta teoría, se activa el aparato sancionador en nuestro territorio ya que lo que se busca como autoridad de competencia es identificar si existe alguna operación de concentración realizada en el territorio y si esta ha tenido efectos en el mismo, sin la respectiva autorización.

En segundo lugar, hubo una transgresión respecto a las características del procedimiento administrativo sancionador. Ello debido a que fue la Comisión quien dio inicio a este procedimiento y no fue la Secretaría Técnica, a pesar de que esta última, a partir de lo estipulado por las normas, era la instancia correcta para dar inicio al procedimiento. Recordemos que uno de los caracteres obligatorios que establecía la Ley del Procedimiento Administrativo es que exista una distinción entre la fase instructora y aquella que resuelva la cuestión. Sin embargo, a la luz de los hechos ello no se cumplió afectándose las garantías del debido procedimiento a las que tenía derecho el investigado.

En tercer lugar, sobre la tipificación del artículo 6 de la Ley, podemos afirmar que el supuesto específico que reflejaba la infracción cometida por Enel, es decir el *gun jumping*, si estaba clara ya que se señala explícitamente que habrá una sanción cuando el acto de concentración

se realice antes de la decisión final de la Resolución. Sin embargo, al hacer una lectura completa del artículo, vemos que en los primeros supuestos puede existir una confusión ya que una misma conducta tiene como resultado la imposición de dos sanciones; no obstante, al no ser esta la infracción cometida por Enel, consideramos que se debe interpretar dichos supuestos teniendo en cuenta el principio de eficacia y el de in dubio pro administrado.

Finalmente, sobre el principio de razonabilidad, este se ve vulnerado con la resolución de primera instancia pues no se tuvo en cuenta todos los factores que establecía la LPAG para el establecimiento de la sanción. Sin embargo, la multa impuesta en la segunda instancia tampoco cumple con este principio ya que la finalidad del mismo es que se debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción y con la decisión de la Comisión se da pie a que otras empresas, si se abstienen de desplegar efectos en el territorio, podrían obtener un atenuante de multa.



## BIBLIOGRAFÍA

Alford, R. P. (1992). The extraterritorial application of antitrust laws: the united states and european community approaches. *Virginia Journal of International Law*, 33(1), 1-50.

Agudo, J. (2018) La superación del paradigma y sus efectos en el Derecho Administrativo, Bases normativas del Derecho Administrativo transnacional. *UNED Revista de Derecho Político*, (103). 155-190

Buleje, C. (3 de setiembre de 2019) *Los riesgos legales por libre competencia en los procesos de concentración empresarial (con y sin control de fusiones)*. Enfoque Derecho.

<https://www.enfoquederecho.com/2019/09/03/los-riesgos-legales-por-libre-competencia-en-l-os-procesos-de-concentracion-empresarial-con-y-sin-control-de-fusiones/>

Burgoa, I. (1983) *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa S.A. Quinta edición. México.

Cano, T. (1995) *Derecho Administrativo sancionador*. *Revista Española de Derecho constitucional*, 15(43), 339- 348.

Coloma, G. (2018) *Lógica del control de concentraciones en el Derecho de la Competencia*. *Yachaq: Revista de Derecho*, (9), 13-30.

Comisión de la Unión Europea (2004) *Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* (2004/C 101/03). [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(02\)&format=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(02)&format=ES)

Comisión de la Unión Europea (2008) *Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas* (2008/C 95/01). [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416\(08\)&format=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416(08)&format=ES)

Corzo, V.E. y Corzo, E. (2008) *Principio de jurisdicción territorial en materia penal dentro de México*. *Revista Inter Criminis, Revista de Ciencias Penales, Instituto Nacional de Ciencias Penales*, (4), 37-70.

Danós, J. (2005) Panorama general del Derecho Administrativo en el Perú en Gonzales-Varas, S. (Ed.) El Derecho Administrativo Iberoamericano, pp. 530-654. Instituto Nacional de Administración Pública.

Felices, E. y Lercari, A. (2020) Control de concentraciones e intercambio de información en el marco de operaciones de fusión y adquisición. *THEMIS Revista de Derecho* (78), 325-343.

Guzmán, C. (2009) Los principios generales del Derecho Administrativo. *Ius Et Veritas* (38) 228-249.

Huapaya, R. y Alejos, O. (2019). Los principios de la potestad sancionadora a la luz de las modificaciones del Decreto Legislativo N° 1272. *Revista De Derecho Administrativo*, (17), 52-76.

Jellinek, G. (2000) Teoría General del Estado. Fondo de cultura económica México. Primera edición en español.

[https://www.academia.edu/10129015/Jellinek\\_Georg\\_Teoria\\_General\\_Del\\_Estado](https://www.academia.edu/10129015/Jellinek_Georg_Teoria_General_Del_Estado)

Lowe, V. (1989) International Law and the effects doctrine in the European Court of Justice. *The Cambridge Law Journal* , 48(1), 9-11

Manóvil, R. M. (1998) Grupos de Sociedades en el derecho comparado, Buenos Aires, Ediciones Abeledo Perrot.

Nieto, A. (2012) Capítulo III: La potestad sancionadora de la Administración. En: *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, Tercera edición.

Nieto, A. (2008) *Derecho Administrativo Sancionador*. Cuarta edición. Madrid

Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016) Exposición de motivos del Decreto Legislativo que modifica la Ley 27444, Ley del Procedimientos Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.

<https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2016/Diciembre/21/EXP-DL-1272.pdf>

Olivos, M. K. (2012) El control previo de las concentraciones empresariales en una economía social de mercado: análisis del caso peruano. *Con-Texto, Revista de Derecho y Economía* (36), 95- 113.

Ocampo, F. (2011) El principio de razonabilidad como límite a la tipificación reglamentaria de los Organismos Reguladora. *Ius Et Veritas* (42) 290-304.

Presidencia de Consejo de Ministros (2008) Oficio N° 650-2008-DP/SCM, Exposición de motivos de la Ley N° 1033 [https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion\\_de\\_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf](https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf)

Ragazzi, L. (2017) Eficacia extraterritorial de las decisiones en el Derecho de la Competencia en la Unión Europea. Universidad Pontificia Comillas Madrid. Facultad de Derecho.

Ramirez, M. (2011) La tipicidad en el derecho administrativo sancionador. Grupo de Investigación en Derecho y Ciencias Políticas (GIDECIP), 39-50

Rojas, P (2020) El Alcance del principio de tipicidad en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Actualidad Jurídica N° 317*, 235-248.

Samie, N. (1982) The Doctrine of “Effects” and the Extraterritorial application of antitrust laws. *Lawyer of the Americas, Spring*, 14 (1), 23-59.

Sornarajah, M. (1982) The extraterritorial enforcement of U.S. Antitrust Laws: Conflict and Compromise. *The International and Comparative Law Quarterly*, 31(1), 127-149.

Vaquer, M. (2017) Capítulo sexagésimo quinto. *El territorio (una aproximación a su concepto en el Derecho Público)*. *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo*, 2, 1933-1960.

Zegarra, D. (2018) Manual de Derecho Administrativo. Primera edición.

# 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:

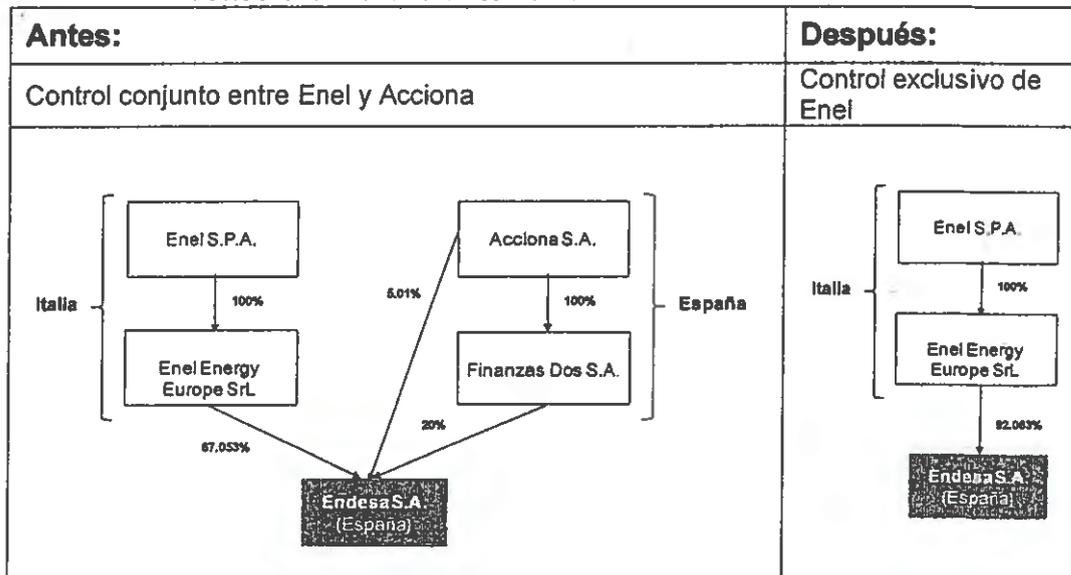
- i) Edelnor S.A.A., empresa de distribución eléctrica;
- ii) Empresa Eléctrica de Piura S.A., empresa de generación eléctrica; y,
- iii) Edegel S.A.A., empresa de generación eléctrica.

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", íntegramente 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  
STCLC

- (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

20 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



VºBº  
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%.

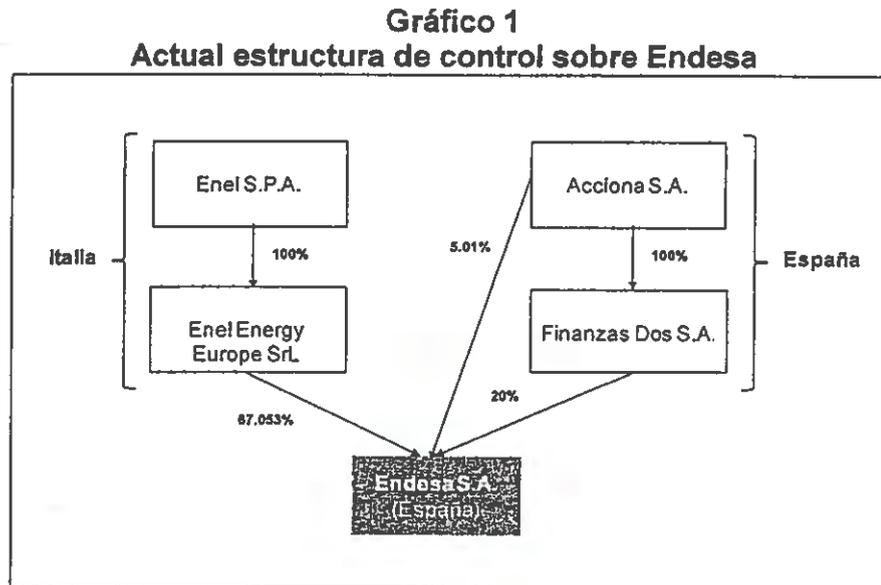
<sup>4</sup> Mayor información: <http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/1050557/02/09/Cronologia-la-italiana-Enel-se-quedara-con-Endesa-tras-mas-de-tres-anos-de-culebron.html>

<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 compra venta acciones de Endesa" incluye además a Finanzas Dos, Enel Energy y Endesa.

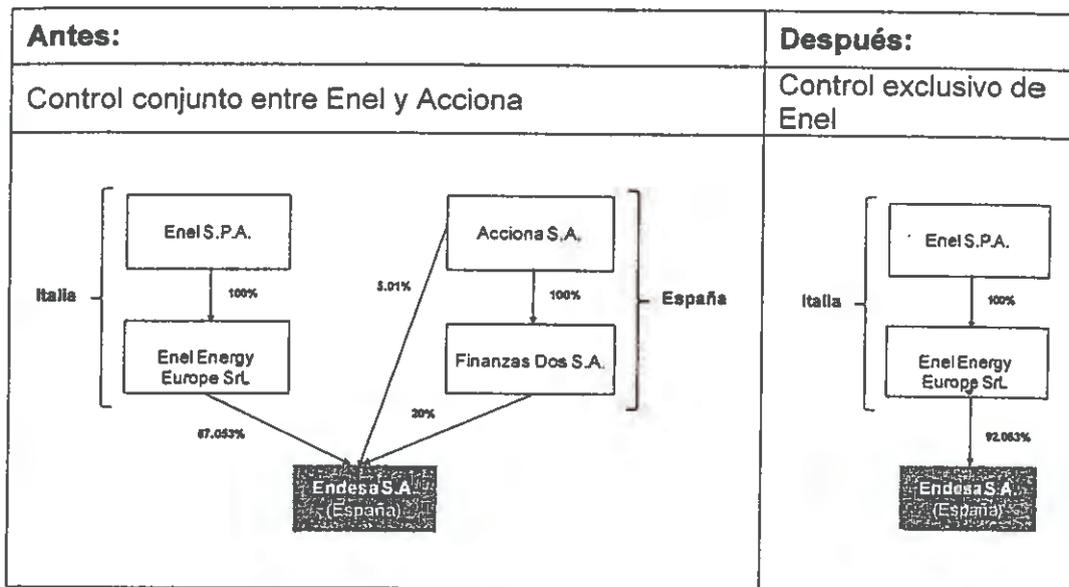
<sup>10</sup> **9. Condiciones suspensivas.**

(...)

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 Período		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 período 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 Período		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 período 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 gerenciamiento 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". Ajusto 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	11.6	0.64%		64.6	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%
	Egasa	40.4	2.25%		452.4	3.98%	
	San Gabán	51	2.83%		443.7	3.90%	
	Egamsa	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	
SN Power	Electroandes	79	4.39%	4.44%	660.1	5.80%	5.86%
	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>HHI</b>				<b>2042.15</b>			<b>1893.8</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 concurrencia.

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

974

CLL

085009

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

RECIBIDO  
UNIDAD ADMINISTRATIVA

2009 AGO 5 PM 2:00

SECRETARÍA  
INDECOPI

COMISIÓN DE 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  
DESCRITO  
REGAUDOS



*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).



- 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 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 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.*



PAVET REY CAJIVI

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.



PAVEL REY CAUVE

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.



PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

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 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

<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.



PATET 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, "salvaguada 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.



PAVET REY CALVI

ABOGADOS

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.

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 CAUMI

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.

(E)

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



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).

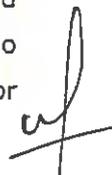
Como se aprecia de la lectura concordada de las normas antes transcritas, en el Perú, la suspensión decretada en la Ley de Concentraciones y su Reglamento alcanza a los "actos de concentración" (artículo 3 de la Ley de Concentraciones) o, lo que es lo mismo, a la "operación de concentración" (artículo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

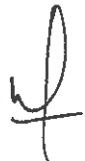
De esta forma, sistemáticamente, la estricta manera de leer lo dispuesto en los artículos 3 de la Ley de Concentraciones y 11 del Reglamento es como sigue:

**"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 CAUVI

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). Eilo, 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, 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:

uf

<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) *europas*, cuya autorización resultaba exigible, conforme a la legislación española, para el perfeccionamiento de la transferencia de propiedad de las acciones materia de la Operación.



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 KEY 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 CALVO

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 CAUVE**

**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

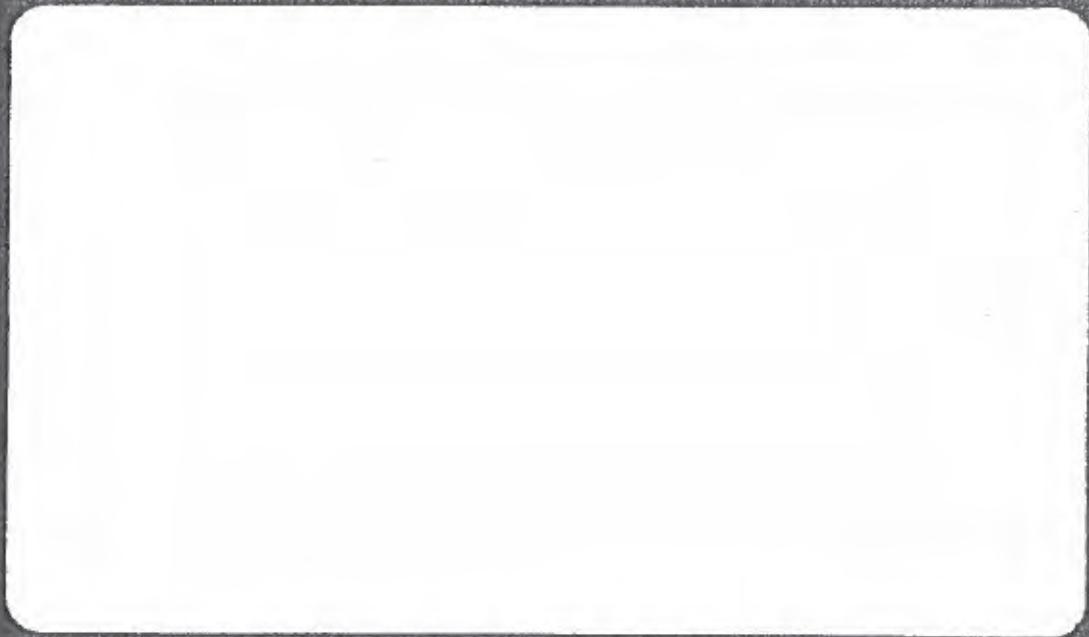


# ANEXO 1-A

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: -----

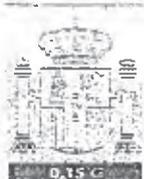
La sociedad tiene por objeto: -----

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,

expedido por autoridad pública; de que el consentimiento ha sido libremente prestado así como de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada del otorgante e interviniente; y de todo lo contenido en este instrumento público, extendido en tres folios de papel timbrado del Estado, exclusivo para documentos notariales, serie 9F, números 6127061, 6127060 y el presente, que signo, firmo, rubrico y sello yo, el Notario, doy fe. -----

Está la firma del compareciente. Signado: Andrés Domínguez Nafria. Rubricados y sellado. -----

-----  
-----  
-----  
-----  
-----  
-----  
-----  
-----  
-----  
-----  
-----  
-----  
-----  
-----  
-----

-----SIGUE DOCUMENTO UNIDO-----

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.

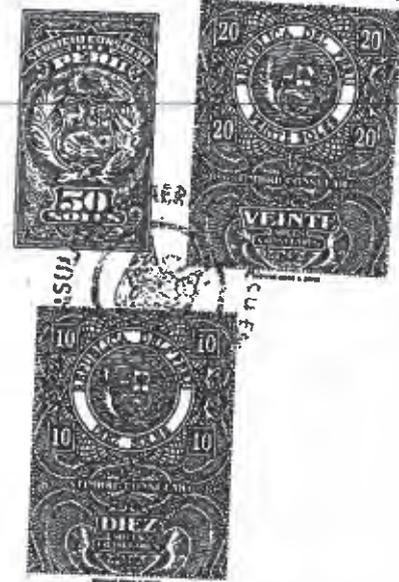


Nº de actuación: 985 Nº de tarifa: 22C  
Derechos S/C 80 Euros: 72.00

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 Zegarra Pellanne  
Representante Bursátil



# ANEXO 1-D

Lima, 25 de junio de 2009

Señores  
Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV)  
Presente.-

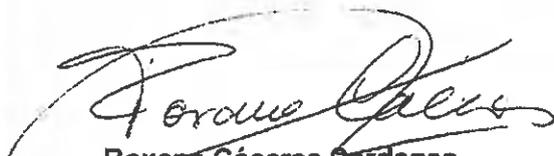
De nuestra consideración:

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 desprendería 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 | Noticias | Noticias de Empresas | Noticias de Fondos | Noticias de Valores | Noticias de Seguros | Noticias de Inversión y Patrimonio

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

contactos mapa búsqueda

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

## Hechos de Importancia por Empresa



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 09:48:03 a.m.			
25/06/2009 09:48:03 a.m.			



# ANEXO 1-G



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. TRUJIZADORAS
- 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: 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

EDELNOR 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 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 Distrilima 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", íntegramente 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:

<sup>26</sup>

Ver: <http://www.cnmv.es/Portal/hr/verDoc.axd?t={8bd687f3-4894-4634-abdb-968a5hdfb760}>

**HECHO RELEVANTE**

El Consejo de Administración de ENDESA anuncia que, en el día de hoy, D<sup>a</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:

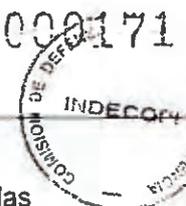
*“Artículo 9.- Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en 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 estar en 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 grande 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 concurrencia.
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 concurrencia.
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\\_tpinf=i&p\\_origen=MV&p\\_eeff=2](http://www.conasev.gob.pe/eefl/eefl_formato_gp_anual.asp?p_codigo=30004&p_ejercicio=2008A0A&p_tpinf=i&p_origen=MV&p_eeff=2) (Edegel), [http://www.conasev.gob.pe/eefl/eefl\\_formato\\_gp\\_anual.asp?p\\_codigo=30009&p\\_ejercicio=2008A0A&p\\_tpinf=i&p\\_origen=MV&p\\_eeff=2](http://www.conasev.gob.pe/eefl/eefl_formato_gp_anual.asp?p_codigo=30009&p_ejercicio=2008A0A&p_tpinf=i&p_origen=MV&p_eeff=2) (Edelnor); y, [http://www.conasev.gob.pe/eefl/eefl\\_formato\\_gp\\_anual.asp?p\\_codigo=47768&p\\_ejercicio=2008A0A&p\\_tpinf=i&p\\_origen=MV&p\\_eeff=2](http://www.conasev.gob.pe/eefl/eefl_formato_gp_anual.asp?p_codigo=47768&p_ejercicio=2008A0A&p_tpinf=i&p_origen=MV&p_eeff=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 noy

12703

00 FEB 3 07 4 00

PAYET 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



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").

Ineficaz

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.

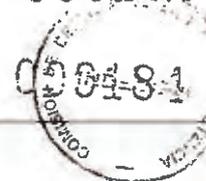
No obstante lo anterior, como también fundamentaremos en extenso, conforme a la teoría de los efectos, de aplicación tanto para las disposiciones del derecho de la competencia que versan sobre prácticas restrictivas y monopólicas, como a las que versan sobre el control de concentraciones económicas, 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.



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



PATEL, HAY - OSUNA

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

PANEL A1

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

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"*.



INVESTIGACIÓN

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 un a 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".



[REDACTED]

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

operación de concentración empresarial en el sector eléctrico peruano, Enel habría llevado a cabo el acto de concentración antes del pronunciamiento de la Comisión. Es decir, acorde a lo señalado por la Comisión, Enel habría realizado el acto de concentración notificado conociendo de antemano la norma que prohibía su realización; lo que implicaría que existió por parte de nuestra empresa una deliberada intención de desconocer la Ley de Concentraciones.

Exclusivamente sobre la base de las consideraciones antes reseñadas, la Comisión dispone en la Resolución imponer a Enel una multa ascendente a 1000 UIT.

**III. LA IMPUTACIÓN ES INFUNDADA: LA LEY DE CONCENTRACIONES 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**

**A) Nociones previas**

**A.1 "Concentración" y "Control"**

3.1 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



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.



INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS Y SOCIALES

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'.

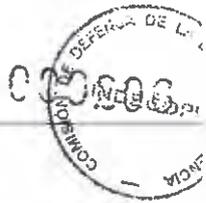
Conforme a las disposiciones de la Ley de Concentraciones, el 'acto de concentración' es todo acto, contrato o figura jurídica, con independencia de la forma que revista, que conlleva como consecuencia una concentración, en los términos antes explicados. Así, en su artículo 2, la Ley de Concentraciones se señala lo siguiente:

<sup>11</sup> Resolución No. 012-1999-INDECOPI/CLC.

PAVETTI REY CALVO

ABOGADOS

acto  
y  
operación  
de  
concentración



**"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.

PAISES MIEMBROS

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".



PAYET 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.



PAYET REY CAUPE

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 inscrito  
000218 va  
000214  
COMISION DE DEFENSA DE LA  
INDECOF

PAPEL RECIEN LAMINADO

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

ABOGADOS

*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

PAVEL REY GALVE

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 CAJMI

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



PAYE FREY CALVE

ABOGADOS

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 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

10/09/2009



PAVEL REY CAUPE

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.

PAREY REY CAUPE

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 CAUVL

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,

RAVIERRE Y CAJAL

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 CALVO

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



VALLE DEL CAJAL

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





PAMELA REY GAUVE

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.



PATRÓN GARCÍA

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.



PATRI... CAUVE

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 (...)".



PAREY RAY GAUVE

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**



DIRECCIÓN GENERAL DE ASISTENCIA JURÍDICA

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>

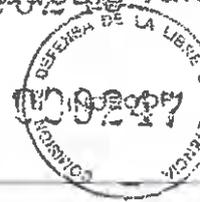
Del mismo modo, Ariño explica que las potestades de intervención gubernamental dentro de una economía social de mercado deben ser siempre respetuosas de los diversos derechos reconocidos a los particulares.<sup>31</sup> En tal sentido, concluye el citado autor, los supuestos de intervención gubernamental 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.



PAYE 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 CAUPE

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”.

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.

PAYE REY CALVA

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**

PAVER REY GARCIA

ABOGADOS

Carve out  
options

Lo testado vale

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

1.010.018.58 VITE  
000259  
MONTEVIDEO

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*

PAYET REY CALVI

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 impedian 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



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***

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.



PAREY REY 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 CAUVE

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



PAYET 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 CAUVI

ABOGADOS

asegurando de este modo que las condiciones de la competencia en el mercado no puedan verse afectadas en el ínterin.

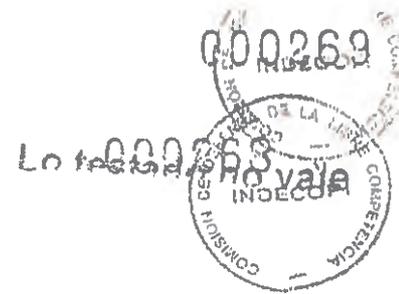
Por lo demás, como confiamos coincidirá la Sala, de haber previsto la ley peruana un mecanismo de dispensa de la suspensión de la concentración, como es usual encontrar en el derecho comparado, las medidas específicamente adoptadas por Enel, de buena fe y según su leal saber y entender, para asegurar 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.

PAYET REY GALVE

ABOGADOS



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, ulteriormente, 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





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 CALVE

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 CAUVI

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:



PAPEL PERMANENTE

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 CALVO

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.



PAYET 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 CALVI

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



ABOGADOS

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

PAYET REY GALVE

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 limite 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.





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.

PAVET HS CIVIL

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 RIV GAUVE

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 GALVIS

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, ulteriormente, 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

PAVEL REY CAUJI

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 CALVO

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



PAYET REY CAUPE

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 CAUMI

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



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.  
**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



## 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\*. 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.

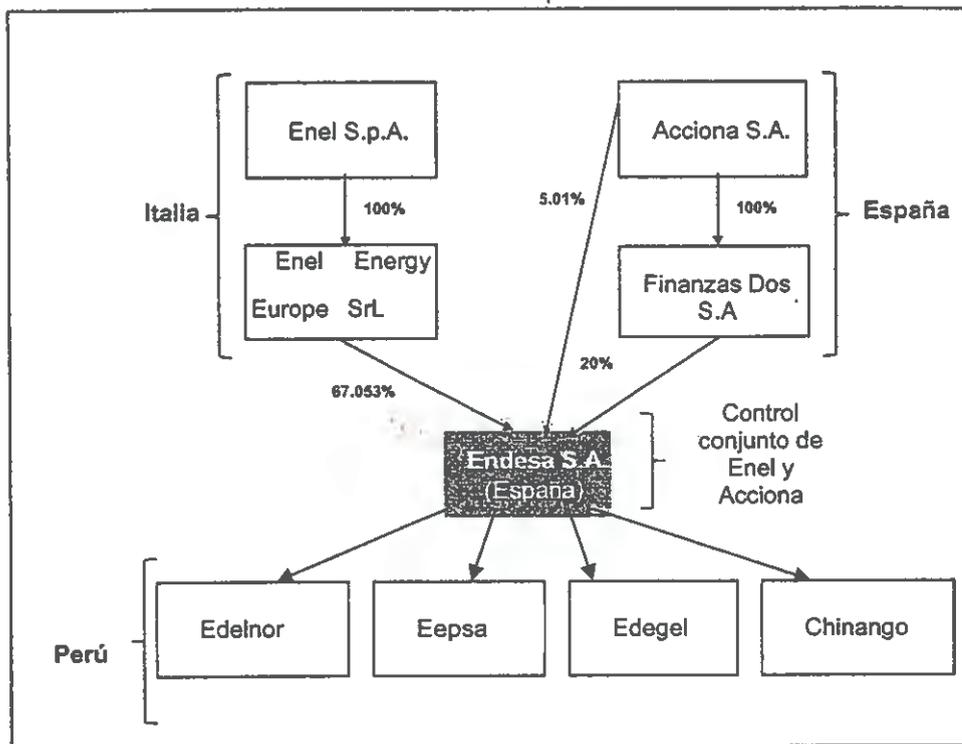
Además, ofrece financiamiento y el servicio de corredor de bolsa.

(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).



Gráfico 1  
Situación antes de la operación<sup>5</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>5</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.



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

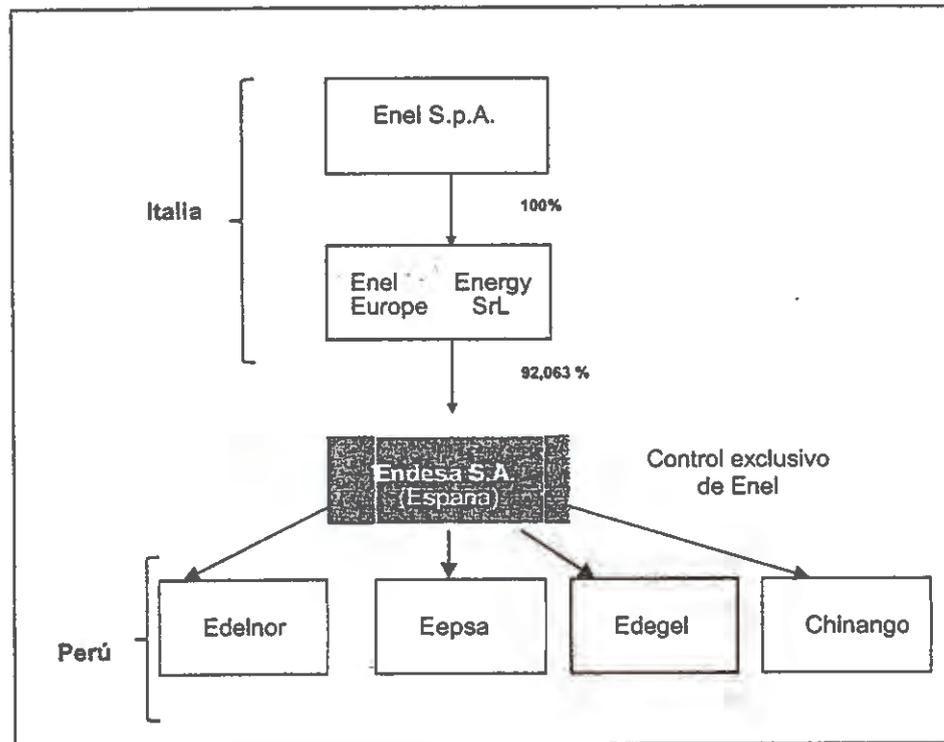
000325

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

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



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

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

000350

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:

a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o

b) 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

000332  
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

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 reprehends (...)*"

<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

000351

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."

<sup>35</sup> 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."

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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

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

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

000340

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 - INDECOPI, 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 prejulgamiento 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.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000344  
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

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>43</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>44</sup>.

<sup>43</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>44</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 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

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> **LEY 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.



- 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

000347  
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

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.



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

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.

<sup>40</sup> 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.

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

000349  
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

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>11</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>11</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

00038

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

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL 00035  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPÍ

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.

<sup>84</sup> Ver Resolución 3240-2010/SC1-INDECOPÍ 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-INDECOPÍ 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.

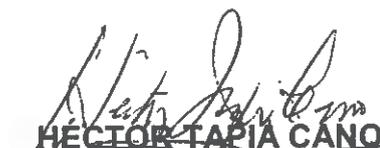
120. En tal sentido, considerando todos los factores de graduación analizados, esto es, por un lado, la ausencia de daño a la competencia y las medidas comerciales y societarias adoptadas por Enel para reducir el impacto de la infracción y, de otro lado, la existencia de intencionalidad en la comisión 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