

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA
N° 005-2006/CLC**

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

Alfredo Sebastián Guzmán-García Trigoso

Código PUCP: 20130622

Revisor:

Prof. Lucio Andrés Sánchez Povich

Lima, 2022

RESUMEN

El presente informe jurídico analiza, en dos momentos, el procedimiento de autorización de la concentración entre INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P – ISA y Consorcio Transmantaro ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI. En una etapa inicial, este trabajo estudia el procedimiento de autorización de la concentración *per se*, incluyendo el análisis realizado sobre el impacto de la operación en el sector eléctrico. Además, el presente informe también evalúa el pedido presentado por ISA, años después de finalizada la concentración, para revisar algunas de las decisiones inicialmente hechas por la autoridad.

Los objetivos de este trabajo incluyen (i) analizar críticamente la metodología empleada por INDECOPI para definir los efectos en la competencia de una concentración en el sector eléctrico, (ii) evaluar si el procedimiento de evaluación fue conducido conforme a las reglas del Derecho Administrativo, y (iii) revisar los mecanismos legales al alcance de los agentes económicos para —años después— solicitar la reevaluación de las conclusiones del INDECOPI sobre los efectos en la competencia de una operación de concentración. Además, se describe brevemente el marco constitucional que faculta al Estado Peruano a implementar un régimen de control de concentraciones.

Este trabajo concluye que INDECOPI ha desarrollado una metodología de evaluación consistente con la normativa peruana y las mejores prácticas internacionales, pero que no ha logrado el mismo nivel de éxito para calibrar correctamente los efectos de sus decisiones a lo largo del tiempo.



ÍNDICE

1.	<u>INTRODUCCIÓN</u>	4
2.	<u>HECHOS DEL CASO</u>	5
3.	<u>CUESTIONES PREVIAS</u>	11
3.1.	<u>Cuestión Previa 1: Marco Conceptual y Legal sobre Control de Concentraciones</u>	11
	1) <i>Control de Concentraciones: concepto y metodología</i>	
	2) <i>Experiencia de Control de Concentraciones en el sector eléctrico peruano</i>	
	3) <i>Control de Concentraciones y Derecho Administrativo: autorizaciones y poder de policía</i>	
3.2.	<u>Cuestión Previa 2: Marco Regulatorio del Sector Eléctrico y de la Actividad de Transmisión Eléctrica</u>	19
	1) <i>Introducción a la Regulación del Sector Eléctrico</i>	
	2) <i>Marco Regulatorio aplicable a la actividad de Transmisión Eléctrica</i>	
	3) <i>Transmisión Eléctrica: regulación como monopolio natural</i>	
4.	<u>LISTADO DE PROBLEMAS JURÍDICOS</u>	25
5.	<u>PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Existe sustento constitucional para el control de concentraciones?</u>	27
6.	<u>PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿La evaluación de los efectos de la concentración ISA-CTM cumple con el estándar constitucional y legal sobre defensa de la libre competencia?</u>	32
6.1.	<i>Subproblema 2.1: ¿La CLC valoró apropiadamente el impacto del marco regulatorio de transmisión eléctrica sobre los efectos de la concentración?</i>	35
6.2.	<i>Subproblema 2.2: ¿La CLC cumplió con el estándar normativo establecido en la LASE para sujetar un acto de concentración a una condición de conducta?</i>	42
7.	<u>PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Bajo qué supuestos procede la revocación por actos de gravamen para el administrado?</u>	54
8.	<u>CONCLUSIONES</u>	70
9.	<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	72
10.	<u>ANEXOS</u>	76

I. INTRODUCCIÓN

La derogación de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico no convierte en intrascendente al estudio de esta norma y de los casos resueltos bajo sus disposiciones. Por el contrario, la reciente aprobación del marco legal general sobre control de concentraciones, aplicable a lo largo de toda la economía peruana, revaloriza nuestro objeto de estudio pues casos como este representan aproximaciones cercanas a las próximas decisiones de nuestra autoridad de competencia. Casi veinticinco años —y tres leyes— después, el debate sobre el control de concentraciones en el Perú encuentra mayor vigor que nunca.

Este informe estudia, primero, la concentración de dos de los principales jugadores del mercado de *transmisión eléctrica*, mercado que —por calificar bajo la figura del *monopolio natural*— está sujeto a un *intenso régimen regulatorio*. En particular, se plantea una revisión del marco constitucional y legal que da origen a este procedimiento de control previo, así como un análisis crítico del proceso de evaluación de los efectos en la competencia de esta concentración, y su relación con la regulación sectorial existente.

Posteriormente, este informe analiza el pedido de los involucrados para revisar, años después de su imposición, las decisiones y conclusiones a las que arribó la autoridad en su evaluación inicial.

Por ello, además de las figuras del Derecho de la Libre Competencia aplicables al control de concentraciones, este caso incorpora elementos sobre el ordenamiento jurídico del sector eléctrico, así como reglas del Derecho Administrativo que acuden en apoyo del administrado. Como dice José Carlos LAGUNA DE PAZ, los grandes principios mueren o viven, finalmente, en el acto administrativo.

II. HECHOS

2.1. Con fecha 19 de julio de 2006, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante, "ISA")¹) solicitó a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, la "CLC") autorización para una operación de concentración empresarial.

a) Empresas Involucradas

2.2. ISA es una empresa colombiana de capitales mixtos, con participación mayoritaria estatal. Su accionista mayoritario es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia con el 51.4% de sus acciones, mientras que agentes del sector privado cuentan con una participación de 39.7% y Empresas Públicas de Medellín cuenta con cerca del 9% de las acciones².

2.3. ISA realiza actividades económicas en seis países de Centroamérica y Sudamérica, operando en los sectores eléctrico, de telecomunicaciones y de infraestructura vial, con más de 60,000 kilómetros de infraestructura de transmisión eléctrica desplegada y otros 6,000 kilómetros en construcción³.

2.4. ISA controla a las empresas Red de Energía del Perú S.A. (en adelante, "REP") e Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A. (en adelante, "ISA Perú"), dedicadas a la transmisión de energía eléctrica en el mercado peruano.

2.5. REP es la empresa concesionaria de los Sistemas de Transmisión correspondientes a la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte (en adelante, "ETECEN") y a la Empresa de Transmisión Eléctrica Sur (en adelante, "ETESUR"). Previamente, ETECEN y ETESUR formaban parte del monopolio estatal eléctrico verticalmente integrado que operaba en el Perú hasta la década de 1990.

2.6. Al momento de la operación de concentración, ISA Perú declaró ser concesionaria de dos (2) líneas de transmisión⁴. Actualmente, ISA Perú cuenta con quince (15) líneas de transmisión y once (11) subestaciones⁵.

2.7. La empresa objeto de la operación de concentración es Consorcio Transmantaro (en adelante, "CTM"), concesionaria de la Línea de Transmisión Mantaro-Socabaya, la cual fue licitada en 1998 con el propósito de conectar los dos principales sistemas eléctricos en el Perú (el Sistema Interconectado Centro Norte - SICN y el Sistema Integrado Sur - SISUR, en los cuales operaban ETECEN y ETESUR, respectivamente) a efectos de generar un sistema eléctrico interconectado a lo largo del territorio peruano.

¹ Como se explicará a lo largo del presente informe, la empresa Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. será abreviada como "ISA", mientras que el grupo económico que incluye a ISA y a otras de las empresas mencionadas en el presente documento será denominado el "Grupo ISA".

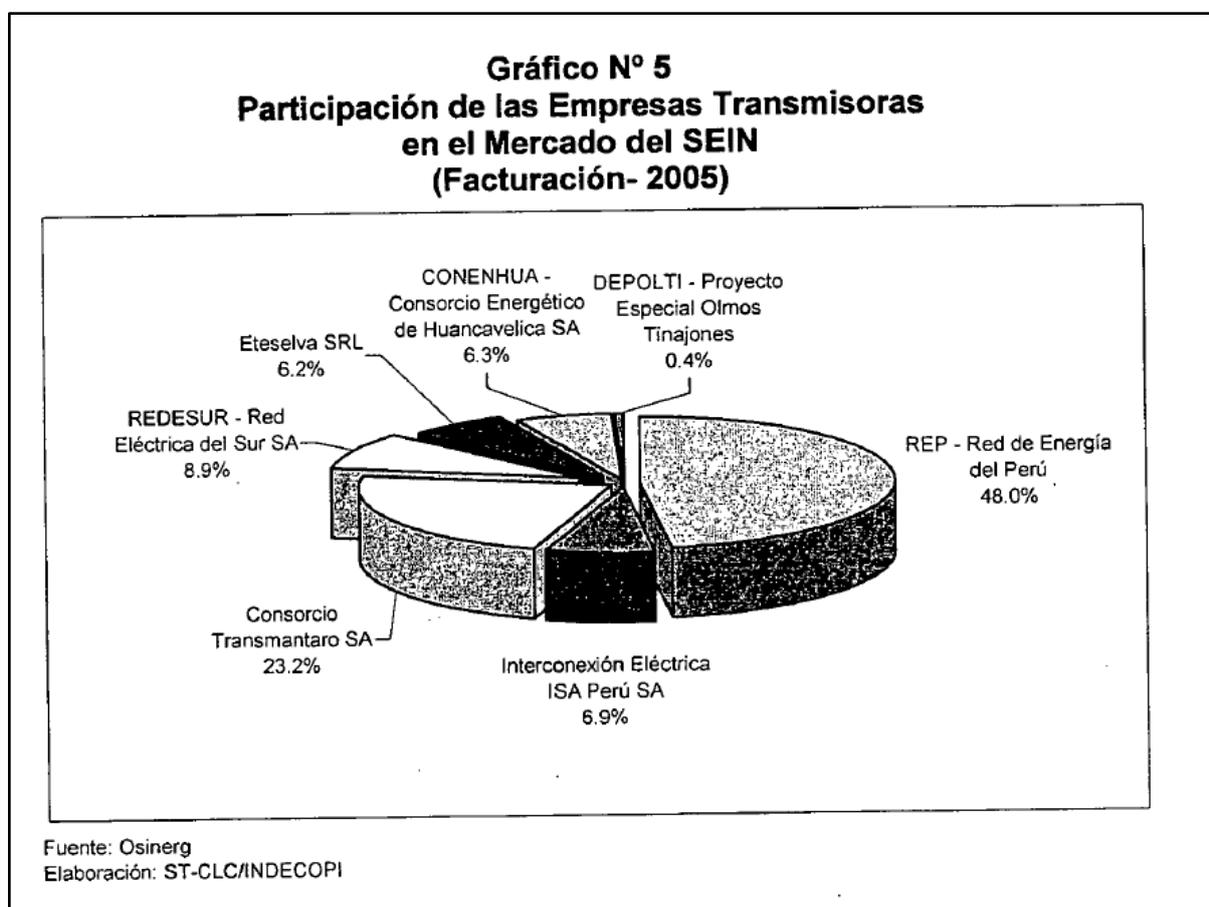
² Composición Accionaria al 31 de diciembre de 2020. Ver: ISA PERÚ (2021). "*Memoria Anual 2020*", p.10. Disponible en: <https://www.isarep.com.pe/SitePages/Documentos.aspx?lang=es&mp=49&ms=52>. [Extraído con fecha 8 de abril de 2022]

³ ISA PERÚ (2021). "*Memoria Anual 2020*", Óp. Cit., p. 9.

⁴ Escrito de Notificación de Concentración ISA-Consorcio Transmantaro, p. 3.

⁵ ISA Perú (2021). "*Memoria Anual 2020*". Óp. Cit., p. 21.

- 2.8. Al momento de la operación, los accionistas de CTM son (i) Hydro Québec International Inc. (en adelante, "HQI"), con el 56% de participación, (ii) el *Fonds de Solidarité des Travailleurs du Québec*, con el 28% (en adelante, el "FDS"), y (iii) ETECEN, con el 15% restante.
- 2.9. REP contaba con una participación de 48% en el segmento de transmisión eléctrica, medida según facturación, mientras que CTM contaba con el 23% e ISA Perú, con el 7%.



Fuente: Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, p. 9

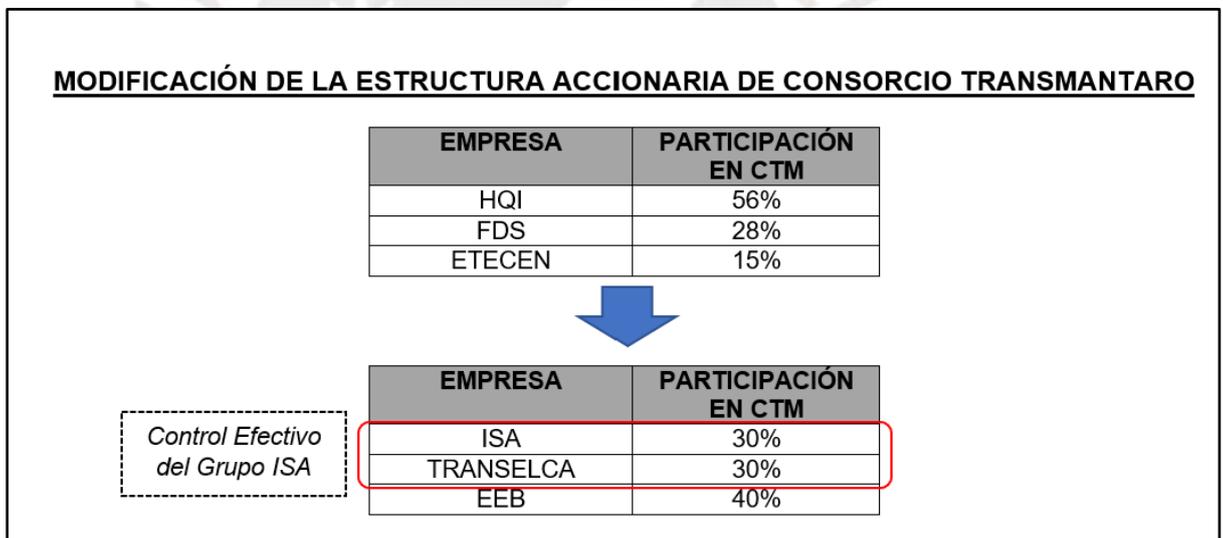
- 2.10. Al medir la participación en el mercado de transmisión según el kilómetro de líneas de transmisión desplegadas, REP contaba con un 66% de participación, CTM con un 9% e ISA Perú con un 6%⁶.
- 2.11. Por ello, bajo ambas métricas, la participación conjunta de ISA tras la operación de concentración propuesta en el segmento excedería el 70% de participación, alcanzando una cuota de mercado de 78% según facturación y de 81% según infraestructura de transmisión desplegada.

b) Estructura de la Operación

- 2.12. La operación de concentración fue estructurada de la siguiente manera:

⁶ Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC (Resolución que Autoriza la Concentración), p. 9.

- i) ISA y Empresa de Energía de Bogotá (en adelante, "EEB") acordaron adquirir la participación de HQI en CTM.
 - ii) ISA y EEB también acordaron adquirir la participación del FDS en CTM en las mismas condiciones que aquellas pactadas con HQI, una vez que FDS ejerció su derecho de venta conjunta (*'tag-along rights'*) respecto de su participación en CTM.
 - iii) Además, a la fecha de la notificación de la operación de concentración, el Estado Peruano se encontraba en proceso de transferir al sector privado mediante licitación el 15% restante de acciones de CTM propiedad de ETECEN. Con fecha 20 de septiembre de 2006, ISA y EEB resultarían adjudicatarias de esta licitación.
- 2.13. Los tres (3) actos de esta operación mantenían la misma proporción entre las empresas compradoras: ISA alcanzaría, a través de sí y de su vinculada TRANSELCA, una participación del 60% en CTM, mientras que EEB contaría con un 40%, por lo que ISA obtendría el control efectivo de CTM⁷.



Elaboración propia

- 2.14. Con fecha 25 de septiembre de 2006, la CLC declaró procedente la solicitud de autorización presentada por ISA, considerándola como una operación única realizada a través de una sucesión de actos para adquirir el control de una empresa de transmisión que superaba los umbrales para actos de concentración horizontal dispuestos por la LASE.

c) Evaluación de la Concentración

⁷ Resolución que Autoriza la Concentración, p. 3.

- 2.15. Con fecha 16 de noviembre de 2006, la CLC emitió la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC (en adelante, la "Resolución que Autoriza la Concentración"), que aprobó el acto de concentración solicitado por ISA.
- 2.16. Para emitir su decisión, la CLC solicitó la opinión técnica del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, el "MINEM") y del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, el "OSINERGMIN"⁸), como entes rector y regulador del sector eléctrico, respectivamente.
- 2.17. Además, debido a las implicancias que la operación de concentración podía tener en el mercado de telecomunicaciones como un mercado relacionado al de transmisión eléctrica, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el "MTC") y el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, el "OSIPTEL"), en su calidad de entes rector y regulador de ese sector.
- 2.18. La CLC también solicitó opinión a la Defensoría del Pueblo.
- 2.19. En atención a la evaluación realizada y a las opiniones técnicas brindadas por las entidades, mediante la Resolución que Autoriza la Concentración, la CLC aprobó la operación de concentración, sujetándola a dos (2) condiciones:
- i) Que el Grupo ISA utilice únicamente un voto en la toma de acuerdos dentro de las instancias de decisión dentro del Comité de Operación Económico del Sistema Interconectado Nacional (en adelante, el "COES"), a fin de evitar que las decisiones del COES respondan a intereses particulares en lugar de a la mejor operación del sistema eléctrico nacional (en adelante, la "Condición COES").
 - ii) Que el Grupo ISA no participe en la segunda convocatoria de licitaciones u otros mecanismos de promoción de la inversión privada para construir o ampliar infraestructura de transmisión eléctrica, cuando dichos procesos hayan sido declarados desiertos en primera convocatoria (en adelante, la "Condición Subastas").
- d) Pedido de Aclaración de la Resolución que Autoriza la Concentración
- 2.20. Tras la emisión de la Resolución que Autoriza la Concentración, ISA solicitó una aclaración sobre su contenido, respecto de los siguientes puntos:
- i) Primero, respecto a las instancias de decisión del COES en las que ISA podría restringir un único voto, conforme a la Condición COES.
 - ii) Segundo, respecto a la existencia de condiciones que podrían determinar el fin de la Condición COES: (i) el ingreso de nuevos operadores que reduzcan

⁸ En 2007, se transfirieron a esta entidad ciertas competencias sobre fiscalización y supervisión y minería, por lo que se modificaron sus siglas de OSINERG a OSINERGMIN. Para mantener la familiaridad con el lector, se emplea la denominación de OSINERGMIN a lo largo del presente informe.

la preponderancia de ISA en el segmento de transmisión, o (ii) la modificación normativa del proceso de toma de decisiones en el COES.

2.21. La CLC respondió al pedido de aclaración de ISA mediante la Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC (en adelante, la "Resolución de Aclaración"), aclarando los siguientes puntos:

- i) Se vigilará que ISA no ejerza preponderancia en las decisiones tomadas en todas las instancias del COES en las que pueda ejercerla, garantizando que no pueda imponer unilateralmente sus posiciones.
- ii) Por ello, la condición tendrá vigencia en tanto los mecanismos de votación considerados en la normativa del sector eléctrico o en los reglamentos del COES otorguen preponderancia a ISA mediante el uso de todos sus votos.

b) Solicitud de Revocación de Condiciones

2.22. Siete años después de la emisión de la Resolución que Autoriza la Concentración, ISA solicita a la CLC levantar las condiciones impuestas. ISA sustenta su pedido, conducido a través de la figura de la revocación, sobre la base de los siguientes argumentos:

- i) Condición COES: Desarrollos normativos posteriores a la Resolución que Autoriza la Concentración —tanto en el sector eléctrico como en las reglas específicas que rigen la toma de decisiones en el COES— eliminan la injerencia preponderante del Grupo ISA en los espacios de decisión del COES. Tras estas modificaciones, ISA argumenta que la Condición COES no controla ningún supuesto de hecho, por lo que debe ser eliminada.
- ii) Condición Subastas: Desarrollos normativos, así como cambios en las condiciones de competencia del mercado de transmisión, evidencian que (i) ISA no cuenta con una ventaja manifiesta en las licitaciones de proyectos de transmisión respecto de los demás postores, y que (ii) el diseño de estas licitaciones no permite el tipo de comportamiento estratégico de los postores que motivó la Condición Subastas.

2.23. En atención a estos cambios, ISA sostiene que el riesgo que da origen a la Condición Subastas no puede materializarse, por lo que esta condición también debe ser eliminada.

2.24. Por ello, ISA solicita la revocación parcial de la Resolución que Autoriza la Concentración, eliminando las dos (2) condiciones a las que se sujetó el acto de concentración, pero manteniendo intacta la autorización de la concentración.

c) Evaluación del Pedido de Revocación

- 2.25. Mediante la Resolución 1917-2013/SDC-INDECOPI, la Sala del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la "Sala") determinó ser competente para evaluar la solicitud planteada por ISA, amparada en la figura de revocación contenida en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la "LPAG").
- 2.26. A efectos de resolver el pedido, solicita opiniones a las cinco (5) entidades cuya opinión fue recogida durante la evaluación de la operación de concentración (MINEM, OSINERGMIN, MTC, OSIPTEL y la Defensoría del Pueblo), además de la opinión de la Secretaría Técnica de la CLC, como órgano técnico que tuvo a su cargo la evaluación del acto de concentración.
- 2.27. Con fecha 22 de julio de 2014, se emitió la Resolución 0623-2014/INDECOPI-SDC (en adelante, la "Resolución de Revocación"), que acepta el pedido de ISA y revoca las dos (2) condiciones impuestas por la Resolución que Autoriza la Concentración, al haber verificado cambios de circunstancias que diluyen la preocupación que motivó a la CLC a imponer dichas condiciones.
- i) En el caso de la Condición COES, estos factores fueron dos (2): los cambios normativos y el incremento de participantes en el segmento de transmisión eléctrica, que reducen la participación de ISA en los votos del COES.
 - ii) En el caso de la Condición Subastas, los factores serían también dos (2): los cambios normativos sobre diseño de subastas encargadas a PROINVERSIÓN y sobre remuneración de titulares de nuevas líneas de transmisión, así como los resultados de las propias subastas de proyectos de nueva infraestructura de transmisión.
- 2.28. Además, la Resolución de Revocación incorporó el siguiente precedente de observancia obligatoria:
- i) Cuando una operación de concentración se sujete a una condición de conducta, esta deberá estar asociada a un horizonte temporal, tras el cual se gatilla una revisión de la autoridad de competencia.
 - ii) Sin perjuicio de ello, las empresas podrán solicitar el levantamiento de las condiciones impuestas a través del mecanismo de revocación, debiendo identificar el cambio de circunstancias correspondiente que amerite dicha revocación.

III. CUESTIONES PREVIAS

3.1. CUESTIÓN PREVIA 1: MARCO CONCEPTUAL Y LEGAL SOBRE EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL PERÚ

a) Control de Concentraciones: concepto y metodología

El control de concentraciones es una herramienta de la política de libre competencia, a partir de la cual se establece un marco normativo que sujeta una operación de concentración entre dos o más empresas al control previo de la Administración Pública.

Debido a que una fusión o adquisición empresarial modifica la estructura de la industria (o las industrias) en la que se produce esta operación, el control de concentraciones tiene por objetivo conocer si esta unión de negocios conducidos previamente en forma independiente podría tener como resultado un funcionamiento menos competitivo del mercado que aquel existente de manera previa a la concentración⁹.

De acuerdo a los profesores KRESALJA y OCHOA, el objetivo de las normas de libre competencia es "garantizar la operatividad o funcionalidad de la competencia económica como ordenador o regulador constitucional del mercado"¹⁰.

Por ello, el control de concentraciones —como una de las herramientas del Derecho de la Libre Competencia— busca evaluar cuáles serían los efectos de una concentración en esa 'operatividad' o 'funcionalidad' de la competencia, *de manera previa* a que la concentración surta efectos.

Por ello, a diferencia de la evaluación y sanción de conductas anticompetitivas, que —por su propia naturaleza— se llevan a cabo *después* de realizada la conducta (i.e., *ex-post*), al control de concentraciones se le considera una herramienta *ex-ante* de la política de libre competencia.

Al involucrar necesariamente un análisis de carácter prospectivo y, por ende, teórico, las autoridades de competencia deben desarrollar una *teoría del daño* de la concentración sobre las condiciones de competencia. Esta teoría del daño debe detallar por qué causa y de qué manera se produciría un detrimento en las condiciones de competencia del mercado bajo análisis¹¹. Los componentes de este análisis se desarrollan con más detalle en las Secciones 6.1 y 6.2 de este informe.

Es común categorizar a las concentraciones según el vínculo de mercado que comparten las empresas involucradas¹²:

⁹ WHISH, Richard y David BAILEY (2012). "Competition Law". Séptima Edición. Oxford University Press., p. 810. Traducción libre de: "In each [merger review] case the essential question is whether previously independent businesses have come or will come under common control with the consequence that, in the future, the market will function less competitively than it did prior to the merger."

¹⁰ KRESALJA, Baldo y César OCHOA (2020). "Derecho Constitucional Económico". Tomo 1: Economía social de mercado y derechos económicos fundamentales. Fondo Editorial PUCP, p. 538.

¹¹ WHISH, R. y D. BAILEY (2012). "Competition Law". Óp. Cit., p. 818.

¹² INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2006). "Merger Guidelines Workbook", pp. 10-12. Disponible en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_MergerGuidelinesWorkbook.pdf.

- i) Concentraciones horizontales: En caso las empresas involucradas operen en el mismo nivel de producción o distribución de bienes o servicios (i.e., en el mismo mercado relevante).
- ii) Concentraciones verticales: Las empresas operan en niveles complementarios de la cadena productiva o de distribución (i.e., manufactura y venta *retail* de un mismo producto).
- iii) Concentraciones de conglomerado: Las empresas operan en mercados diferentes y sin una relación vertical.

Tradicionalmente, al resultar de la unión entre dos empresas que previamente eran competidoras, una concentración horizontal disminuye el número de competidores en una industria o segmento, y puede crear una entidad con mayor poder de mercado a aquel sostenido de manera previa¹³.

En el caso de estas concentraciones, las principales teorías del daño involucran los llamados efectos unilaterales o efectos coordinados:

- i) Efectos Unilaterales: Como resultado de la concentración y el menor número de competidores, el agente económico concentrado incrementa su capacidad de ejercer poder de mercado¹⁴, que puede manifestarse a través del incremento de precios, menor producción (i.e., '*output*'), variedad e innovación o por la eliminación de cualquier otro parámetro de presión competitiva¹⁵.
- ii) Efectos Coordinados: Bajo ciertas condiciones, una concentración puede facilitar que las empresas concentradas y sus competidores coordinen entre ellas conductas anticompetitivas. El análisis de efectos coordinados requiere evaluar si la concentración creará o fortalecerá aquellas condiciones de mercado que faciliten estas coordinaciones anticompetitivas¹⁶.

Por su parte, las concentraciones verticales y de conglomerado pueden involucrar posibles efectos anticompetitivos que, caso por caso, den origen a teorías del daño específicas. Aunque tradicionalmente las concentraciones de este tipo no han sido el foco de las agencias

¹³ COLOMA, Germán (2009). "Defensa de la Competencia: Análisis Económico Comparado". Segunda Edición. Ediciones Ciudad Argentina, p. 284.

¹⁴ Conforme a las Horizontal Merger Guidelines, la referencia al 'ejercicio de poder de mercado' hace referencia a (i) la creación de poder de mercado, (ii) su incremento, (iii) la profundización del poder de mercado como incumbente (i.e., '*entrenchment*', y (iv) la facilitación del ejercicio del poder de mercado.

Ver: FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (2010). "*Horizontal Merger Guidelines*". Guía Metodológica sobre concentraciones horizontales elaborada por el Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos, p. 1. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/file/810276/download>.

Traducción libre de: "*The unifying theme of these Guidelines is that mergers should not be permitted to create, enhance, or entrench market power or to facilitate its exercise. For simplicity of exposition, these Guidelines generally refer to all of these effects as enhancing market power*".

¹⁵ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2006). "Merger Guidelines Workbook", Óp. Cit., p. 39.

¹⁶ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2006). "Merger Guidelines Workbook", Óp. Cit., p. 11.

de competencia¹⁷, recientemente algunas jurisdicciones han buscado distanciarse de esa premisa¹⁸.

Por tanto, conforme a la Guía sobre Control de Concentraciones de la INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, un régimen de control de concentraciones debe plantearse las siguientes preguntas básicas¹⁹:

- i) ¿Qué procedimiento se empleará para el análisis de los efectos en la competencia de un acto de concentración?
- ii) ¿Qué transacciones estarán sujetas a este procedimiento de análisis?

El primer nivel de análisis involucra estudiar cómo la concentración afectará la rivalidad entre agentes económicos, quienes buscan obtener el 'favor' de los consumidores según las condiciones que cada uno ofrece.

Como indican los Merger Assessment Guidelines del Reino Unido (elaborados por su agencia de competencia, la COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY), esto incluye conocer el proceso competitivo en los mercados relevantes e identificar sus principales parámetros de competencia, los cuales podrán depender de los distintos niveles de la cadena productiva en los que las empresas a concentrarse operan, los vínculos entre ellas y con sus rivales, entre otros factores²⁰.

Sobre la base de este análisis, la autoridad de competencia deberá construir una hipótesis sobre cómo la concentración puede generar efectos negativos al proceso competitivo. Además, las agencias de competencia deben 'balancear' estos daños con posibles efectos pro-competitivos de la operación.

En segundo lugar, para evaluar si la concentración bajo análisis debe ser aprobada (o si corresponden otras medidas), la autoridad de competencia debe evaluar si la concentración supera o no un estándar o *test* sustantivo.

Aunque distintas jurisdicciones emplean denominaciones variadas para sus estándares, actualmente estamos ante una *convergencia normativa global* en su aplicación, como indica la profesora Tania ZÚÑIGA. Desde 2004 la Unión Europea aplica un estándar (el

¹⁷ Ver: WHISH, R. y D. BAILEY (2012). "Competition Law". Óp. Cit., pp. 819-820; así como INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2006). "Merger Guidelines Workbook", Óp. Cit., pp. 12-13.

¹⁸ En 2021, la Federal Trade Commission de los EEUU dejó sin efecto las Vertical Merger Guidelines aprobadas un año antes por, según su criterio, incorporar beneficios pro-competitivos de las concentraciones verticales "sin sustento legal ni en la realidad de los mercados".

Ver: FEDERAL TRADE COMMISSION (2021). "Federal Trade Commission Withdraws Vertical Merger Guidelines and Commentary". Nota de Prensa. Disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2021/09/federal-trade-commission-withdraws-vertical-merger-guidelines-commentary>; así como FEDERAL TRADE COMMISSION (2022). "Federal Trade Commission and Justice Department Seek to Strengthen Enforcement Against Illegal Mergers: Agencies Launch Joint Public Inquiry Aimed at Modernizing Merger Guidelines to Better Detect and Prevent Anticompetitive Deals". Nota de Prensa, disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/01/federal-trade-commission-justice-department-look-strengthen-enforcement-against-illegal-mergers>. Enlaces revisados con fecha 8 de abril de 2022.

¹⁹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2006). "Merger Guidelines Workbook", Óp. Cit., p. 2. Traducción libre de: "Any system of merger control must set a substantive test against which to determine whether a particular merger should be modified or prohibited. The two basic questions in merger review are: (a) which transactions are subject to review under merger control laws; and (b) how should the substantive legal test -against which mergers should be assessed- translate into a competition test?"

²⁰ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (2021). "Merger Assessment Guidelines". Guía Metodológica de la Agencia de Competencia del Reino Unido, pp. 6 y 8-9.

"Impedimento Significativo a la Competencia Efectiva" o Test SIEC, por sus siglas en inglés) similar al estándar de '*Substantial Lessening of Competition*' o Test SLC, aplicado en jurisdicciones anglosajonas como Estados Unidos o el Reino Unido²¹.

Antes de dicho cambio, la Unión Europea aplicaba un estándar diferente (*test de dominancia*), lo que daba pie a determinadas diferencias en los análisis que pudieran llevarse en las jurisdicciones mencionadas²².

En conclusión, el control de concentraciones sujeta a estas operaciones a un control previo de la autoridad de competencia, que debe (i) evaluar posibles efectos anticompetitivos, y enmarcará estos efectos dentro de una teoría del daño, y (ii) concluir si la concentración podría incumplir o no con el estándar aplicable: es decir, concluir si llevaría a un impedimento (Test SIEC, en la Unión Europea) o disminución (Test SLC, en mercados anglosajones) significativa de la competencia en el mercado estudiado.

Finalmente, la segunda pregunta crucial —"¿Qué transacciones estarán sujetas a este procedimiento de análisis?"— busca determinar el ámbito de aplicación del control de concentraciones: cuáles de estas operaciones estarán sujetas al procedimiento de evaluación. El umbral aplicable en el caso peruano es discutido a continuación.

b) Experiencia de Control de Concentraciones en el Sector Eléctrico peruano

En el caso peruano, la Ley 26876, "Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico" (en adelante, la "LASE") aprobó en 1997 un régimen de control de concentraciones en el sector eléctrico²³, sujeto a la autorización previa de la CLC. El Reglamento de la LASE sería aprobado mediante Decreto Supremo 017-98-ITINCI.

El objetivo de este régimen es evitar los actos de concentración que disminuyan, dañen o impidan la competencia en el sector eléctrico²⁴, para lo cual se establece un régimen de notificación previa y obligatoria, sujeto a ciertos umbrales.

El concepto de "acto de concentración" establecido por la LASE²⁵ abarca aquellas figuras jurídicas que impliquen una modificación permanente y relevante en la estructura de control

²¹ ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, Tania (2018). "El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: fundamentos para su regulación", en: *Revista Ius et Veritas*, No. 56 - Julio 2018, pp. 247-248. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20300>.

²² WHISH y BAILEY describen al detalle este proceso de convergencia. Ver: WHISH, R. y D. BAILEY (2012). "Competition Law", Óp. Cit., pp. 863-867.

²³ En 2021 la LASE sería derogada por la Ley 31112, "Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial". Algunas particularidades de este nuevo marco normativo serán discutidas en el presente informe.

²⁴ LASE. "Artículo 1

Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados. [Subrayado Agregado]

²⁵ LASE. "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 (...). Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica (...) por virtud del cual se concentren sociedades (...) o activos en general (...).

del agente económico objeto de la concentración, por lo que esta conceptualización ha sido caracterizada como bastante amplia²⁶.

Para MANAYALLE y FLORÍNDEZ el objetivo de dicha definición es que "solo las operaciones que impliquen un cambio efectivo en la estructura de control de la empresa adquirida requieran de la autorización previa del INDECOPI, con la finalidad de no alterar el dinamismo del mercado"²⁷.

Las concentraciones horizontales que involucren a empresas con una participación de 15% o más, así como aquellas con participación superior al 5% en el caso de concentraciones verticales, estuvieron sujetas a este régimen²⁸. Estos porcentajes son calculados sobre los ingresos reportados el año anterior a la concentración²⁹.

Una vez definidas las operaciones de concentración sujetas al control de concentración, el Reglamento de la LASE establece el procedimiento mediante el cual se exige (i) la notificación obligatoria, a cargo del adquirente o de las empresas participantes³⁰, (ii) la verificación de la CLC respecto a la información enviada³¹, (iii) y los requisitos adicionales de información, que pueden estar dirigidos a las empresas notificantes³² o a otras entidades, a fin que emitan un pronunciamiento técnico sobre el sector a su cargo³³.

El artículo 19 del Reglamento de la LASE desarrolla los criterios sustantivos con los que se evalúan los efectos de la concentración en la competencia del sector eléctrico, tal como se desarrolla en la Sección 6.1.

²⁶ DABBAH, Maher M. y Carlos PATRÓN SALINAS (2012). "Peru", en DABBAH, Maher M. y Paul LASOK, QC (Eds.). "Merger Control Worldwide". Oxford University Press, p. 1059.

Traducción libre de: "Building upon the open-ended description set forth in Article 2 of the AAL, the Free Competition Commission has defined the concept of 'concentration' as any operation that produces a relevant modification in the structure of control over a given undertaking."

²⁷ MANAYALLE, Alejandro y Francisco José FLORÍNDEZ (2020). "Comentarios al procedimiento de control de concentraciones en el sector eléctrico peruano", en: FORSETI. Revista de Derecho de la Universidad del Pacífico No. 8, Año 11. Lima, Perú, p. 42. Disponible en: <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1257>.

²⁸ LASE. "Artículo 3

(...) 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. (...)."

²⁹ Reglamento de la LASE. "Artículo 9.- Cálculo de la participación de las empresas involucradas en la operación.

(...) Tales porcentajes serán establecidos en relación al total de ingresos percibidos, durante el año calendario anterior a la fecha de la Notificación, por las Empresas que Desarrollan la misma Actividad en cualquiera de los Sistemas Interconectados, de conformidad con lo establecido en el Artículo 8 segundo párrafo de la Ley." [Subrayado Agregado]

³⁰ Reglamento de la LASE. "Artículo 13.- Obligados a realizar la Notificación.

En los casos de fusión, conformación de una empresa en común o de una toma de control conjunto, la Notificación deberá ser realizada conjuntamente por las empresas que participan en la operación; cuando se trate de una adquisición por parte de una Persona o empresa respecto de la totalidad o parte de una o más empresas, la Notificación deberá ser presentada por el adquirente."

³¹ Reglamento de la LASE. "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. (...)."

³² Reglamento de la LASE. "Artículo 17.- Requerimiento de información adicional.

(...) [L]a 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 (...)."

³³ Reglamento de la LASE. "Artículo 35.- Solicitud de información a terceros.

La Comisión, la Sala o la Secretaría podrán solicitar a la Comisión de Tarifas Eléctricas, al Ministerio de Energía y Minas, al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG y/o a cualquier otro organismo público, un informe sobre los aspectos técnicos de los servicios y/o productos vinculados a la Operación de Concentración notificada así como a los mercados respectivos, objeto de evaluación y autorización según el presente Reglamento. (...)."

En caso INDECOPI concluya que la concentración tendría como efecto la disminución, impedimento o daño a la competencia en el sector eléctrico, la concentración podría sujetarse a condiciones o ser revertida, de haberse realizado indebidamente. Alternativamente, el INDECOPI podía proponer modificaciones a la concentración que eviten estos efectos anticompetitivos³⁴.

Tal como indica expresamente el Reglamento de la LASE, que una operación de concentración esté sujeta a este régimen de evaluación previa "no supone un prejuzgamiento de los efectos de la concentración sobre la competencia"³⁵, sino únicamente que se encuentra dentro del ámbito de aplicación normativo de la LASE, por lo que debe contar con una autorización previa de INDECOPI para que pueda surtir efectos.

c) Control de Concentraciones y Derecho Administrativo: Autorizaciones y Poder de Policía

Como hemos dicho, la LASE sujeta a ciertos actos de concentración a un régimen de evaluación previa, el cual puede culminar en una autorización o en una denegatoria, en cuyo caso la concentración no surtirá efectos.

La aplicación de la LASE involucra conceptos cruciales en el Derecho Administrativo, como son la autorización administrativa, y el marco general de esta intervención: la actividad de policía o de limitación. Estas dos figuras pueden manifestarse en ámbitos tan diversos como existan intereses públicos a ser protegidos: salud pública, medio ambiente, patrimonio histórico o cultural, o incluso la protección de la libre y leal competencia³⁶.

LAGUNA DE PAZ define a la autorización como "el acto administrativo que declara el derecho de un particular a realizar una actividad en régimen de libre iniciativa, tras un control preventivo de la legalidad o de la oportunidad del ejercicio de esta actividad"³⁷.

El sustento de las autorizaciones como técnica de intervención administrativa en la actividad de los particulares es el 'potencial dañoso' de cada actividad. Este potencial dañoso exige una verificación previa, a fin que la Administración Pública pueda cerciorarse de la legalidad del ejercicio de la actividad en cuestión, antes que esta se realice.

Las autorizaciones tienen un carácter declarativo, pues no otorgan un derecho sino sólo la posibilidad de ejercerlo³⁸. En tanto las autorizaciones permiten este ejercicio de derechos, la

³⁴ Reglamento de la LASE. "Artículo 23.- Propuestas de la Comisión o de la Sala." [Subrayado Agregado]

En cualquier estado del procedimiento de evaluación previa y antes de que se adopte la decisión final, la Comisión o la Sala podrán proponer a las Personas o empresas que efectuaron la Notificación las modificaciones a la Operación de Concentración que, a su juicio, remuevan los elementos que ocasionan o pudieran ocasionar una limitación a la competencia en las Actividades o en los mercados relacionados." [Subrayado Agregado]

³⁵ Reglamento de la LASE. "Artículo 9.- Cálculo de la participación de las empresas involucradas en la operación.

Sólo a efectos de la notificación y sin que ello suponga un prejuzgamiento de los efectos de la operación sobre la competencia, (...).

Artículo 11.- Efecto de la Notificación.

Una vez notificada, la Operación de Concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno (...). 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." [Subrayado Agregado]

³⁶ REBOLLO PUIG, Manuel (2009). "Lección 12: La Actividad de Limitación", en: CANO CAMPOS, Tomás (coord.). "Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo", Vol. 3, Tomo 2 - La Actividad de las Administraciones Públicas: Contenido. Editorial Iustel, p. 15.

³⁷ LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2006). "La Autorización Administrativa". Editorial Thomson Civitas. 1ra Edición, p. 52.

³⁸ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La Autorización Administrativa". Op. Cit., p. 37

doctrina considera a las autorizaciones como actos administrativos favorables, pues "amplían la esfera jurídica del particular"³⁹.

De acuerdo a los conceptos revisados, puede concluirse que el procedimiento de evaluación de control de concentraciones contenido en la LASE se ajusta a los requisitos planteados por la doctrina para un régimen de autorizaciones.

- i) Primero, la LASE efectivamente representa un control previo de legalidad: su objetivo es verificar si la operación de concentración analizada cumple o no con el estándar normativo (i.e., si tendrá por efecto disminuir, dañar, o impedir la libre competencia). En caso este estándar no sea superado, la autoridad deberá rechazar la concentración.
- ii) Segundo, el régimen de autorización previa de la LASE efectivamente está sustentado en un potencial dañoso: los posibles efectos anticompetitivos que pueda arrojar el análisis de la CLC. Por ello, esta evaluación busca justamente evitar la materialización de daños a la libre competencia que generaría la concentración.
- iii) Tercero, sí existe un derecho preexistente a la autorización: en atención a los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento, los privados pueden elegir el diseño de la estructura corporativa que deseen. La LASE no impide o niega, en abstracto, estos derechos, sino que restringe los efectos de las operaciones corporativas de concentración hasta recibir la autorización correspondiente.

Finalmente, las autorizaciones que limitan el ejercicio de actividades económicas están vinculadas al ejercicio del Poder de Policía de la Administración Pública⁴⁰, también llamada Actividad de Limitación⁴¹.

Para BALDEÓN MIRANDA, la actividad de policía es una técnica de intervención administrativa a través de la cual la Administración Pública regula, inspecciona, vigila, controla, prohíbe y sanciona actividades de los agentes privados⁴². El objetivo de esta actuación estatal es ordenar y limitar las actividades de los ciudadanos para proteger o garantizar el interés general⁴³.

Al estar basada en la coerción e imposición de estándares de conducta, la doctrina coincide en que la actividad de policía debe ejercerse únicamente en aplicación de una ley. Este carácter coercitivo diferencia a la actividad de policía o de limitación frente a las otras dos categorías clásicas de la actividad administrativa: la actividad de fomento, basada en la

³⁹ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La Autorización Administrativa". Óp. Cit., p. 160.

⁴⁰ LAGUNA DE PAZ identifica a otros dos ámbitos de las autorizaciones -las demaniales y de competencia- pero estas no tienen mayor vínculo con el caso materia del presente informe. Ver: LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La Autorización Administrativa". Óp. Cit., pp. 35-36.

⁴¹ REBOLLO PUIG, Manuel. "Lección 12: La Actividad de Limitación". Óp. Cit., p. 21. Para REBOLLO PUIG, la actividad de policía es una manifestación específica de la actividad de limitación dirigida específicamente a la protección del orden público (i.e., seguridad, salubridad y tranquilidad pública). Otros autores continúan usando el término clásico de la actividad de policía como equiparable a lo que REBOLLO PUIG refiere como actividad de limitación.

⁴² BALDEÓN MIRANDA, Carlos (2014). "La Autorización del Servicio Público: Bases para una liberalización plena del sector telecomunicaciones". Adrus Editores, p. 42.

⁴³ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La Autorización Administrativa". Óp. Cit., p. 40.

persuasión; y la actividad de servicio público, basada en un rol de garantía o de prestación directa, según el caso⁴⁴.



⁴⁴ REBOLLO PUIG, Manuel. "Lección 12: La Actividad de Limitación". Óp. Cit., p. 33.

3.2. CUESTIÓN PREVIA 2: MARCO CONCEPTUAL SOBRE EL SECTOR ELÉCTRICO

a) Introducción a la Regulación del Sector Eléctrico

El mercado eléctrico peruano está regulado principalmente por la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada mediante Decreto Ley 25844 (en adelante, la "LCE"), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-93-EM. Estas normas, aprobadas a inicio de la década de 1990, tuvieron como objetivos lograr la suficiencia en el suministro eléctrico e introducir mercados competitivos al sector, donde ello fuera posible⁴⁵.

Tras más de treinta años de operación como un monopolio estatal verticalmente integrado, la LCE inició un proceso de desintegración de la industria en tres segmentos: generación, transmisión y distribución:

- i) La generación se encarga de transformar fuentes de energía primaria, como la luz solar, los hidrocarburos o el flujo hidráulico, en energía eléctrica⁴⁶.
- ii) La transmisión permite transportar la electricidad desde las unidades de generación hasta las zonas de consumo final (i.e., ciudades o unidades productivas alejadas, como campamentos mineros), a través de grandes distancias y en altos niveles de tensión⁴⁷.
- iii) La distribución transporta la energía eléctrica en la 'última milla', llevando la electricidad desde los sistemas de transmisión hacia los consumidores finales mediante redes eléctricas de mediana y baja tensión⁴⁸.

Los distribuidores (a nivel mayorista y minorista) y generadores (a nivel mayorista) comercializan electricidad como actividad complementaria.

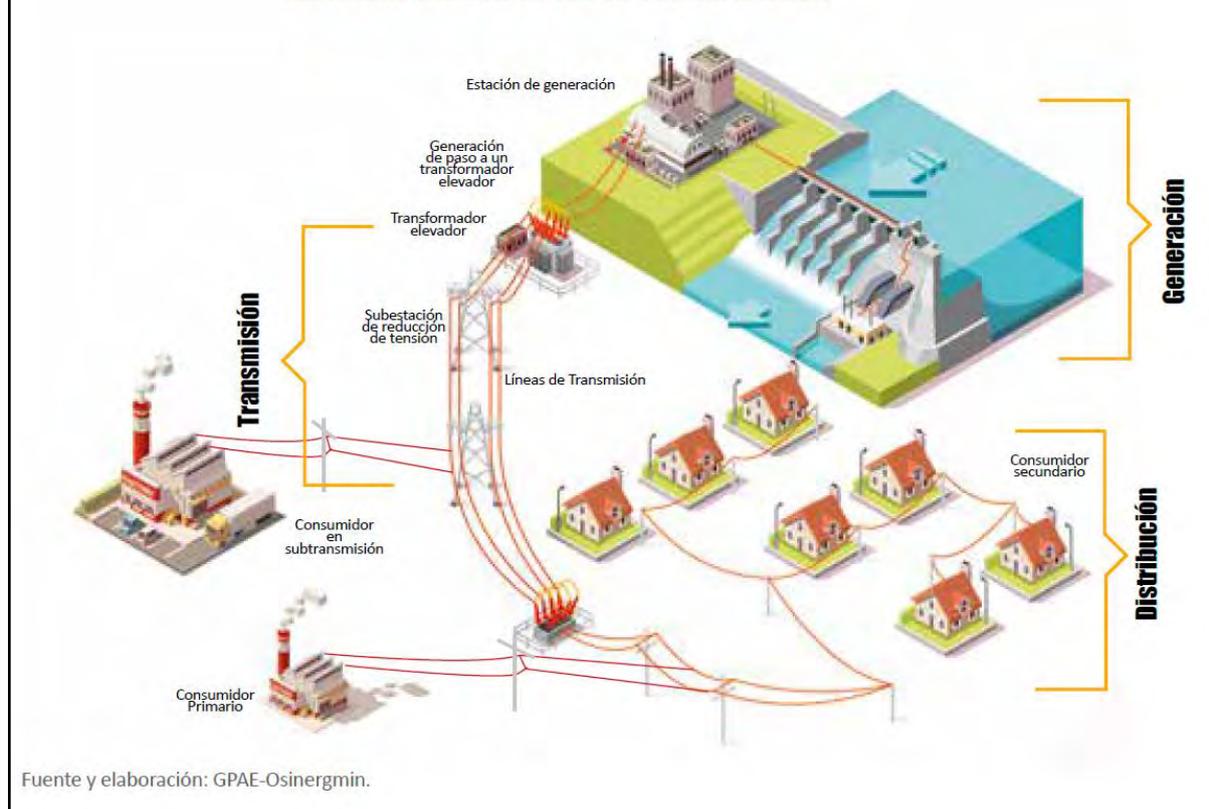
⁴⁵ OSINERGMIN (2016). "*La Industria de Electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*". Gerencia de Políticas y Análisis Económico de OSINERGMIN, p. 105. Disponible en: https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Osinergmin-Industria-Electricidad-Peru-25años.pdf.

⁴⁶ OSINERGMIN (2016). "*La Industria de Electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*". Óp. Cit., p. 36.

⁴⁷ OSINERGMIN (2016). "*La Industria de Electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*". Óp. Cit., p. 38.

⁴⁸ OSINERGMIN (2016). "*La Industria de Electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*". Óp. Cit., p. 41.

Ilustración 1-2 Cadena de valor de la electricidad



Fuente: OSINERGMIN (2016). "La Industria de Electricidad en el Perú", p. 34.

En paralelo a la segmentación de la industria, el Estado peruano buscó la inyección de capital privado en la industria a través de un plan de privatización de activos estatales⁴⁹.

Antes de la reforma, el país contaba con un coeficiente de electrificación cercano al 50%, la oferta de energía cubría únicamente el 74% de la demanda en el país y sólo el 45% del país contaba con acceso a electricidad. Además, debido a la politización de los procesos de fijación tarifaria, estas solo cubrían el 23% de los costos de operación, llevando a pérdidas por US\$426 millones en el sector hacia 1989⁵⁰.

La LCE dispuso la formación de comités de operación del sistema para coordinar la oferta y demanda eléctrica en tiempo real y asignar el despacho de las centrales basándose en un principio de menor costo marginal. La interconexión de los mencionados sistemas SICN y SISUR en el año 2000 permitió la integración de sus dos comités de operación en el COES.

La reforma del sector eléctrico fue acompañada de estándares mínimos de calidad en la energía y suministro exigibles a los agentes, mediante los cuales se supervisaría y fiscalizaría a los agentes económicos del sector, establecidos en la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, aprobada por el Decreto Supremo 020-97-EM (en adelante, la "NTCSE").

⁴⁹ De acuerdo a OSINERGMIN, entre 1994 y 1996 se privatizó cerca del 55% de la capacidad de generación y el 60% de la distribución (por número de clientes) del país. Ver: OSINERGMIN. "La Industria de Electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país". Óp. Cit., p. 108.

⁵⁰ DAMMERT, Alfredo, Raúl GARCIA CARPIO y Fiorella MOLINELLI ARISTONDO (2012). "Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico". Fondo Editorial de la PUCP, p. 264.

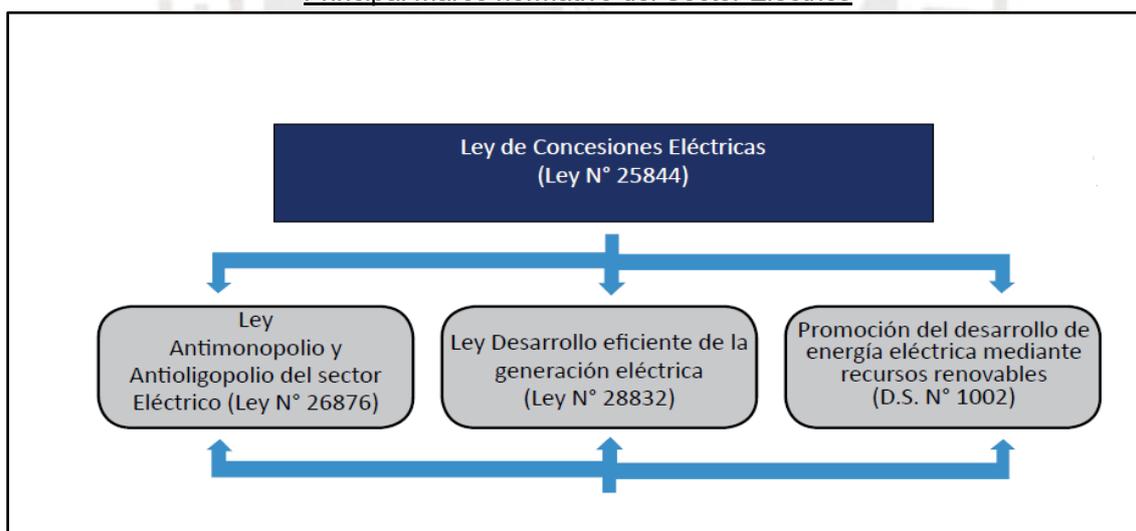
El tercer pilar del marco normativo general del sector eléctrico está compuesto por la LASE, que desde 1997 implementó un régimen de control de concentraciones en el sector eléctrico, conforme a los alcances ya descritos.

Aunque el artículo 122 de la LCE inicialmente prohibió la integración vertical en el sector eléctrico, la LASE modificó ese artículo para permitir las concentraciones que "no impliquen una disminución, daño o restricción a la competencia"⁵¹; es decir, aquellas concentraciones que sean autorizadas por la CLC en virtud del control de concentraciones aprobado por la LASE.

Trece años después de la promulgación de la LCE y su Reglamento, se aprobó la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (en adelante, la "Ley 28832"). Esta norma, aprobada durante la evaluación de la concentración entre ISA y CTM, tenía por objetivo corregir deficiencias del marco regulatorio que llevaron a una crisis de precios y de seguridad en el abastecimiento eléctrico, originada por sequías durante el año 2004.

Entre los principales cambios introducidos por la Ley 28832 están (i) una menor intervención regulatoria en la fijación de precios para la generación eléctrica, (ii) la modificación de los mecanismos para el despliegue de nueva infraestructura de transmisión eléctrica, y (iii) la introducción de licitaciones de suministro entre generadoras y distribuidoras que aseguren el suministro eléctrico a clientes regulados en el largo plazo.

Principal marco normativo del Sector Eléctrico



Fuente: OSINERGMIN (2016). "La Industria de Electricidad en el Perú", p. 120.

⁵¹ Ley de Concesiones Eléctricas. "Artículo 122.

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

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

Aunque la LCE no introdujo un organismo independiente para regular a la industria, pues la Dirección General de Electricidad mantuvo inicialmente funciones de supervisión, en 1997 el OSINERGMIN —entonces OSINERG— inició funciones de fiscalización, mientras que la fijación tarifaria estaba a cargo de la Comisión de Tarifas Eléctricas. Años después, con la entrada en vigencia de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, OSINERGMIN absorbió las funciones de fijación tarifaria de la Comisión de Tarifas Eléctricas, actualmente denominada Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria — GART.

b) Marco Regulatorio aplicable a la actividad de Transmisión Eléctrica

El acto de concentración entre ISA y CTM involucra a dos empresas de transmisión eléctrica y ocurre exclusivamente en este segmento. Por ello, describiremos brevemente algunos aspectos que caracterizan a la actividad de transmisión eléctrica conforme al marco normativo peruano.

Un sistema de transmisión eléctrica permite el transporte de electricidad a través del sistema, y consiste de (i) líneas de transmisión, y (ii) subestaciones asociadas. Así, una línea de transmisión puede conectar una unidad de generación con un sistema de distribución (i.e., una ciudad), con un gran usuario de energía (i.e., una unidad minera), o con otra subestación, además de poder conectar dos subestaciones.

Inicialmente, la LCE creó dos sistemas de transmisión eléctrica:

- i) El Sistema Principal de Transmisión - SPT: Conformado por líneas troncales comunes a todos los generadores del SEIN, permitiendo el intercambio libre de electricidad.
- ii) El Sistema Secundario de Transmisión - SST: Permite a generadores y distribuidores conectarse al SPT (i.e., inyectar y retirar energía), siendo solo unidireccional.

La Ley 28832 representó un cambio estructural en las reglas aplicables a nuevas inversiones de transmisión eléctrica, al crear dos nuevas categorías de sistemas de transmisión y modificar las reglas para el desarrollo de nueva infraestructura de transmisión.

El marco normativo anterior sobre transmisión eléctrica generaba incertidumbre y era innecesariamente riesgoso para el inversionista, en tanto exigía revisiones periódicas del regulador que tenían impacto en las remuneraciones⁵².

Para resolver este problema, la Ley 28832 introdujo (i) una etapa de planificación conjunta entre el COES, MINEM y OSINERGMIN con efectos vinculantes; y (ii) un proceso de competencia por el mercado mediante licitaciones para nuevos proyectos de transmisión.

⁵² OSINERGMIN-MINEM (2005). "*Libro Blanco del Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica*". Comisión Especial MINEM-OSINERGMIN creada por la Ley 28447, p. 58.

En primer lugar, el Plan de Transmisión identificaría los principales proyectos a realizar y permitiría el compromiso de recursos necesarios para su remuneración, pero permitiendo la construcción de otros proyectos que no interfieran con la red.

En segundo lugar, la Ley 28832 introdujo la obligatoriedad de licitar los proyectos incluidos en el Plan de Transmisión, garantizando remuneraciones basadas en los términos de la oferta presentada en la licitación.

Además, la Ley 28832 creó el Sistema Garantizado de Transmisión - SGT, compuesto por las instalaciones incluidas en el Plan de Transmisión y sujetas a licitación; y el Sistema Complementario de Transmisión - SCT, que surge de acuerdo a las necesidades de los generadores o de la demanda.

La Ley 28832 dispuso que los sistemas de transmisión implementados tras su entrada en vigencia sólo podrían ser considerados como SGT o SCT, manteniendo las categorías de SPT y SST solo para la infraestructura de transmisión existente antes de su vigencia.

c) Transmisión Eléctrica: regulación ante un monopolio natural

La transmisión eléctrica es una actividad con características de monopolio natural⁵³, pues presenta el fenómeno de 'subaditividad de costos', el cual esencialmente implica que es más conveniente económicamente que esa actividad sea realizada por una sola empresa en lugar de dos o más, pues de existir más de una empresa el costo medio del producto incrementa⁵⁴.

En los monopolios naturales, como cualquier monopolista, la empresa productora presentará riesgos de mayores precios, menor producción o capturas de excedentes del consumidor hacia la empresa⁵⁵. A la vez, incorporar más agentes económicos a la actividad resultaría ineficiente, por lo que introducir competencia no necesariamente sería una solución adecuada⁵⁶.

Esto genera la necesidad de la intervención del Estado, a fin de introducir mecanismos regulatorios que mitiguen la naturaleza monopólica de estas redes y faciliten la competencia en otros segmentos de la actividad, como la generación y la comercialización eléctrica⁵⁷. Estos mecanismos están vinculados a aspectos de precio, calidad, acceso y producción⁵⁸.

En el sector energía, otras actividades con características de monopolio natural son la distribución eléctrica y de gas natural, así como el transporte de gas natural por ductos⁵⁹.

⁵³ VÁSQUEZ CORDANO, Arturo et. al. (2016). "La Regulación del Sector Energía". Documento de Trabajo No. 40 - Gerencia de Políticas y Análisis Económico de OSINERGMIN, p. 24. Disponible en: https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento-Trabajo-40.pdf.

⁵⁴ DAMMERT, GARCÍA CARPIO y MOLINELLI. "Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico". Óp. Cit., p. 42.

⁵⁵ BALDWIN, Robert, Martin CAVE y Martin LODGE (2012). "Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice". Oxford University Press, 2da Ed, p. 16. Traducción libre de: "If a firm is in a position of natural monopoly then, like any monopoly, it will present problems of reduced output, higher prices, and transfers of wealth from consumers to the firm".

⁵⁶ Ídem. Traducción libre de "Restoration of competition by use of competition law is not, however, an appropriate response, since competition may be socially costly and thus regulation of prices, quality, and output as well as access may be called for." [Subrayado Agregado]

⁵⁷ VÁSQUEZ CORDANO et. al "La Regulación del Sector Energía", Óp. Cit., p. 25.

⁵⁸ BALDWIN, CAVE y LODGE (2012). "Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice", Óp. Cit., p. 16. Traducción libre de "Restoration of competition by use of competition law is not, however, an appropriate response, since competition may be socially costly and thus regulation of prices, quality, and output as well as access may be called for." [Subrayado Agregado]

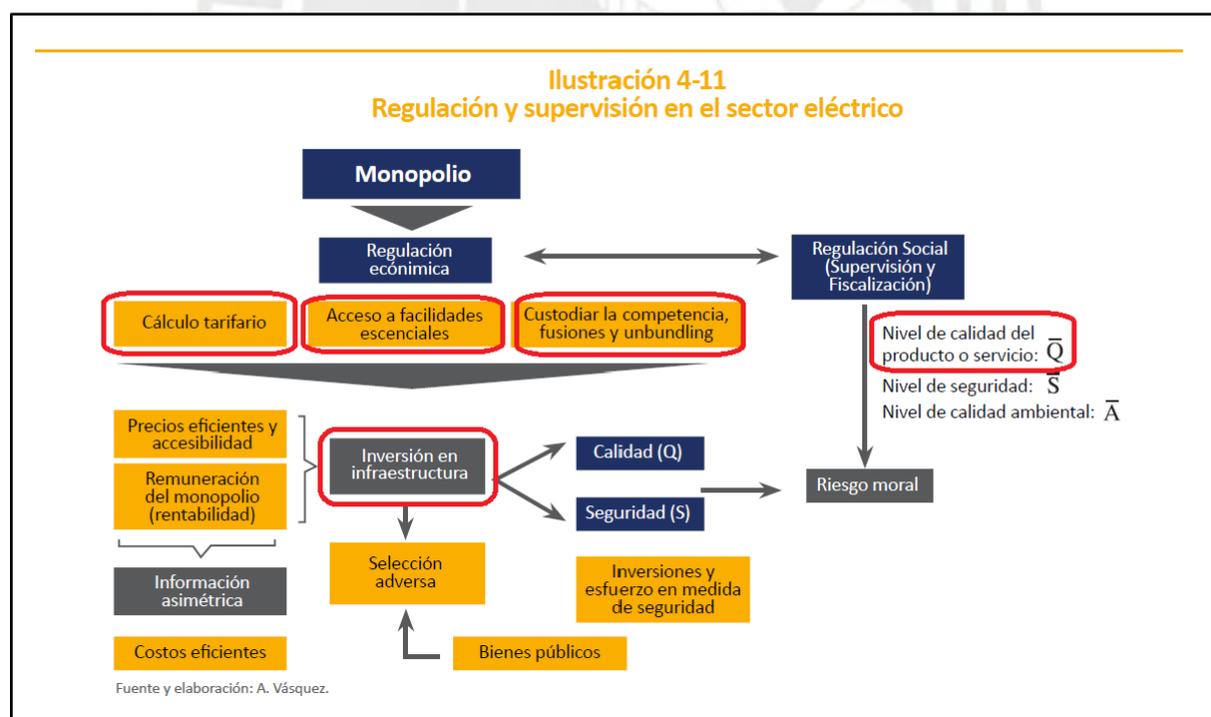
⁵⁹ VÁSQUEZ CORDANO et. al "La Regulación del Sector Energía", Óp. Cit., p. 24.

La característica de monopolio natural de la transmisión eléctrica ha sido reconocida reiteradamente en la evaluación del acto de concentración bajo análisis, tanto por la Secretaría Técnica de la CLC⁶⁰, como por OSINERGMIN⁶¹.

Como puede verse, el segmento de transmisión se encuentra sujeto a un intenso régimen regulatorio que busca mitigar las consecuencias de presentar condiciones de monopolio natural, por lo que dicho régimen contiene reglas legales que fijan (i) tarifas, (ii) la calidad del producto y del suministro, (iii) las condiciones de acceso a la infraestructura por terceros, y (iv) los mecanismos de planificación para las inversiones en nueva infraestructura.

Finalmente, debido al carácter monopólico de la transmisión eléctrica, la Ley 28832 estructuró la inversión en nuevos proyectos de transmisión a través de subastas, en las que agentes económicos compiten *ex-ante* por el derecho de acceder a estos mercados monopólicos (i.e., desarrollar y operar proyectos de infraestructura de transmisión)⁶². Ello implica emplear un sistema de subastas competitivas como un mecanismo de formación de precios que se acerque a precios eficientes o a aquellos que se habrían ofrecido en condiciones de competencia, también conocido como un mecanismo de competencia *por* el mercado.

Para cautelar la idoneidad del proceso, así como para asegurar el cumplimiento de las condiciones ofrecidas en las subastas y posteriormente recogidas en contratos de largo plazo, este tipo de procesos y el posterior desarrollo de los proyectos son conducidos por un ente técnico independiente.



Fuente: OSINERGMIN (2016). "La Industria de Electricidad en el Perú", p. 141.

⁶⁰ Resolución que Autoriza la Concentración-INDECOPI/CLC, p. 11.

⁶¹ Informe 086-2006-GART/DGT, p. 11. Informe de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria de OSINERGMIN (Caso ISA-CTM).

⁶² DAMMERT LIRA, Alfredo, Fiorella MOLINELLI y Max CARBAJAL (2011). "Fundamentos Técnicos y Económicos del Sector Eléctrico". Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN, p. 149.

IV. LISTADO DE PROBLEMAS JURÍDICOS

- 1. ¿Cuál es el mandato constitucional que habilita la implementación del control de concentraciones en el Perú?**
- 2. ¿La evaluación de los efectos de la concentración ISA-CTM cumple con el estándar constitucional y legal sobre defensa de la libre competencia?**
 - *Subpregunta 2.1: ¿La CLC valoró apropiadamente el impacto del marco regulatorio de transmisión eléctrica sobre los efectos de la concentración?*
 - *Subpregunta 2.2: ¿La CLC cumplió con el estándar normativo establecido en la LASE para sujetar un acto de concentración a una condición de conducta?*
- 3. ¿Bajo qué supuestos procede la revocación por actos de gravamen para el administrado?**



V. PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿CUÁL ES EL MANDATO CONSTITUCIONAL QUE HABILITA LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL PERÚ?

La Constitución Política del Perú de 1993 (la "Constitución" o la "C93") consagra una serie de normas que establecen los parámetros generales de la actividad económica desarrollada por agentes privados, como individuos y empresas, y establecen también los límites de la actuación de la Administración Pública. Estas normas, contenidas en el Título III de la C93, son denominadas como la Constitución Económica.

KRESALJA y OCHOA definen a la Constitución Económica de la siguiente manera:

"No es la constitucionalización de un programa económico [específico] sino de los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de esos derechos, la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica, así como las instituciones competentes para establecer la normativa y las instancias jurisdiccionales ante las cuales se pueden hacer valer aquellos derechos"⁶³.

Por tanto, los administrados podrán recurrir a la Constitución Económica para evaluar si se han respetado los parámetros de actuación que la Constitución les otorga o si el actuar de la Administración Pública ha excedido los límites establecidos por ella. En el caso peruano, KRESALJA considera que la competencia económica es uno de los pilares de la Constitución Económica conforme a la C93⁶⁴.

Además, KRESALJA y OCHOA sostienen que la C93 contiene tres (3) referencias principales al concepto de libre competencia⁶⁵. Primero, una constitucionalización implícita, tanto en el artículo 58⁶⁶ (a través de la referencia a la economía social de mercado) como en el artículo 59⁶⁷, con la garantía estatal a la libertad de empresa, comercio e industria.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a la libre competencia al desarrollar ambos conceptos, indicando que la libre competencia es uno de los elementos característicos de la economía social de mercado⁶⁸; así como parte del contenido esencial de la libertad de empresa, junto con la libertad de creación de empresas y de acceso al mercado,

⁶³ KRESALJA, Baldo y César OCHOA (2020). "*Derecho Constitucional Económico*". Óp. Cit., p. 190; citando a DUQUE, Justino (1977). "*Iniciativa privada y empresa*", en: SÁNCHEZ AGESTA, Luis (Ed.). "*Constitución y Economía: La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*". Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 52.

⁶⁴ KRESALJA, Baldo (2004). "Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica", en: *Pensamiento Constitucional* - Revista de la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP. Vol. 12, No. 12, p. 32. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/2267>. Este autor considera que otros pilares de la Constitución Económica bajo la C93 son el tratamiento jurídico de la propiedad, la libertad contractual, la iniciativa privada y la libre empresa, junto con el rol estatal en los servicios públicos, la protección del trabajador y la protección a consumidores y usuarios.

⁶⁵ KRESALJA, Baldo y César OCHOA (2020). "*Derecho Constitucional Económico*" Tomo 1. Óp. Cit. p. 515.

⁶⁶ Constitución Política del Perú (1993).

"Artículo 58.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. (...)".

⁶⁷ Constitución Política del Perú (1993).

"Artículo 59.- Rol Económico del Estado

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. (...)".

[Subrayado Agregado]

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico 13. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>.

la libertad de organización de la actividad empresarial, y la libertad para cesar las actividades⁶⁹.

Por tanto, esta constitucionalización implícita surge en tanto la libre competencia —con la consiguiente acción estatal que la garantice— está íntimamente ligada a estos conceptos, al ser un presupuesto para el correcto funcionamiento de una economía de mercado y para el disfrute de la libertad de empresa como derecho fundamental.

Adicionalmente, la C93 constitucionaliza de forma explícita la figura de la libre competencia en su artículo 61:

"Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios."

El artículo 61 no solo reconoce la existencia de la libre competencia económica sino también impone un mandato legal al Estado Peruano para actuar en su defensa —protegiendo, vigilando y facilitando el proceso competitivo— a través de tres disposiciones:

- i) Un deber general de facilitar y vigilar la libre competencia.
- ii) Combate a toda práctica que limite la libre competencia; específicamente, el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.
- iii) Una prohibición a los monopolios legales y aquellos establecidos por concertaciones.

Ahora bien, ¿cómo ha interpretado el Tribunal Constitucional aquel mandato constitucional para proteger el proceso competitivo?

"No se trata [] que el Derecho intervenga con el objeto de alterar las reglas propias del mercado sino más bien de garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva, (...) ofreciendo] la garantía que las propias condiciones de libre competencia que la Constitución presupone están siendo realmente cumplidas"⁷⁰.

Estas intervenciones pueden darse para garantizar cualquiera de las dos dimensiones de la libre competencia: la libertad de acceso al mercado, y la libertad de actuación dentro de este. En el segundo caso, el Estado podrá intervenir en un mercado dado cuando "tras la puesta en movimiento de las propias reglas que lo caracterizan, se generen situaciones distorsionantes de la libre competencia"⁷¹.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3330-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 16. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3315-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 17. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>.

⁷¹ Idem.

Ahora bien, el artículo 61 establece referencias expresas sobre monopolios legales (i.e., prohibición), así como sobre prácticas anticompetitivas y abuso de posiciones de dominio (i.e., sanción).

Sin embargo, para el Informe 011-99-INDECOPI/CLC —elaborado por la Secretaría Técnica de la CLC para un caso anterior sobre control de concentraciones, el Caso Enersis-Endesa (hoy parte del Grupo ENEL)—, estas referencias expresas "son solo algunos de los mecanismos por los que el Estado puede promover y garantizar la libre competencia (...) permit[iendo] que el Estado identifique otras formas de garantizar efectivamente la competencia, como podría ser el control de estructuras"⁷².

Por ello, conforme a la doctrina y los pronunciamientos del INDECOPI, el régimen de control de concentraciones encuentra su sustento constitucional en el deber general de facilitar y vigilar la libre competencia que el artículo 61 impone al Estado Peruano.

Como indica el profesor Enrique BERNALES, citado por el mencionado Informe Técnico del Caso Enersis-Endesa, el deber de facilitar y vigilar la libre competencia implica "establecer las normas y condiciones y procedimientos en los que la libre competencia pueda desarrollarse de la mejor manera [y] ejer[cer] vigilancia para que las reglas funcionen y los actores del mercado se conformen a ellas"⁷³.

En consecuencia, no resulta correcto alegar que el mandato constitucional del artículo 61 limita el control de concentraciones a prohibir o condicionar aquellas operaciones que en sí mismas constituyan un abuso de posición de dominio.

Este argumento fue planteado por las empresas notificantes en el citado Caso Enersis-Endesa, las cuales calificaron de inconstitucional cualquier acción estatal que establezca prohibiciones y sanciones a conductas que no constituyan un abuso de posición dominante.

Esta línea argumentativa debe ser desestimada, pues restringir la defensa de la competencia a solo emplear los mecanismos descritos explícitamente en el artículo 61 de la C93 vaciaría de contenido el mandato amplio sobre vigilar y facilitar la competencia que contiene la primera oración del artículo 61.

La Secretaría Técnica de la CLC tampoco acogió la posición de las empresas notificantes en el caso Enersis-Endesa, sosteniendo que esta interpretación (i) exigiría al Estado vigilar y controlar el normal desarrollo de la competencia sin los instrumentos adecuados para cumplir dicho mandato, y (ii) resultaría redundante con los supuestos ya contemplados en el Decreto Legislativo 701 (i.e., conductas unilaterales y acuerdos anticompetitivos)⁷⁴.

Sergio SALINAS también ha cuestionado la constitucionalidad de la figura del control de concentraciones, sosteniendo que esta figura "no encaja cómodamente dentro del marco

⁷² Informe de Secretaría Técnica de la CLC 011-99-CLC (Caso Enersis-Endesa), pp. 20-21. Otro ejemplo que cita dicho informe es el control a las ayudas públicas, contenido en la normativa sobre competencia de la Unión Europea.

⁷³ BERNALES, Enrique (1996). "La Constitución de 1993: Análisis Comparado". Editorial ICS, citado por el Informe 007-2002-CLC/INDECOPI. Informe de Secretaría Técnica de la CLC en el Caso Concesión ETECEN-ETESUR, p. 10.; y por el Informe 011-99-INDECOPI/CLC. Informe de la Secretaría Técnica de la CLC en el Caso Enersis-Endesa, p. 20.

⁷⁴ Informe de Secretaría Técnica de la CLC 011-99-CLC (Caso Enersis-Endesa), p. 23.

conceptual establecido en la Constitución vigente⁷⁵, pues la Constitución sólo consagra un régimen de control *ex-post* de conductas⁷⁶.

Bajo esas premisas, cuestiona SALINAS, "¿por qué la [LASE] sí sanciona la obtención de posición de dominio en el sector eléctrico?"⁷⁷. La respuesta es que no lo hace: la LASE no sanciona la obtención de posición de dominio en el sector eléctrico, sino los efectos anticompetitivos que tienen o puedan tener los actos de concentración.

Además, como ya se ha dicho, tampoco lo hacen los principales regímenes de control de concentraciones en el mundo, especialmente tras el cambio de enfoque en la Unión Europea, cuando en 2004 transitó desde el Test de Dominancia hacia el Test SIEC.

Ciertamente, una de las causas de esos efectos anticompetitivos puede ser el obtener o incrementar una posición de dominio, pero esta es únicamente una de las variables — importante, sí— que analiza el control de concentraciones.

Como indica la profesora Tania ZÚÑIGA, el control de concentraciones evalúa (o, cuando menos, debe evaluar) los efectos de la concentración en el mercado "y no solo [e]l simple cambio en la estructura en los mercados calculado en cuotas de mercado ('*structure-based approach*') como tampoco al poder de dominio en los mercados ('*dominance-based approach*')"⁷⁸.

WHISH y BAILEY coinciden con esta posición: para estos autores, "la preocupación principal de las autoridades de competencia es la evaluación de los efectos competitivos de las concentraciones"⁷⁹.

Para el profesor Carl SHAPIRO, de UC Berkeley, esta posición se enmarca en un cambio más profundo dentro del análisis económico de la libre competencia, que incluye el declive del enfoque '*Structure-Conduct-Performance*' o SCP —en el que existía un foco excesivo en la estructura de mercado e índices de concentración— por herramientas metodológicas que permiten análisis más amplios y profundos de los efectos de las distintas estrategias posibles para agentes económicos en mercados con pocos participantes⁸⁰.

Este énfasis en los efectos es reconocido por el propio INDECOPI. En el Informe de la Secretaría Técnica de la CLC para la licitación al sector privado de ETECEN y ETESUR (en adelante, el "Caso de la Licitación ETECEN-ETESUR"), la Secretaría Técnica de la CLC sostiene que los efectos finales de una concentración son el objeto de su análisis, y que cualquier decisión de aprobar o rechazar una concentración "no debería[] fundarse en simples

⁷⁵ SALINAS RIVAS, Sergio (2006). "La Ley antimonopolio y antioligopolio en el sector eléctrico: ¿sobrerregulando el mercado?", en: *Revista Ius et Veritas*, No. 33, p. 154.

⁷⁶ SALINAS RIVAS, Sergio. "La Ley antimonopolio y antioligopolio en el sector eléctrico", *Óp. Cit.*, p. 153.

⁷⁷ *Ídem*.

⁷⁸ ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, Tania. "El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: fundamentos para su regulación". *Óp. Cit.*, p. 247.

⁷⁹ WHISH, R. y D. BAILEY (2012). "Competition Law", *Óp. Cit.*, pp. 816. Traducción libre de: "[F]or the most part competition authorities are concerned with just one issue, namely the assessment of the competitive effects of mergers."

⁸⁰ SHAPIRO, Carl (2021). "Antitrust: What Went Wrong and How to Fix It?", en *Antitrust - Revista de la American Bar Association*, Vol. 35. No. 3 (Verano 2021), p. 35. Disponible en: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/fixingantitrust.pdf>. Traducción libre de: "But the decline of the SCP framework also reflected the fact that industries differ widely in their supply and demand characteristics (...) IO Economics was freed from an excessive focus on market shares and market structures, and instead looked more closely at a far wider range of business conduct, focusing less on cartels and tacit collusion."

especulaciones, sino que debe demostrarse sobre la base de un análisis caso por caso y concluyente⁸¹.

Por lo tanto, la doctrina constitucional y los pronunciamientos previos de la CLC coinciden en señalar como base constitucional del control de concentraciones en el Perú al mandato amplio contenido en el primer párrafo del artículo 61 de la C93, sobre el rol de facilitador y vigilante de la libre competencia del Estado Peruano.

A diferencia de secciones posteriores del artículo 61 de la C93, que hacen referencia explícita a mecanismos de control de prácticas monopólicas o de abuso de posición de dominio, el mandato constitucional para facilitar y vigilar la libre competencia es más amplio, por lo que habilita al Estado a implementar mecanismos adicionales a los indicados en forma expresa por el artículo 61.

Argumentar lo contrario, sosteniendo que la Constitución peruana solo concibe al control de conductas como única herramienta de la política de libre competencia, vaciaría de contenido la primera sección del artículo 61.



⁸¹ Informe 007-2002-CLC/INDECOPI (Caso Licitación ETECEN-ETESUR), p. 16.

VI. PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿LA EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA CONCENTRACIÓN ISA-CTM CUMPLE CON EL ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL Y NORMATIVO SOBRE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA?

En el presente caso, la operación de concentración entre ISA y CTM involucra a agentes económicos vinculados exclusivamente al segmento de transmisión, por lo que estamos ante una concentración horizontal⁸²: ISA, por un lado, que opera en el mercado peruano a través de ISA Perú y REP; y, por otro, CTM. De acuerdo a lo declarado por ISA, ninguna de estas empresas mantenía vínculos con empresas en otros segmentos del mercado eléctrico⁸³.

Tras la operación, el Grupo ISA alcanzaría el 78% de participación en el segmento de transmisión medida por facturación, por lo que la operación sí se encontraba dentro de los umbrales de la LASE, establecidos en 15% para las concentraciones horizontales.

Para ello, el artículo 19 del Reglamento de la LASE establece una serie de parámetros mínimos que la autoridad de competencia deberá incorporar al realizar la evaluación de efectos en la competencia de una concentración:

- i) El mercado relevante, incluyendo su estructura,
- ii) Las posibilidades de elección de los agentes económicos,
- iii) La presencia de obstáculos de acceso al mercado,
- iv) La evolución de oferta y demanda, del progreso técnico-económico y de la integración con otros mercados,
- v) Los efectos en mercados relacionados.

Además, el artículo 19 del Reglamento de la LASE también establece que se deberá evaluar el impacto en la concentración del mercado⁸⁴, los efectos unilaterales y coordinados⁸⁵, así como posibles prácticas de efecto exclusorio⁸⁶. También deben tenerse en cuenta los posibles efectos pro-competitivos, como (i) mejoras en los sistemas productivos, los sistemas de

⁸² Reglamento de la LASE. "Artículo 2

Artículo 2.- Términos utilizados en el presente Reglamento. Para efectos de la presente norma se entenderá por:

a) Actividades: Las de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica;

(...) c) **Concentración Horizontal: Operaciones en las que se encuentran involucradas empresas que desarrollan una sola de las Actividades;** (...). [Subrayado Agregado]

⁸³ Escrito de Alegatos Finales de ISA (Escrito 7), p. 4.

⁸⁴ Reglamento de la LASE. "Artículo 19.- Evaluación de la operación por la Comisión

(...) De igual modo, la evaluación de la concentración deberá comprender, entre otros, los siguientes aspectos:

(...) c) Si la operación produce un aumento significativo de la concentración en el mercado y si como resultado de la misma se genera un mercado concentrado a niveles que limiten significativamente la competencia. (...)

⁸⁵ Reglamento de la LASE. "Artículo 19.- Evaluación de la operación por la Comisión

(...) De igual modo, la evaluación de la concentración deberá comprender, entre otros, los siguientes aspectos:

d) Si la operación facilita sustancialmente la realización de conductas, prácticas, acuerdos, convenios o contratos que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia, así como la imposición de barreras a la entrada de nuevos competidores.

⁸⁶ Reglamento de la LASE. "Artículo 19.- Evaluación de la operación por la Comisión

(...) De igual modo, la evaluación de la concentración deberá comprender, entre otros, los siguientes aspectos:

e) Si la operación tiene o puede tener por objeto desplazar indebidamente del mercado a otras empresas, o impedirles el acceso al mismo, especialmente en las Operaciones de Concentración entre empresas que se encuentren ubicadas en diferentes cadenas productivas.

comercialización, y los intereses de los usuarios; o (ii) la creación de eficiencias que puedan compensar eventuales efectos restrictivos.

Por tanto, la LASE y su Reglamento han establecido elementos mínimos que deberán ser incorporados en la evaluación de efectos de la concentración.

Adicionalmente, el INDECOPI ha hecho referencias en su análisis a metodologías internacionales:

- i) Los Horizontal Merger Guidelines, guía metodológica sobre concentraciones horizontales elaborada por el Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos.
- ii) El marco normativo de la Unión Europea sobre control de concentraciones, como el Reglamento 139/2004 sobre control de concentraciones, las Directrices sobre Evaluación de Concentraciones Horizontales, entre otras;
- iii) Los lineamientos específicos para la evaluación de concentraciones en el sector eléctrico de la *Federal Energy Regulatory Commission*, también de EEUU⁸⁷, a fin de incorporar las particularidades de este sector.

La metodología planteada en el Informe Técnico del Caso de la Licitación ETECEN-ETESUR por la Secretaría Técnica de la CLC sigue de cerca a estos lineamientos⁸⁸.

Estos parámetros representan un hilo conductor de la metodología de evaluación que ha desarrollado la CLC en las concentraciones horizontales, aplicando herramientas de forma armonizada en tres concentraciones previas al caso bajo análisis, aunque siempre realizando ajustes según el caso evaluado.

En casos previos, la Secretaría Técnica de la CLC propuso una metodología de análisis de cinco etapas⁸⁹:

- i) Determinar si la operación eleva la concentración del mercado.
- ii) Determinar si la concentración puede generar problemas potenciales de competencia.
- iii) Determinar si el ingreso de nuevos competidores puede mitigar o eliminar los potenciales problemas de competencia.

⁸⁷ Informe ST CLC 007-2002-CLC (Caso Licitación ETECEN-ETESUR), p. 17. Considerando 65.

⁸⁸ Sus cinco pasos también exigen evaluar (i) el impacto en la concentración, (ii) los efectos en la dinámica competitiva del mercado, (iii) la contestabilidad del mercado, con la posible entrada de nuevos agentes, (iv) eficiencias u otros efectos pro-competitivos, y (v) la *failing-firm defence*. Ver: FEDERAL ENERGY REGULATORY COMMISSION (2012). "Order Reaffirming Commission Policy and Terminating Proceeding". Expediente ('Docket') No. RM 11-14-000, pp. 2-3 y Nota al Pie 8.

⁸⁹ Informe ST CLC 007-2002-INDECOPI/CLC (Caso Licitación ETECEN-ETESUR), p. 17. Considerando 67; así como Informe ST CLC 011-2001-INDECOPI/CLC (Caso PSEG-Electroandes), p. 33. Considerando 178. Ver también: GALLARDO KU, José y SANTIAGO DÁVILA (2003). "Concentraciones Horizontales en la Actividad de Generación Eléctrica: El Caso Peruano". Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN - Documento de Trabajo 2, p. 28

- iv) Determinar si la operación genera eficiencias que no sean posibles de obtener por medios distintos a la concentración.
- v) Determinar si, en ausencia de la operación, ello ocasionaría que los activos de una de las partes de la operación salgan del mercado.

En atención al marco normativo aplicable y a la metodología desarrollada en casos anteriores, una vez que se concluyó que la concentración entre ISA y CTM sí estaba dentro del ámbito de aplicación de la LASE, la CLC detalló que incluiría los siguientes elementos en su análisis de efectos anticompetitivos para el caso en concreto⁹⁰:

- i) Desincentivos a inversiones, tanto en el sector eléctrico como en otros sectores.
- ii) Impacto en mercados relacionados.
- iii) Variaciones en mercados eléctricos en Latinoamérica (o su relación con el mercado eléctrico).
- iv) Posibles alteraciones a las transacciones en el COES.
- v) Afectación de condiciones de competencia en el mercado de clientes libres.
- vi) Distorsiones sobre el mercado de clientes regulados.
- vii) Variaciones en el esfuerzo regulatorio.

Por tanto, que la CLC haya desarrollado una metodología base no implica que se pierda capacidad de adaptación para evaluar la dinámica competitiva en el análisis de cada caso de concentración.

En conclusión, la LASE exige realizar el análisis de la concentración a fin de contrastarla con un estándar jurídico: concentraciones cuyos efectos no disminuyan, dañen o sean un impedimento para la competencia.

Para ello, la CLC evalúa los efectos de la concentración para concluir si esta cumple o no con ese estándar, empleando (i) los **elementos mínimos establecidos en el artículo 19 del Reglamento de la LASE**, (ii) la **metodología base propuesta por la ST CLC**, basada en mejores prácticas internacionales, y (iii) un **'aterrizaje' al caso en concreto** de los posibles efectos en la competencia (i.e., el Paso 2 de la metodología base), tomando en cuenta las condiciones específicas del mercado bajo análisis.

Es importante notar que, aunque la LASE ya no se encuentra vigente tras haber sido derogada por la Ley 31112, "*Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial*" (en adelante, la "Ley 31112"), los parámetros de evaluación

⁹⁰ Resolución 068-2006-INDECOPI/CLC (Resolución que declara procedente la solicitud de autorización de la concentración ISA-CTM). Considerando 35, p. 8.

contenidos en el Reglamento de la LASE y en la metodología de evaluación desarrollada en la práctica por INDECOPI muestran una similitud notoria con aquellos incorporados por la Ley 31112 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 039-2021-PCM.

Por ello, sostenemos que los parámetros de análisis empleados por el INDECOPI en casos como aquel analizado por este informe aún mantienen utilidad práctica.

Por ejemplo, tanto el Reglamento de la LASE como la Ley 31112 incluyen entre sus parámetros de evaluación (i) la estructura del mercado analizado, (ii) las barreras de acceso al mercado, (iii) la evaluación de la oferta y la demanda, (iv) el impacto de la concentración en la competencia del mercado analizado, incluyendo a nivel de proveedores, distribuidores y usuarios, (v) el impacto de la concentración a nivel vertical, (vi) y la generación de eficiencias (aunque el tratamiento de la Ley 31112 sobre este punto es más detallado).

Además, el numeral 7.7 de la Ley 31112⁹¹ establece expresamente un punto que únicamente era abordado de manera indirecta⁹² por la LASE y su Reglamento: que la creación o fortalecimiento de una posición de dominio no determina la prohibición de la operación de concentración, pues el procedimiento está abocado a evaluar los efectos anticompetitivos de la concentración en conjunto.

En esa línea, mientras que el Reglamento de la LASE hacía una referencia general al aumento significativo en la concentración y a la facilitación de conductas o acuerdos anticompetitivos, la Ley 31112 hace una referencia más directa a la evaluación de la creación o fortalecimiento de una posición de dominio.

Finalmente, un criterio incorporado por la Ley 31112 al análisis de efectos de las concentraciones es "el poder económico y financiero de las empresas involucradas".

6.1. **Subpregunta 2.1: ¿La CLC valoró apropiadamente el impacto del marco regulatorio de transmisión eléctrica sobre los efectos de la concentración?**

Como se ha descrito en la sección previa, la metodología 'base' del INDECOPI para evaluar concentraciones horizontales cuenta con cinco pasos, evaluando (i) la concentración del mercado, (ii) los efectos en la competencia, (iii) ingreso potencial, (iv) eficiencias, y (v) posible salida de los activos (i.e., *failing firm defense*):

En base a las condiciones específicas del Caso ISA-CTM, la CLC indicó que estudiaría los siguientes efectos en la competencia:

- i) Desincentivos a inversiones, tanto en el sector eléctrico como en otros sectores.

⁹¹ Ley 31112. "Artículo 7.- Análisis de la operación de concentración empresarial

7.7 La sola creación o fortalecimiento de la posición de dominio no constituye una prohibición de la operación de concentración empresarial, siendo necesario evaluar los efectos restrictivos de la competencia en los mercados en los que participa el agente económico, como comprador o como proveedor de bienes y servicios, sin perjuicio de lo dispuesto por el numeral 7.6 del presente artículo."

⁹² Por ejemplo, se requería una interpretación sistemática de diversas disposiciones del Reglamento de la LASE, como los artículos 9 y 19, para alcanzar una conclusión similar.

- ii) Impacto en mercados relacionados.
- iii) Variaciones en mercados eléctricos en Latinoamérica (o su relación con el mercado eléctrico).
- iv) Posibles alteraciones a las transacciones en el COES.
- v) Afectación de condiciones de competencia en el mercado de clientes libres.
- vi) Distorsiones sobre el mercado de clientes regulados.
- vii) Variaciones en el esfuerzo regulatorio.

Estos parámetros competitivos son aquellos a los que INDECOPI prestará mayor atención como parte de la evaluación de los efectos anticompetitivos de la concentración. Sobre esta base metodológica, pasaremos a analizar críticamente el proceso de evaluación efectuado por la CLC en el Caso ISA-CTM, así como la manera en la que la CLC incorporó la regulación sectorial en su análisis.

a) Efectos en la concentración del mercado

Como resultado de la concentración, el Índice de Concentración de Herfindahl–Hirschman o HHI, comúnmente empleado para determinar el grado de concentración de una industria, pasaría de 3,712.43 a 6,258.27 según facturación, lo que implica un incremento de 68.5%.

Cuadro N° 5
Índice de Concentración HHI

N° de orden	Grupo Económico	Participaciones por facturación (*) (%)	
		Sin CTM	Con CTM
1	REP - Red de Energía del Perú (Grupo ISA) Interconexión Eléctrica ISA Perú SA (Grupo ISA)	54,9	78,1
2	Consorcio Transmantaro SA (CTM)	23,2	
3	REDESUR - Red Eléctrica del Sur SA	8,9	8,9
4	Eteselva SRL	6,2	6,2
5	CONENHUA - Consorcio Energético de Huancavelica SA	6,3	6,3
6	DEPOLTI - Proyectó Especial Olmos Tinalones	0,4	0,4
Índice de Herfindahl Hirschman (HHI)		3 709,8	6 257,1

(*) Participación para el año 2005
Fuente: OSINERG
Elaboración: ST – CLC/INDECOPI

Fuente: CLC (2006). Resolución que Autoriza la Concentración, p. 10.

Conforme a las Horizontal Merger Guidelines, un mercado se considerará como 'Altamente Concentrado' cuando el Índice de HHI sea superior a 2,500⁹³. Por tanto, tanto antes como

⁹³ FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (2010). "Horizontal Merger Guidelines". Óp. Cit, p. 17.

después de la concentración, el segmento de transmisión eléctrica en el Perú calificaba como un mercado altamente concentrado.

Un incremento significativo en el índice de concentración es tan solo uno de los componentes del análisis que realiza la autoridad de competencia. Como indicó la Secretaría Técnica de la CLC para la Licitación ETECEN-ETESUR, este incremento significativo puede dar pie a un análisis más detallado de la concentración, pero "no supone que la solicitud de autorización deba ser desestimada por la Comisión"⁹⁴.

Esto es consistente con la literatura internacional de control de concentraciones, que considera a los índices de participación y de mercado como indicadores útiles —pero iniciales— de los efectos de una concentración. Como indican WHISH y BAILEY:

"La referencia a 'indicadores iniciales' [contenida en los Horizontal Merger Guidelines] es relevante: las participaciones de mercado y los niveles de concentración son simplemente una herramienta para un primer análisis de la concentración. Por sí solos nunca podrían ser determinantes para resolver un caso"⁹⁵.

En la misma línea, los Merger Assessment Guidelines del Reino Unido tampoco establecen un estándar objetivo que determine si se ha generado una pérdida sustancial de competencia (i.e., Test SLC), como umbrales máximos de participación en el mercado o un número mínimo de competidores restantes⁹⁶.

Esto ocurre también para el caso del análisis de concentraciones en el sector eléctrico: la metodología de la FERC registra a los cálculos de la concentración del mercado como el primer paso del análisis de una concentración en el sector eléctrico, pero dicha entidad sostiene que este análisis "debe mirar más allá del Índice HHI"⁹⁷.

Por estos motivos, desde la literatura económica se sugiere emplear otras herramientas para evaluar los efectos de las concentraciones⁹⁸.

Además, para el caso específico entre ISA y CTM, la dinámica de un mercado con características de monopolio natural no necesariamente es recogida de la mejor manera por un índice de concentración.

⁹⁴ Informe ST CLC 007-2002-CLC/INDECOPI (Caso Licitación ETECEN-ETESUR), p. 18. Considerando 71.

⁹⁵ WHISH, R. y D. BAILEY (2012). "Competition Law". Óp. Cit., p. 868. Traducción libre de: "*The Horizontal Merger Guidelines note that market shares and concentration levels provide useful first indications of the market structure and of the competitive importance of the merging parties and their competitors. The reference to 'useful first indications' is important: market shares and concentration levels are simply a device for conducting a first screening of a merger. They could never be determinative in themselves of the outcome of a case.*"

⁹⁶ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. "Merger Assessment Guidelines", Óp. Cit., p. 9. Traducción libre de: "*The CMA does not apply any thresholds to market share, number of remaining competitors or on any other measure to determine whether a loss of competition is substantial. The CMA will decide whether a loss of competition is substantial under the applicable legal standard.*"

⁹⁷ FEDERAL ENERGY REGULATORY COMMISSION. *Order Reaffirming Commission Policy and Terminating Proceeding*. Óp. Cit., p. 17. Traducción libre de: "*Not only has the Commission stated that it will look beyond the HHI screens, the Commission has done so in practice*"

⁹⁸ GALLARDO KU, José y Santiago DÁVILA. "Concentraciones Horizontales en la Actividad de Generación Eléctrica: El Caso Peruano". Óp. Cit., p. 29.

ISA planteó este argumento en el presente procedimiento, sosteniendo que el índice de concentración representa únicamente una primera aproximación pues cada tramo es complementario y tiene características monopólicas⁹⁹.

La Secretaría Técnica de la CLC coincidió con esta posición en el Caso de la Licitación ETECEN-ETESUR, indicando que:

"[P]ara el caso concreto de la transmisión, los cálculos del índice de concentración no constituyen un buen indicativo del grado de competencia, dado que las empresas no compiten directamente, [pues] cada tramo de la red es monopólico y complementario entre sí"¹⁰⁰.

Por tanto, el índice de concentración es una evaluación inicial de los efectos en la competencia de una concentración, que forma parte de un análisis más complejo.

Además, en el caso de monopolios naturales, como el presente caso, estos índices pueden ser un *proxy* impreciso para describir el comportamiento de la competencia en ese mercado, por las dinámicas particulares de la actividad.

b) Efectos en la prestación del servicio de transmisión

ISA plantea que la operación de concentración no tiene ni puede tener efectos en la competencia de transmisión eléctrica porque este mercado presenta características de monopolio natural y, en consecuencia, el marco normativo contiene reglas que fijan o imponen las condiciones aplicables a las tarifas, la calidad o el acceso a la infraestructura¹⁰¹.

Por tanto, para ISA no existe una posible *theory of harm*, pues no identifica efectos negativos ante la competencia.

Al introducir el concepto de monopolio natural, se hizo referencia a cómo esta condición facilita puede facilitar las restricciones a nivel de precio, calidad y acceso. **En el presente caso, ninguna de las entidades consultadas identifica impactos bajo estos parámetros debido a las reglas del marco regulatorio vigente.**

Este marco regulatorio, cabe recordar, tiene entre sus componentes principales (i) la fijación tarifaria, (ii) la obligación de brindar acceso a la infraestructura eléctrica en favor de terceros, sujeta a supervisión de OSINERGMIN y (iii) la regulación de la calidad del producto y del suministro eléctrico, establecida en la NTCSE.

Para el MINEM, la presencia de este marco regulatorio, además de las reglas aplicables a la planificación, licitación y operación de nueva infraestructura eléctrica, elimina cualquier impacto significativo en el mercado¹⁰².

⁹⁹ Escrito de Alegatos Finales de ISA (Escrito 7), p. 4.

¹⁰⁰ Informe ST CLC 007-2002-CLC/INDECOP (Caso Licitación ETECEN-ETESUR), p. 26. Considerando 93.

¹⁰¹ Escrito de Alegatos Finales de ISA (Escrito 7), p. 38.

¹⁰² Oficio 1091-2006-MEM/DGE, que contiene el Informe MEM/DGE 024-2006, p. 6.

Por su parte, OSINERGMIN concluye que la regulación sectorial limita los incentivos para cualquier abuso de posición de dominio y restringe las externalidades negativas en otros segmentos de la industria eléctrica, como generación y distribución debido a que los transmisores no cuentan con incentivos para aplicar restricciones de transmisión a su infraestructura (i.e., no incrementa sus ingresos)¹⁰³.

En consecuencia, ni el MINEM ni el OSINERGMIN encuentran efectos competitivos negativos en el funcionamiento del sector, coincidiendo —en este punto— con la posición de ISA. Por el contrario, consideran que el carácter de monopolio natural del segmento implica que los sistemas de transmisión de ISA y CTM, más que sustitutos, son en realidad complementarios¹⁰⁴, por lo que no existe presión competitiva entre sus operaciones.

La CLC también tomó en cuenta cómo la condición de monopolio natural y los límites impuestos por el marco regulatorio eliminan posibles efectos anticompetitivos. Conforme al Informe de la Secretaría Técnica elaborado para el presente caso, "*bajo el actual marco regulatorio no existiría la posibilidad de que ISA puede variar las condiciones de competencia, pues en estos mercados (...) las actividades de ISA se encuentran reguladas o restringidas*"¹⁰⁵.

Es importante notar que la CLC ha mantenido esta posición en concentraciones en el mercado de transmisión eléctrica evaluadas años después.

En la reciente autorización de la concentración entre ISA y Orazul Energy (en adelante, el "Caso ISA-ORAZUL"), también vinculado al segmento de transmisión, la CLC llegó a una conclusión similar:

*"[L]a operación de concentración tendría una baja probabilidad de tener efectos sobre la competencia en el mercado de transmisión debido a la regulación de precios, calidad y acceso existente"*¹⁰⁶.

Por lo tanto, la concentración no afecta aspectos de la prestación del servicio de transmisión del sector eléctrico como el precio, la calidad o el acceso a la infraestructura en la operación de transmisión. Al ser factores regulados, no son un criterio mediante el cual se pueda generar mayor o menor presión competitiva entre los agentes económicos, pues todos estos agentes están sujetos a dichas reglas.

Estos elementos, dada la interacción entre los efectos de la concentración en la competencia y el marco regulatorio sectorial, han sido debidamente tomados en cuenta por la CLC al evaluar este aspecto específico de la dinámica competitiva en el mercado analizado.

En conclusión, a pesar del incremento en el índice de concentración y de la alta participación de ISA en el mercado, la CLC concluye correctamente que no existen efectos anticompetitivos que impacten a la prestación de servicios de transmisión

¹⁰³ Informe 086-2006-GART/DGT, elaborado por OSINERGMIN, p. 18.

¹⁰⁴ Al respecto, ver: Informe de la Secretaría Técnica CLC 036-2006 (Caso ISA-CTM), p. 19; e Informe 086-2006-GART/DGT, elaborado por OSINERGMIN, p. 13.

¹⁰⁵ Informe Técnico ST CLC 036-2006/CLC-INDECOPI (Caso ISA-CTM), p. 34.

¹⁰⁶ Resolución 022-2020/CLC-INDECOPI, p. 30. Considerando 92.

eléctrica. Ello se debe a la existencia de un intenso marco regulatorio que establece conductas y parámetros preestablecidos para (i) la fijación tarifaria, (ii) el acceso y (iii) la calidad de producto y suministro.

c) Efectos en mercados relacionados: telecomunicaciones

Las entidades consultadas concluyeron que los efectos de la concentración favorecerían la competencia en los mercados relacionados de telecomunicaciones (particularmente, de portador de larga distancia), pues esta permitiría la entrada de INTERNEXA al mercado peruano, lo que podría generar una desconcentración del mercado y mayor presión competitiva al operador incumbente, Telefónica del Perú¹⁰⁷.

Este posible ingreso de INTERNEXA al Perú no tendría mayor efecto sobre las obligaciones de ISA para compartir infraestructura de transmisión eléctrica, puesto que ISA ya está sujeta a las normas sobre acceso y uso compartido de infraestructura para servicios de telecomunicaciones, las cuales se aplican a toda "infraestructura de uso público" que sea funcional a los servicios de telecomunicaciones, incluyendo la infraestructura usada para energía eléctrica.

d) Efectos pro-competitivos y otros efectos

Finalmente, bajo la metodología de análisis descrita previamente, la CLC también evaluó otros efectos de la concentración entre ISA y CTM, como el esfuerzo regulatorio y los efectos que favorecerían la competencia.

El impacto de la concentración en el esfuerzo regulatorio no ofreció mayor controversia.

El OSINERGMIN considera que la reducción del número de grupos empresariales como producto de la concentración no dificulta su labor. Para el regulador, en tanto el segmento de transmisión no emplea el mecanismo tarifario de *yardstick regulation*¹⁰⁸, la reducción en el número de agentes del mercado producto de la concentración no tiene impactos en el esfuerzo regulatorio.

Por último, la evaluación sobre los efectos de la concentración en la competencia arrojó dos principales beneficios a la competencia:

- i) Facilitar la operación integrada de los Sistemas de Transmisión de ETECEN y ETESUR al incorporar a sus operaciones a la Línea de Transmisión Mantaro-Socabaya¹⁰⁹, generando economías de escala y mejoras a nivel de la confiabilidad del suministro.

¹⁰⁷ INTERNEXA ingresaría al mercado de Portadores de Larga Distancia utilizando sus redes existentes de transmisión eléctrica para el tendido de fibra óptica, proyectando desplegar 2,700 km. de fibra óptica en redes de Tacna hacia Lima y de Lima hacia Zorritos, por US\$ 40 millones. Ver: Escrito ISA N° 3 (Absolución de Cuestionario y presentación de documentación), p. 13.

¹⁰⁸ El mecanismo de *yardstick regulation* es un tipo de regulación tarifaria por comparación, en el que se evalúa a empresas que operan en mercados similares (aún sin competir entre sí) para evaluar su desempeño y estructura de costos, a fin de que esto informe la fijación tarifaria. Ver: BALDWIN, Robert, Martin CAVE y Martin LODGE. "Understanding Regulation". Óp. Cit., p. 500.

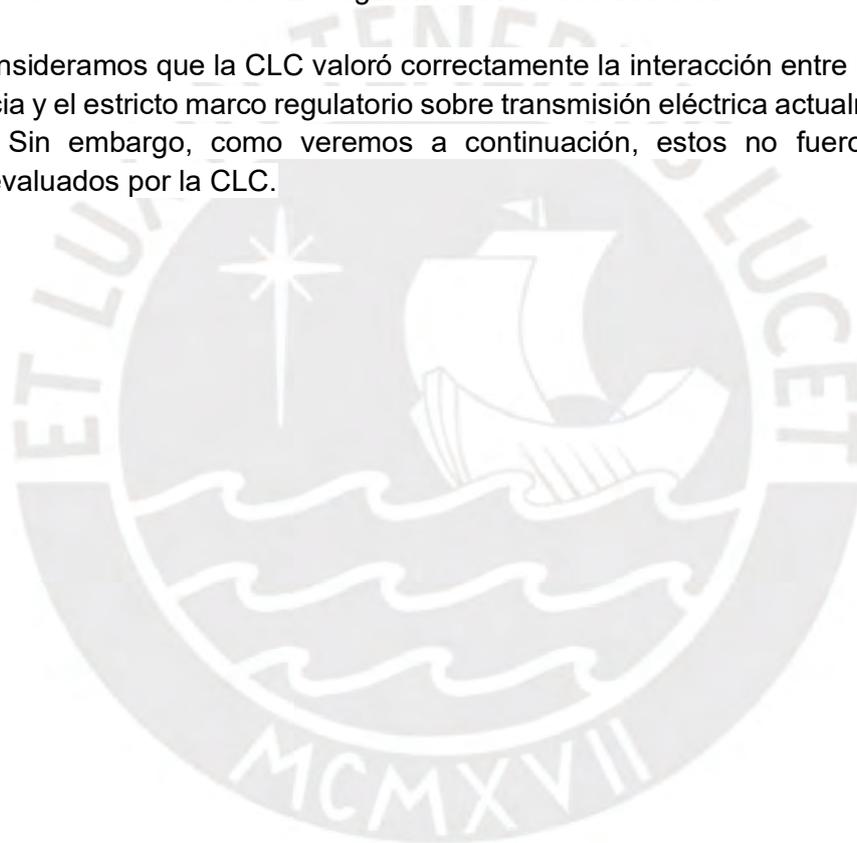
¹⁰⁹ Antes de la puesta en funcionamiento de la L.T. Mantaro-Socabaya, los Sistemas de Transmisión de ETECEN y ETESUR operaban como sistemas eléctricos independientes: el SICN y el SISUR, por lo que esta L.T. conectó ambos sistemas.

- ii) Facilitar el ingreso al mercado de telecomunicaciones de su empresa vinculada INTERNEXA, aprovechando la infraestructura eléctrica ya desplegada por el Grupo ISA.

Además, ISA lista otros beneficios, como la mejora de ciertos problemas puntuales de congestión en la transmisión eléctrica a través de la operación coordinada¹¹⁰, y el manejo coordinado de centros de control y del mantenimiento¹¹¹.

En conclusión, no se advierten efectos anticompetitivos en la prestación del servicio de transmisión eléctrica; y la entrada de INTERNEXA al mercado de telecomunicaciones — hecha posible a través del uso de la infraestructura desplegada por ISA y CTM— más que efectos anticompetitivos, tendría el efecto contrario, generando presión competitiva en el mercado de portadores de larga distancia. Además, ninguna de las entidades consultadas informó sobre cambios en el esfuerzo regulatorio de ambos sectores.

Por tanto, consideramos que la CLC valoró correctamente la interacción entre los efectos de la competencia y el estricto marco regulatorio sobre transmisión eléctrica actualmente vigente en el Perú. Sin embargo, como veremos a continuación, estos no fueron los únicos parámetros evaluados por la CLC.



¹¹⁰ Escrito de Solicitud de Autorización de Concentración (Escrito ISA N° 1), p. 11.

¹¹¹ Formulario de Notificación para Solicitud de Autorización de Concentración (Anexo al Escrito ISA N° 1), pp. 28-29.

6.2. **SUBPREGUNTA 2.2: ¿LA CLC CUMPLIÓ CON EL ESTÁNDAR NORMATIVO ESTABLECIDO EN LA LASE PARA SUJETAR UN ACTO DE CONCENTRACIÓN A UNA CONDICIÓN DE CONDUCTA?**

Tras evaluar los efectos de la concentración en la competencia, la CLC concluyó que sí existen dos parámetros donde la concentración generaría efectos anticompetitivos. En atención a ello, la Resolución que Autoriza la Concentración impuso dos condiciones al autorizar la concentración:

- i) Condición COES: Que el Grupo ISA utilice únicamente un voto en la toma de acuerdos dentro de las instancias de decisión dentro del COES, a fin de evitar que las decisiones de dicho comité respondan a intereses particulares en lugar de la mejor operación del sistema eléctrico nacional.
- ii) Condición Subastas: Que el Grupo ISA no participe en la segunda convocatoria de licitaciones u otros mecanismos de promoción de la inversión privada para construir o ampliar infraestructura de transmisión eléctrica, cuando dichos procesos hayan sido declarados desiertos en primera convocatoria.

Antes de describir y comentar sobre esta sección del análisis realizado por la CLC, realizaremos una breve referencia al marco teórico sobre la imposición de condiciones en una operación de concentración.

a) **Marco teórico sobre condiciones**

Las concentraciones que puedan tener impactos en la competencia pueden sujetarse al cumplimiento de determinadas condiciones impuestas por la CLC, de acuerdo al artículo 5 de la LASE. El artículo 28 del Reglamento de la LASE complementa esta disposición, indicando que estas condiciones deben ser necesarias para que no ocurran estos efectos anticompetitivos¹¹².

La literatura internacional sobre condicionamiento de concentraciones (denominadas '*merger remedies*' en inglés) está alineada con esta regulación. De acuerdo a la Guía sobre *Merger Remedies* de la INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, sujetar una concentración a condiciones tiene por objetivo alcanzar una suerte de equilibrio: permitir que proceda la concentración, aprovechando sus eficiencias y otros beneficios, pero a la vez evitar sus efectos anticompetitivos y así preservar la competencia¹¹³.

Las condiciones suelen clasificarse en dos: estructurales y conductuales. Las condiciones estructurales exigen desinversiones o ventas de activos a fin de mantener la estructura del mercado previa a la concentración y se ejecutan en un solo acto¹¹⁴. Por su parte, las

¹¹² Reglamento de la LASE. "Artículo 28.- Establecimiento de condiciones por la Comisión.

La decisión de la Comisión podrá sujetar la autorización al cumplimiento de ciertas condiciones que considere necesarias para evitar que la Operación de Concentración tenga el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las Actividades o en los mercados relacionados, según lo dispuesto en el Artículo 5 inciso a) de la Ley". [Subrayado Agregado]

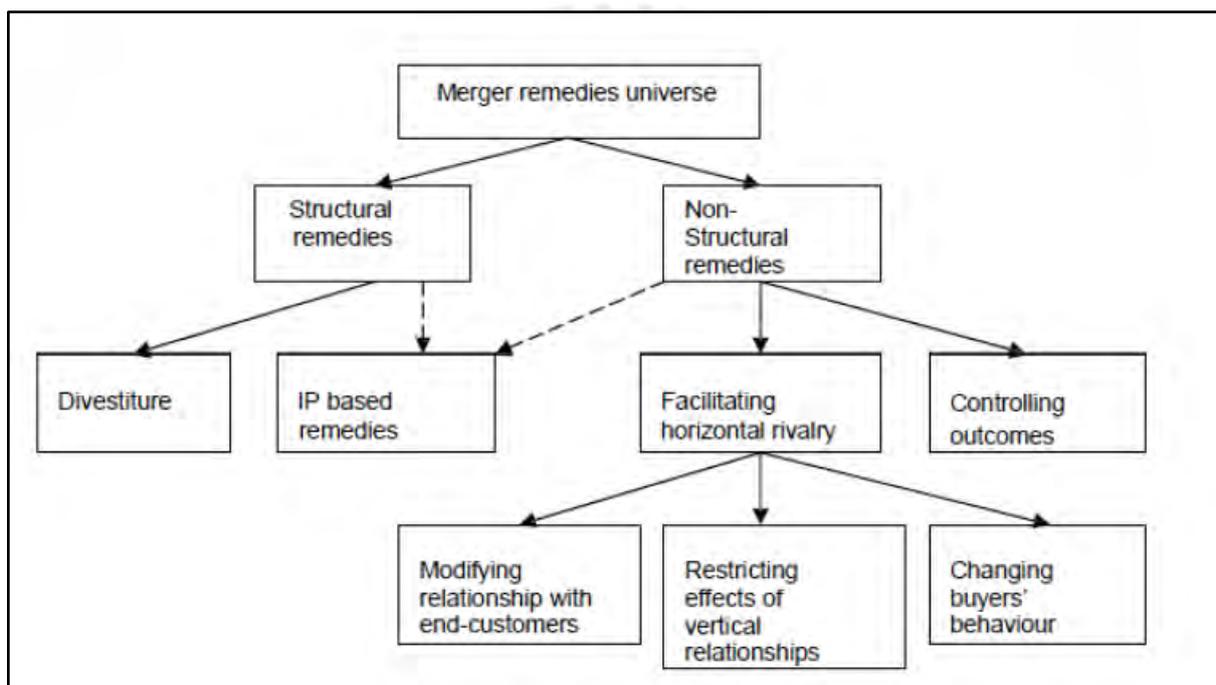
¹¹³ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2016). "Merger Remedies Guide". ICN Merger Remedies Working Group, p. 2. Disponible en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf.

¹¹⁴ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. "Merger Remedies Guide". Op. Cit., p. 8.

condiciones conductuales imponen reglas de conducta a las empresas concentradas a lo largo del tiempo para evitar resultados anticompetitivos¹¹⁵.

Uno de los principales retos de las condiciones conductuales está vinculado a su *enforcement*, pues deben monitorearse a lo largo del tiempo, particularmente cuando exigen que las empresas se comporten de forma contraria a sus incentivos sobre maximizar utilidades¹¹⁶.

Por su mayor practicidad, las agencias de competencia de otros países (particularmente anglosajones) muestran una preferencia por condiciones de tipo estructural¹¹⁷. Sin embargo, como nota la OCDE, en la práctica la distinción conductual-estructural es menos drástica, pues algunas condiciones estructurales pueden requerir cierto nivel de monitoreo al comportamiento de las empresas concentradas¹¹⁸.



Fuente: ICN (2016). "Merger Remedies Guide", p. 18.

Conforme a las guías internacionales sobre condiciones o *merger remedies*, **imponer estas condiciones requiere (i) comprender la naturaleza y alcance de los efectos anticompetitivos (i.e., la *theory of harm* de la concentración); y (ii) diseñar una condición que remedie estos daños o efectos en la competencia¹¹⁹**. Entre estos dos

¹¹⁵ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (2018). "Merger Remedies". Guía Metodológica sobre Condiciones de la agencia de competencia del Reino Unido, p. 13. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/764372/Merger_remedies_guidance.pdf.

¹¹⁶ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. "Merger Remedies Guide". Óp. Cit., p. 10. Traducción libre de: "[Non-structural remedies] may require behaviour that is at odds with the firm's efforts to maximize its profit, and therefore introduce incentives for non-compliance."

¹¹⁷ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO - OCDE (2020). "Economic Analysis in Merger Investigations". Nota Técnica preparada para el Foro Global de Competencia de la OCDE, p. 48. Traducción libre de: "Most competition agencies have a stated preference for structural remedies".

¹¹⁸ OCDE. "Economic Analysis in Merger Investigations", Óp. Cit., p. 70.

¹¹⁹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. "Merger Remedies Guide". Óp. Cit., p. 2; así como UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE (2020). "Merger Remedies Manual". Guía Metodológica de la Dirección de Competencia del Departamento de Justicia de EEUU, p. 2.

elementos **debe existir un nexo causal**, tal como exige el artículo 28 del Reglamento de la LASE.

Además, estas condiciones deberán tomar en cuenta la facilidad de *enforcement*, la duración de la condición y el impacto que la propia condición podría tener en la dinámica del mercado¹²⁰.

Ahora bien, dado que las condiciones conllevan una limitación de derechos, tales como la libertad de empresa, la libertad de contratar o, en forma más general, a la propiedad, la decisión de imponerlas como correlato para autorizar la concentración "sólo es legítim[a] en la medida en que constituya una actuación necesaria y proporcionada"¹²¹.

Finalmente, la condición debe expresarse clara y detalladamente, no en forma ambigua. Como indica la ICN, la ambigüedad puede restar eficacia al remedio y dificultar su *enforcement*¹²².

b) Decisión de Imponer condiciones

De acuerdo al marco conceptual descrito, la literatura internacional sobre control de concentraciones recomienda imponer condiciones cuando se hayan identificado y ordenado los efectos anticompetitivos a través de una *theory of harm*, y se diseñen condiciones idóneas para revertir o evitar esos daños. Tal como indican WHISH y BAILEY, "no hay nada ilegal en una concentración: es la autoridad de competencia la que debe brindar la evidencia que apoye su *theory of harm*"¹²³.

En el Caso ISA-CTM, la CLC sustenta su decisión de imponer las Condiciones COES y Subastas tras concluir que estas medidas superaban un test de razonabilidad. Ambas condiciones califican como remedios conductuales, pues imponen mandatos de comportamiento a las empresas concentradas.

A continuación, analizaremos cómo la autoridad desarrolló este test de razonabilidad y si este cumple con los dos pasos recomendados por la literatura internacional, antes descrita.

c) Sustento de la CLC para imponer la Condición COES

Al momento de la concentración, la implementación de la Ley 28832 motivó un rediseño institucional en el COES a fin de permitirle afrontar nuevas funciones, cuya nueva estructura generó —para la CLC— riesgos de efectos anticompetitivos.

Antes de la Ley 28832, ocho de los nueve miembros del Directorio del COES eran designados por las empresas de generación, y solo uno era designado (en forma anual y rotativa¹²⁴) por

¹²⁰ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. "Merger Remedies Guide". Óp. Cit., p. 4.

¹²¹ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La Autorización Administrativa". Óp. Cit., p. 32.

¹²² INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. "Merger Remedies Guide". Óp. Cit., p. 18.

¹²³ WHISH, R. y D. BAILEY (2012). "Competition Law". Óp. Cit., pp. 818. Traducción libre de: "There is nothing unlawful about merger activity. Intervention on the part of public authorities should not be permissible on the basis of mere speculation. It follows that the competition authority should be required to produce evidence that supports its theory of competitive harm."

¹²⁴ Reglamento de la LCE. "Artículo 85.-

(...) Tratándose de transmisión, la designación del único representante de los transmisores, para cada período de Directorio, será rotativa entre ellos." [Artículo derogado]

las empresas del sector transmisión. Por ende, el voto adicional de ISA no habría traído mayor injerencia en estas designaciones, ya sea a su favor o en favor del segmento de transmisión en general.

Sin embargo, la Ley 28832 modificó este esquema al derogar los artículos 39, 40 y 41 de la LCE. En su lugar, introdujo una Asamblea como órgano superior del COES, conformada por cuatro subcomités (Generadores, Transmisores, Distribuidores y Usuarios Libres), y un Directorio con cinco miembros (elegidos por cada uno de los subcomités, junto a un quinto director elegido por la Asamblea en pleno).

En esta nueva estructura ISA sí podría definir las decisiones dentro de su subcomité, incluyendo la designación de su director, pues pasaría de tener dos votos (ISA Perú y REP) a tres votos (incluyendo a CTM) en un subcomité integrado, en ese entonces, por cinco integrantes.

El MINEM matizó este riesgo al indicar que las normas reglamentarias de la Ley 28832 (pendientes de ser emitidas al momento de esta evaluación) podrían introducir reglas de participación que prevengan la toma unilateral de decisiones en dicho Subcomité¹²⁵. Además, que el ingreso de nuevos participantes en transmisión reduciría la participación de ISA en el Subcomité

Por tanto, si bien **la CLC** considera que la concentración no habría tenido mayor impacto bajo la estructura inicial del COES (i.e., aquella aprobada por la LCE y su Reglamento), sí **concluye que el diseño organizacional establecido en la Ley 28832 facilitaría la injerencia de ISA**, permitiéndole influir en las decisiones de órganos de gobierno del COES, particularmente el Subcomité de Transmisión.

Para la CLC, este escenario otorgaría a ISA "una injerencia preponderante en las decisiones de [ese] subcomité; a través de este, en las decisiones de los órganos de gobierno del COES, y eventualmente en otros escenarios en donde el futuro reglamento de la Ley 28832 lo permita"¹²⁶.

Por tanto, la Condición COES exige al Grupo ISA no ejercer esta injerencia preponderante, entendida como una restricción general a ejercer 'la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones' en cualquier instancia de decisión en el COES a fin que ISA "no [pueda] imponer en exclusividad su planteamiento"¹²⁷. De forma práctica la Condición COES exigía hacer uso un único voto en los espacios de decisión donde cuente con mayoría¹²⁸, pero sin limitarse a esos espacios.

Como se explicó en la Resolución de Aclaración de la Condición COES, el objetivo de esta condición fue asegurar que las decisiones al interior del COES no respondan a los intereses particulares de sus miembros, sino que se tomen con independencia y en base a la mejor

¹²⁵ Oficio 1091-2006-MEM/DGE, que contiene el Informe MEM/DGE 024-2006, p. 4.

¹²⁶ Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, p. 18. Considerando 59. En la Resolución de Aclaración de la Condición COES, la CLC indicó expresamente que la Condición COES aplica a las instancias del COES "creadas o por crearse". Ver: Resolución de Aclaración de la Condición COES. Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, p. 7. Considerando 18, inciso "i)".

¹²⁷ Resolución de Aclaración de la Condición COES. Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, p. 8. Resuelve No. 2, inciso "ii)".

¹²⁸ Resolución de Aclaración de la Condición COES. Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, p. 7. Considerando 18, inciso "ii)".

operación del sistema eléctrico¹²⁹. Para la CLC, el voto mayoritario de ISA podría haber roto esta independencia.

Por tanto, la *theory of harm* de la CLC está basada en el riesgo de una pérdida de la independencia en la toma de decisiones del COES a consecuencia de la concentración. Esta pérdida de la independencia ocurriría a través de una 'injerencia preponderante' del Grupo ISA, entendida como su capacidad de imponer unilateralmente su posición en el COES. Ello tendría como consecuencia que este organismo responda a los intereses de ISA —o, en todo caso, los represente en forma desmedida— en desmedro de la mejor operación del sistema eléctrico en conjunto.

En atención a esta *theory of harm*, corresponde evaluar si la condición diseñada evita o no estos daños o efectos en la competencia, conforme al artículo 28 del Reglamento de la LASE.

La CLC aplicó un test de razonabilidad, el cual consta de (i) análisis de causalidad entre la medida y un fin lícito, y (ii) un análisis de proporcionalidad sobre la medida, en relación con la finalidad.

El análisis de razonabilidad realizado por la CLC es el siguiente¹³⁰:

- i) Causalidad: La Condición COES responde a un fin lícito, como es mantener la independencia en todas las instancias de decisión del COES.
- ii) Idoneidad: La Condición COES es idónea para alcanzar el objetivo legítimo de asegurar la independencia del COES.
- iii) Necesidad: No existe otro mecanismo alternativo para proteger la independencia en la toma de decisiones en todas las instancias del COES.
- iv) Proporcionalidad en sentido estricto: Es la medida menos gravosa para el Grupo ISA, pues únicamente restringe sus votos para imponer su posición al interior del COES, pero le permite proceder con la concentración y continuar participando en los órganos del COES.

En atención al análisis de proporcionalidad hecho por la CLC y bajo el marco conceptual sobre el nexo causal entre las condiciones y la *theory of harm* hallada por la autoridad de competencia, concluimos lo siguiente:

- i) Causalidad: La Condición COES sí responde a un fin lícito, que es mantener la independencia en el COES. El rol del COES en el funcionamiento del sistema eléctrico es crucial y cualquier distorsión en este podría tener profundos impactos en usuarios y agentes económicos.
- ii) Idoneidad: La medida —restringir los votos del Grupo ISA— es idónea para evitar que ISA pueda imponer su posición en forma unilateral.

¹²⁹ Resolución de Aclaración de la Condición COES. Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, p. 6. Considerandos 13 y 14.

¹³⁰ Resolución que Autoriza la Concentración, p. 19. Considerando 65

- iii) Necesidad: La Condición COES no cumple este criterio. El análisis de la CLC no toma en cuenta un mecanismo alternativo para evitar que se concrete la *theory of harm* identificada: que las normas reglamentarias restrinjan y eviten esta injerencia preponderante.

Por el contrario, la Resolución de Aclaración de la Condición COES considera que la aprobación de estas normas reglamentarias podría ampliar este efecto anticompetitivo en vez de mitigarlo, creando nuevas instancias donde ISA pueda ejercer su 'influencia preponderante'¹³¹.

En vista de ello, la CLC aclaró que la Condición COES alcanzaba a "cualquier instancia creada o por crearse" y a cualquier mecanismo de ejercicio de derechos, considerando que la restricción al mecanismo del voto solo era una aplicación práctica de la Condición COES, y no la condición en sí misma.

- iv) Proporcionalidad en sentido estricto: En tanto existe un posible mecanismo alternativo, tampoco se cumpliría con esta condición.

Como se ha comentado, al momento de la concentración el COES se encontraba en medio de un proceso de reestructuración organizacional a raíz de la aprobación de la Ley 28832.

Además de los cambios a sus instancias de decisión, la Ley 28832 también le asignó una serie de funciones adicionales, como la planificación de la transmisión y la administración del mercado de corto plazo, que hacían más sensible su trabajo, como indicaron las entidades consultadas.

El Libro Blanco del Proyecto de Ley que se convertiría en la Ley 28832 (en adelante, el "Libro Blanco de la Ley 28832") concluyó que "sólo basándose en la total independencia del Operador del Sistema, se le podrá otorgar funciones trascendentes como las que se están proponiendo en el proyecto de ley"¹³², planteando para el COES un modelo similar a la figura del Operador Independiente del Sistema o ISO, sin participación directa de los agentes eléctricos.

Este modelo no fue recogido finalmente por la Ley 28832, lo que podría explicar la atención más minuciosa de la CLC a la capacidad de los agentes económicos para ejercer influencia en los espacios de decisión del COES.

Sin embargo, considerando que el proceso de reglamentación de la Ley 28832 aún se encontraba en curso, consideramos que la CLC pudo armonizar la vigencia de la Condición COES con la próxima aprobación de estas normas, planteando un espacio de revisión tras su aprobación. Ello a fin de comprobar si aquel desarrollo normativo mitigó o eliminó los posibles efectos anticompetitivos en el funcionamiento del COES, incorporando este criterio adicional a su análisis de alternativas.

¹³¹ Resolución de Aclaración de la Condición COES. Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, p. 7. Considerando 18.

¹³² OSINERGMIN-MINEM. "Libro Blanco del Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica". Óp. Cit., p. 98.

Por ejemplo, en la Resolución 012-99-CLC/INDECOPI, sobre el Caso Enersis-Endesa, la CLC sujetó la restricción a la participación de las empresas concentradas a un plazo: hasta que el SICN y el SISUR se unifiquen en el SEIN¹³³.

Por otro lado, debe notarse que la imposición de una condición de conducta en términos poco claros —al punto de ameritar una aclaración— contraviene las mejores prácticas en control de concentraciones. De acuerdo a la INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, la precisión y claridad en los términos de estas condiciones es esencial para asegurar una implementación adecuada¹³⁴, lo que no se habría cumplido en el presente caso.

Sin perjuicio de esto, recientemente se han identificado puntos de mejora en las reglas de funcionamiento del COES para incrementar su independencia.

Aunque la Comisión de la Reforma del Sector Eléctrico reconoce que la presencia de grupos económicos verticalmente integrados no ha tenido mayor influencia en las decisiones del COES, uno de los estudios para dicha comisión propone modificar las reglas aplicables a este tipo de conglomerados cuando voten de manera conjunta en el COES, a fin de maximizar la igualdad en las decisiones de este órgano¹³⁵.

d) Sustento de la CLC para la imposición de la Condición Subastas

Como se adelantó en la Sección 3.2, la Ley 28832 modificó las reglas para las decisiones de inversión en transmisión, introduciendo un mecanismo de planificación vinculante junto a la obligatoriedad de licitar los grandes proyectos del segmento.

Para el MINEM, que las decisiones de inversión en el segmento de transmisión surjan de un proceso técnico —en lugar de por decisión o interés de las concesionarias— elimina el efecto de la concentración sobre cómo se deciden estas futuras inversiones¹³⁶.

Sin embargo, la operación sí generó preocupación en las entidades consultadas respecto a cómo se ejecutan estas inversiones, debido al comportamiento de ISA como incumbente.

La CLC¹³⁷, OSINERGMIN¹³⁸ y MINEM¹³⁹ coinciden en que ISA se beneficiaría de menores costos de instalación y operación por tener un mayor conocimiento del sector y del país, e infraestructura ya desplegada. A su criterio, estas ventajas comparativas desalentarían la entrada de nuevos competidores, reduciendo la *competencia efectiva por el mercado* y solidificando la posición de ISA como incumbente.

¹³³ Resolución 012-99-INDECOPI/CLC (Caso Enersis-Endesa), p. 12. Primer Resuelve, literal "a").

¹³⁴ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. "Merger Remedies Guide", Óp. Cit., p. 18.

¹³⁵ NAVARRO ESPINOSA, Alejandro y Hugh VAN DE WYNGARD (2021). "Thematic Line 1: Strengthening the Institutional Framework". Estudio preparado para la Comisión Multisectorial para la Reforma del Subsector Electricidad y el Banco Mundial, p. 38. Disponible en:

<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Theme%201-Strengthening%20the%20Institutional%20Framework-Final%20Report-20210623.pdf>.

¹³⁶ Oficio 1091-2006-MEM/DGE, que contiene el Informe MEM/DGE 024-2006, p. 2.

¹³⁷ Resolución que Autoriza la Concentración (Caso ISA-CTM), p. 21. Considerando 75.

¹³⁸ Informe 086-2006-GART/DGT, elaborado por OSINERGMIN, p. 15.

¹³⁹ Oficio 1091-2006-MEM/DGE, que contiene el Informe MEM/DGE 024-2006, p. 2.

ISA mostró su desacuerdo con esta posición, indicando que la concentración con CTM no le brinda mayor experiencia sobre el mercado peruano que la que ya tienen ISA y REP, que ya operan en el país¹⁴⁰.

Asimismo, ISA argumentó que el interés que genere la licitación de un proyecto de transmisión no depende del tamaño o experiencia del mayor participante en el mercado local, sino de la escala y diseño del proceso¹⁴¹.

En vista de estas opiniones, la CLC estimó que ISA disfrutaría de eficiencias y ventajas comparativas que le permitirían desarrollar proyectos de transmisión en forma más eficiente, pero que la menor competencia en licitaciones le permitiría no trasladar estas eficiencias a su oferta económica, y aun así ganar estas licitaciones. En consecuencia, esto generaría una "diferencia entre el monto de inversión que ISA [realmente] ofrecería, y el monto más bajo que podría ofrecer"¹⁴².

Para la CLC, "ISA contaría con incentivos para hacerse del íntegro de [estos] beneficios derivados de la obtención de economías de escala en la actividad de transmisión", lo que afecta a (i) potenciales entrantes al mercado, que no obtendrían licitaciones, y a (ii) los usuarios de energía, pues no se les trasladarían estas eficiencias¹⁴³.

Por ello, la Condición Subastas está dirigida justamente a reducir este presunto comportamiento estratégico de ISA en subastas, y fomentar el traslado de eficiencias al usuario.

De acuerdo al análisis de la CLC, y en línea con las entidades consultadas, las economías de escala generadas por la concentración otorgarían a ISA una serie de ventajas comparativas frente a otros postores en licitaciones de proyectos de transmisión eléctrica, y "ampliarían la situación de privilegio [de ISA] para adjudicarse dichas obras"¹⁴⁴.

Para la CLC, esto generaría dos efectos anticompetitivos:

- i) Primero, esta 'ventaja' de ISA reduciría la capacidad de otros postores (particularmente, potenciales entrantes) de presentar ofertas económicas ganadoras para estos proyectos¹⁴⁵, pues las eficiencias obtenidas por ISA le permitirían presentar ofertas 'inalcanzables' y resultar adjudicataria de estas licitaciones.
- ii) El segundo efecto anticompetitivo identificado por la CLC parte de la premisa que ISA, concedora de su posición de ventaja y su capacidad de presentar la oferta ganadora, "tendría los incentivos suficientes para acercarse (...) con un menor monto a la oferta de la empresa más competitiva"¹⁴⁶. Es decir, no

¹⁴⁰ Escrito de Alegatos Finales de ISA (Escrito 7), p. 14.

¹⁴¹ Escrito de Alegatos Finales de ISA (Escrito 7), p. 15.

¹⁴² Resolución que Autoriza la Concentración-INDECOPI/CLC (Caso ISA-CTM), p. 22. Considerando 78.

¹⁴³ Resolución que Autoriza la Concentración-INDECOPI/CLC (Caso ISA-CTM), p. 22. Considerando 82.

¹⁴⁴ Resolución que Autoriza la Concentración (Caso ISA-CTM), p. 21. Considerando 75.

¹⁴⁵ Resolución que Autoriza la Concentración (Caso ISA-CTM), p. 21 y p. 22. Considerandos 77 y 81.

¹⁴⁶ Resolución que Autoriza la Concentración (Caso ISA-CTM), p. 22. Considerandos 78 y 82.

presentaría la mejor oferta 'posible' en las licitaciones según sus posibilidades, sino que ofrecería el monto 'justo' para resultar adjudicataria de la licitación.

Por tanto, para la CLC el daño anticompetitivo estaría en "[l]a diferencia entre el monto de inversión que ISA [realmente] ofrecería y el monto más bajo que ISA **podría ofrecer** sin considerar [sus] ventajas frente a potenciales competidores"¹⁴⁷.

En esencia, la CLC encuentra un efecto anticompetitivo en tanto (i) se reduce la competencia por el mercado en las licitaciones de proyectos de transmisión eléctrica, e (ii) ISA está en capacidad de no trasladar a los usuarios las eficiencias generadas por la concentración.

El Informe Técnico de la Secretaría Técnica de la CLC hace una referencia explícita a este segundo punto, al indicar que "se deben establecer condiciones que permitan a los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica acceder a los beneficios derivados de la obtención de economías de escala por parte de ISA"¹⁴⁸.

En atención a la *theory of harm* descrita, la Condición Subastas prohíbe la participación de ISA en la segunda convocatoria en licitaciones que hayan sido declaradas desiertas en la primera convocatoria¹⁴⁹.

En forma general, la Condición Subastas busca asegurar que ISA presente siempre su mejor oferta, trasladando al sistema eléctrico las eficiencias de la concentración¹⁵⁰, al considerar que no hacerlo sería un "comportamiento contrario a la libre competencia por parte de ISA"¹⁵¹.

Específicamente, la CLC indica que la Condición Subastas prevendría un comportamiento estratégico de ISA en el que esta empresa "bloque[e] en primera instancia la competencia por el mercado para que, en una segunda oportunidad, con una competencia reducida, oferte montos de inversión más elevados de los que pudo ofrecer en la primera oportunidad"¹⁵².

Nuevamente, la CLC realiza un test de razonabilidad para sustentar la imposición de la Condición Subastas¹⁵³:

- i) **Causalidad:** La Condición Subastas responde a un fin lícito, como es asegurar las condiciones de competencia por el mercado en las licitaciones de proyectos de transmisión eléctrica.
- ii) **Idoneidad:** La Condición Subastas es idónea para alcanzar el objetivo legítimo de asegurar que exista un escenario de competencia por el mercado para la adjudicación de proyectos de transmisión eléctrica.

¹⁴⁷ Resolución que Autoriza la Concentración (Caso ISA-CTM), p. 22. Considerando 82

¹⁴⁸ Informe 036-2006-INDECOPI/ST-CLC, p. 45 Considerando 168. Informe de la Secretaría Técnica de la CLC (Caso ISA-CTM). La Resolución que Autoriza la Concentración recogió una versión más acotada de este considerando. Ver: Resolución 081-2006 (Caso ISA-CTM), p. 23. Considerando 84.

¹⁴⁹ Resolución que Autoriza la Concentración (Caso ISA-CTM), p. 34. Párrafo Primero de la Sección Resolutiva.

¹⁵⁰ Resolución que Autoriza la Concentración (Caso ISA-CTM), p. 23 y p. 34. Considerando 86 y Párrafo Primero de la Sección Resolutiva.

¹⁵¹ Resolución que Autoriza la Concentración (Caso ISA-CTM), p. 23. Considerando 85.

¹⁵² Resolución que Autoriza la Concentración (Caso ISA-CTM), p. 23. Considerando 87.

¹⁵³ Resolución que Autoriza la Concentración (Caso ISA-CTM), pp. 23-24. Considerando 88

- iii) Necesidad: No existe otro mecanismo alternativo para evitar que ISA utilice las economías de escala generadas por la concentración para ofertar mayores montos de inversión a los que podría ofrecer en condiciones de competencia ideales.
- iv) Proporcionalidad en sentido estricto: Es la medida menos gravosa para el Grupo ISA, pues únicamente restringe su participación en las segundas convocatorias de las licitaciones e incentiva a ISA a presentar sus mejores ofertas en las primeras convocatorias.

Como puede verse, la argumentación de la CLC para imponer la Condición Subastas es notoriamente compleja.

La *theory of harm* propuesta es que tras la concentración ISA podría, en esencia, ganar las licitaciones por encima de potenciales entrantes aún sin presentar su mejor oferta. Esa diferencia entre la mejor oferta posible para ISA y aquella que efectivamente presentaría —acercándose a la siguiente mejor propuesta económica— resultaría en una pérdida para los consumidores que la CLC desea evitar, pues las eficiencias ganadas por la concentración no se trasladarían a los usuarios del sistema eléctrico.

En vista de ese efecto anticompetitivo, la Condición Subastas restringe que ISA participe en la segunda convocatoria de licitaciones que hayan sido declaradas desiertas en primera convocatoria.

En atención al análisis de proporcionalidad hecho por la CLC, incluyendo el nexo causal entre las condiciones y la *theory of harm* que habría hallado la autoridad de competencia, concluimos lo siguiente:

- i) Causalidad: La Condición COES sí responde a un fin lícito, que es mantener la competencia por el mercado en las licitaciones de proyectos de transmisión eléctrica.
- ii) Idoneidad: La Condición Subastas no puede considerarse idónea para evitar todos los efectos anticompetitivos identificados por la CLC, que son notoriamente maximalistas.

Para la CLC, ISA superaría a sus competidores y consolidaría su rol de incumbente aún sin presentar sus mejores ofertas económicas. Esto evitaría el ingreso de nuevos agentes al mercado y además llevaría a adjudicaciones ineficientes de los proyectos de transmisión.

Bajo esta *theory of harm*, la medida resulta notoriamente insuficiente, pues solamente busca prohibir una de las manifestaciones del presunto comportamiento estratégico de ISA, pero le permitiría 'acercarse con un menor precio' y ganar a sus competidores en la primera convocatoria sin mayor problema.

Ello contraviene las disposiciones del Reglamento de la LASE, el cual exige que la condición evite la manifestación de efectos anticompetitivos.

Sin embargo, como veremos a continuación, una medida maximalista ni siquiera es necesaria para contrarrestar este supuesto efecto anticompetitivo.

- iii) Necesidad: El análisis de la CLC no toma en cuenta mecanismos alternativos para evitar que se concrete el efecto anticompetitivo: las reglas del diseño de las licitaciones.

Efectivamente, las licitaciones —al ser un tipo de subastas— están sujetas a reglas que determinan cómo se elegirá el ganador y cuál será el mecanismo de formación de precio en el proceso de competencia por el mercado¹⁵⁴; y estas reglas son fijadas por el Estado peruano.

La literatura especializada indica que estas reglas sí son idóneas para evitar este tipo de conductas anticompetitivas. Como dice Alfredo DAMMERT, "*el objetivo del regulador cuando requiere utilizar subastas (...) es diseñar subastas que supriman cualquier comportamiento anticompetitivo (colusión, predación de precios, disuasión de la entrada, entre otros)*"¹⁵⁵.

- iv) Proporcionalidad en sentido estricto: Al considerar que la medida no supera los otros pasos del test de razonabilidad, tampoco cumple con el estándar de proporcionalidad en sentido estricto.

La *theory of harm* de la CLC parte de la premisa que ISA, en atención a sus ventajas en el mercado, podrá desplegar conductas estratégicas en las licitaciones, y la Condición Subastas solo ataca una de esas conductas estratégicas posibles.

A contramano del parecer de la CLC, consideramos que es posible que las reglas de las licitaciones prevengan no solamente el comportamiento estratégico que busca ser evitado a través de la Condición Subastas, sino la *theory of harm* identificada por la CLC en su totalidad.

Los principales modelos de subastas son las subastas abiertas (donde cada postor revela su precio a medida que presenta distintas ofertas) y las subastas a sobre cerrado, en las que los postores presentan sus ofertas económicas en forma independiente y sin conocer aquellas presentadas por los demás postores¹⁵⁶.

¹⁵⁴ DAMMERT LIRA, Alfredo (2010). "*Las subastas de energías en el sector eléctrico peruano*" [Versión Preliminar]. Repositorio de Estudios del Sector Eléctrico de la Gerencia de Políticas y Análisis Económico del OSINERGMIN, p. 2. Disponible en: https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Otros-Estudios/Otros-Documentos-Investigacion/Subastas-SectorElectrico-2010.pdf. De acuerdo al CV del autor, este artículo sería finalmente publicado en *Revista Athena - Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad de Lima* en el año 2010.

¹⁵⁵ DAMMERT LIRA, Alfredo (2010). "*Las subastas de energías en el sector eléctrico peruano*". Óp. Cit., p. 3.

¹⁵⁶ DAMMERT LIRA, Alfredo (2010). "*Las subastas de energías en el sector eléctrico peruano*". Óp. Cit., p. 2. Ver también: KLEMPERER, Paul (2004). "*Auctions: Theory and Practice*". Princeton University Press. Serie 'The Toulouse Lectures in Economics', pp. 11-14. Disponible en: <https://www.nuff.ox.ac.uk/users/klempere/virtualbook/virtualbookcoversheet.asp>.

La modalidad usual de las subastas a sobre cerrado es la de primer precio, en la que gana el postor que presente la mejor oferta económica¹⁵⁷, conforme a las condiciones de competencia definidas en la subasta.

Sin ahondar en la literatura económica sobre el tema, el profesor Paul KLEMPERER sostiene que las subastas a sobre cerrado —aún sin estar exentas de fallas— favorecen la participación de nuevos entrantes debido a su mayor incertidumbre pues los postores (incluyendo a los incumbentes) presentan sus ofertas sin conocer las de sus rivales y desean no pagar de más por el proyecto licitado que sus competidores¹⁵⁸.

Por lo tanto, sostenemos que la CLC no ha cumplido con el estándar normativo establecido en la LASE para sujetar un acto de concentración a una condición de conducta como la Condición Subastas, pues existen otros mecanismos para prevenir (incluso, de mejor manera), el theory of harm identificado: las reglas de diseño de subastas.

Sobre este punto, KLEMPERER también advierte que la presencia de subastas no es argumento suficiente para eliminar la necesidad de evaluar efectos anticompetitivos en un mercado¹⁵⁹. Si bien el diseño apropiado de subastas puede mitigar estos efectos, que existan subastas no elimina *per se* la posibilidad que efectos anticompetitivos se manifiesten, particularmente si el diseño de las subastas no es adecuado para las condiciones del mercado¹⁶⁰.

Es importante notar que, al momento de la concentración, la reglamentación de la Ley 28832 se encontraba en trámite, y estas normas podrían haber eliminado los posibles efectos anticompetitivos notados por la CLC. No obstante, este órgano optó por no sujetar la vigencia de las condiciones a la emisión de estas normas reglamentarias, imponiéndolas con carácter indefinido.

Por tanto, la CLC impuso condiciones que no resuelven el presunto efecto anticompetitivo identificado, el cual —además— perfectamente puede ser gestionado a través de las normas de diseño de subastas. Ello resulta contrario a las mejores prácticas sobre control de concentraciones, así como al criterio de necesidad exigido por el artículo 28 del Reglamento de la LASE.

¹⁵⁷ Otra modalidad de subastas a sobre cerrado son las subastas al segundo precio o de segundo mejor (llamadas "Subastas de Vickrey"), en la que el vendedor pagará o recibirá lo ofrecido en la segunda mejor oferta económica. Ver: DAMMERT LIRA, Alfredo (2010). "Las subastas de energías en el sector eléctrico peruano". Óp. Cit., p. 3 y KLEMPERER, Paul (2004). "Auctions: Theory and Practice". Óp. Cit., p. 12.

¹⁵⁸ KLEMPERER, Paul (2004). "Auctions: Theory and Practice". Óp. Cit., p. 114. Traducción libre de: "From the perspective of encouraging more entry, the merit of a sealed-bid auction is that the outcome is much less certain than in an ascending auction. An advantaged bidder will probably win a sealed-bid auction, but it must make its single final offer in the face of uncertainty about its rivals' bids, and because it wants to get a bargain its sealed-bid will not be the maximum it could be pushed to in an ascending auction. So "weaker" bidders have at least some chance of victory, even when they would surely lose an ascending auction. (...) It follows that potential entrants are likely to be more willing to enter a sealed-bid auction than an ascending auction." [Subrayado Agregado].

¹⁵⁹ KLEMPERER, Paul (2009). "Competition Policy in Auctions and Bidding Markets", en: BUCCIROSSI, Paolo (Ed.). "Handbook of Antitrust Economics". The MIT Press, p. 583.

¹⁶⁰ KLEMPERER, Paul (2004). "Auctions: Theory and Practice". Óp. Cit., p. 114. Traducción libre de: "The most important point is that everything depends on the context. Auction design is not "one size fits all". A good auction needs to be tailored to the specific details of the situation, and must also reflect the wider economic circumstances.

VII. PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿BAJO QUÉ SUPUESTOS PROCEDE LA REVOCACIÓN POR ACTOS DE GRAVAMEN PARA EL ADMINISTRADO?

1) Pedido de ISA

Siete años después de la Resolución que Autoriza la Concentración, ISA se presentó ante la CLC con una nueva solicitud: la eliminación o revocación de las dos condiciones impuestas a ISA como parte de la autorización de la concentración con CTM.

ISA argumentó que tras el desarrollo normativo y de las condiciones de competencia del sector eléctrico en los años transcurridos tras la Resolución que Autoriza la Concentración, ni la Condición COES ni la Condición Subastas cumplían con su finalidad o resultaban necesarias para cautelar la competencia.

En consecuencia, ISA solicitó a la CLC eliminar o revocar estas condiciones, alegando que las circunstancias existentes al momento de su emisión habían variado y las condiciones posteriores no justificaban su permanencia. Este pedido de eliminación o revocación de ISA únicamente estaba referido a las condiciones impuestas en la Resolución de Autorización de la Concentración, no así a la autorización de la operación de concentración.

El Tribunal del INDECOPI amparó el pedido de ISA y efectivamente revocó ambas condiciones mediante la Resolución de Revocación, imponiendo además un precedente de observancia obligatoria:

- Las condiciones impuestas como parte de la autorización de una operación de concentración deberán tener un horizonte temporal, tras el cual las condiciones deberán ser revisadas por la autoridad de competencia. En caso las características y el entorno competitivo del mercado hayan cambiado, la condición podrá ser modificada o levantada.
- Antes del transcurso del plazo indicado previamente, las empresas podrán solicitar una revisión de estas condiciones, debiendo acreditar un cambio de circunstancias en el sector eléctrico que amerite el levantamiento de las condiciones.

En la siguiente sección describiremos cómo ello fue posible.

2) ¿Cuál es el mecanismo legal requerido para levantar condiciones impuestas por la CLC?

a) La revocación en el ordenamiento jurídico peruano

El pedido de ISA es, en esencia, un pedido a la Administración Pública para que revise sus propios actos: específicamente, las condiciones impuestas a ISA como parte de la autorización a la operación de concentración, otorgada en el año 2006 mediante la Resolución que Autoriza la Concentración.

Debido a que la LASE no cuenta con un mecanismo de revisión de las condiciones que permita acoger el pedido de ISA, su solicitud se amparó y fue tramitada conforme a la legislación administrativa general peruana.

De acuerdo con MORÓN URBINA, este marco normativo, contenido principalmente en la LPAG, contempla tres vías mediante las cuales la Administración Pública puede revisar sus actos: la rectificación, el reconocimiento de nulidad y la revocación, los que deben conducirse a través de los procedimientos establecidos en la normativa¹⁶¹. Es el último de esos tres mecanismos el que nos ocupa en esta sección.

LAGUNA DE PAZ define al concepto de revocación:

*"La extinción unilateral por parte de la Administración de la relación jurídica o de los efectos creados por actos válidos, pero cuyas consecuencias devienen ilegales o inoportunas, por falta de cobertura normativa (cambio legislativo o de circunstancias), por cambio de criterios de apreciación o por incumplimiento de su titular"*¹⁶².

MORÓN URBINA plantea una definición complementaria, pero ajustada a la normativa peruana y resaltando la importancia de la adecuación al interés general como fin último de la revocación:

*"La revocación consiste en la potestad excepcional que la ley confiere a la Administración Pública para que, de manera directa, de oficio y mediante un nuevo acto administrativo pueda modificar, reformar o sustituir (total o parcialmente), o simplemente extinguir los efectos jurídicos futuros de un acto administrativo generado conforme a derecho (válido y eficaz) fundándose en la necesidad de adecuarse a un necesidad extrínseca y posterior; el interés público sobreviviente"*¹⁶³.

Sobre esta definición, podemos encontrar una serie de elementos conceptuales comunes:

- La revocación modifica o extingue la situación jurídica creada por un acto administrativo.
- Este acto administrativo fue emitido válidamente.
- En un momento posterior a esta emisión, la situación jurídica no puede subsistir en el ordenamiento por resultar ilegal o contraria al interés público.

La doctrina distingue a la revocación de la nulidad debido a que el acto revocado no presenta ningún vicio de origen, pues ha surgido válidamente y no puede ser anulado¹⁶⁴. Como indica

¹⁶¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Tomo II. Óp. Cit., pp. 145-146.

¹⁶² LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La Autorización Administrativa". Óp. Cit., p. 330.

¹⁶³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Tomo II. Óp. Cit., p. 177.

¹⁶⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Tomo II. Óp. Cit., p. 177; así como LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La Autorización Administrativa". Óp. Cit., p. 332.

LAGUNA DE PAZ, esto tiene una consecuencia práctica, pues la revocación no está limitada por los parámetros temporales de la nulidad¹⁶⁵.

En el Perú, la LPAG regulaba la figura de la revocación en su artículo 203¹⁶⁶ pero, como puede verse de la definición del profesor MORÓN URBINA, es considerada una potestad excepcional e incluso "disciplinada"¹⁶⁷. El texto del mencionado artículo 203 de la LPAG era el siguiente:

"Artículo 203.- Revocación

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

*203.2.3 Cuando apreciando **elementos de juicio sobrevinientes** se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.*

203.3 La revocación prevista en este numeral sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor."

Para MORÓN URBINA, el artículo 203 de la LPAG planteaba dos reglas generales:

Primero, no procede la revocación de actos favorables —como las autorizaciones u otros títulos habilitantes— por el cambio en el criterio de la Administración¹⁶⁸. A la fecha del Caso ISA-CTM, esta regla era matizada por dos excepciones puntuales: la facultad revocatoria para actos favorables expresamente establecida en una norma con rango de ley, y el cambio sobreviniente en circunstancias que sean exigidas e indispensables¹⁶⁹.

Además, la LPAG permite la revocación de actos administrativos no favorables —como los actos de gravamen— en tanto elementos de juicio objetivos y sobrevinientes determinen que la carga, obligación o perjuicio al administrado resulta hoy injustificada¹⁷⁰. En un trabajo

¹⁶⁵ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La Autorización Administrativa". Óp. Cit., p. 332.

¹⁶⁶ El artículo 203 de la LPAG fue modificado en 2016 por el Decreto Legislativo 1272, de manera posterior a los hechos del caso. Actualmente, el artículo correspondiente a la revocación en el Texto Único Ordenado de la LPAG es el artículo 214.

¹⁶⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Tomo II. Óp. Cit., p. 177.

¹⁶⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Tomo II. Óp. Cit., p. 179.

¹⁶⁹ A través del Decreto Legislativo 1272, se introdujo un supuesto adicional de revocación a la LPAG: el acto de gravamen contrario al ordenamiento jurídico, siempre que no lesione derechos de terceros o afecte el interés público.

¹⁷⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Tomo II. Óp. Cit., p. 178.

anterior, MORÓN URBINA indicó que esta causal exige "elementos de juicio valiosos (cambio de circunstancias) que evidencien que la medida objetivamente ya no tiene mérito (...)"¹⁷¹.

Tal como complementa LAGUNA DE PAZ, debemos estar ante un cambio objetivo de circunstancias, que de haber existido durante la emisión del acto administrativo habrían generado un pronunciamiento distinto; o que las circunstancias que motivaron su emisión hayan desaparecido¹⁷².

Como puede verse, la LPAG requiere un cambio objetivo y verificable de las circunstancias; y exige que no se perjudique a terceros. Este es el supuesto de revocación en el que se enmarca el pedido planteado por ISA.

Además, tal como resalta la Resolución 1535-2010/SC1-INDECOPI, que estableció un precedente de observancia obligatoria sobre revocación, la LPAG sí contempla que la revocación no solamente tenga por efecto la extinción de la situación jurídica incompatible con el interés general, sino también su modificación, a efectos de reconducirla a dicho interés general¹⁷³.

Tanto la Administración Pública como el administrado pueden solicitar el inicio del procedimiento revocatorio del acto administrativo no favorable, pero —como indica MORÓN URBINA— este procedimiento debe seguir las mismas formas y requisitos del acto que será revocado, en atención al principio de paralelismo de formas¹⁷⁴.

Finalmente, tal como establece la LPAG y como ha confirmado la Resolución 1535-2010/SC1-INDECOPI, la revocación sólo podrá emitirse como resultado de un procedimiento con la participación del administrado.

b) ¿Es lícito y posible revocar la condición sin afectar a la autorización de la concentración?

El Derecho Administrativo permite incorporar a las autorizaciones —como actos administrativos— una serie de elementos complementarios, denominados elementos accidentales o accesorios, "a fin de conseguir una mejor adecuación de la actividad autorizada a lo que demanda el interés general"¹⁷⁵, como indica LAGUNA DE PAZ.

Conforme a este autor, el elemento accidental que se introduce al acto debe mantenerse dentro del marco legal y de las facultades con las que cuenta la Administración pública, además de ser determinadas, posibles, necesarias y proporcionadas¹⁷⁶.

Las cláusulas accidentales más comunes son tres: el modo, la condición y el término o plazo.

¹⁷¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos (2011). "La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica", en Revista *Derecho PUCP* No. 67, p. 433.

¹⁷² LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La Autorización Administrativa". Óp. Cit., p. 339.

¹⁷³ Resolución 1535-2010/SC1-INDECOPI, p. 8. Considerando 17.

¹⁷⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Tomo II. Óp. Cit., p. 184.

¹⁷⁵ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La Autorización Administrativa". Óp. Cit., p. 221.

¹⁷⁶ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La Autorización Administrativa". Óp. Cit., p. 221.

El modo es definido por LAGUNA DE PAZ como la obligación de hacer, no hacer o soportar una carga que complementa la situación jurídica creada por un acto administrativo, estableciendo gravámenes al derecho otorgado¹⁷⁷.

Por su parte, la condición es un evento incierto (que puede determinar el inicio o el fin de la eficacia del acto), y el término es un momento futuro pero cierto, aún si se ignora la fecha precisa¹⁷⁸.

Por ejemplo, si una autorización cuenta con un período de vigencia, que autoriza realizar la actividad a partir de o hasta determinada fecha, estaremos ante el elemento accidental de término. Sin embargo, como dice LAGUNA DE PAZ, si una autorización *obliga* a iniciar la actividad económica en determinada fecha, estaremos ante un modo¹⁷⁹.

Por su naturaleza de gravamen, el modo sólo podrá introducirse a los actos administrativos favorables, tales como las autorizaciones¹⁸⁰; y, como se ha indicado, el propósito de incorporarlo será adecuar de mejor manera el acto administrativo otorgado al interés general.

La LPAG sí incorpora las figuras del término, condición y modo en sus reglas sobre el acto administrativo en el Perú:

"Artículo 2.- Modalidades del acto administrativo

2.1 Cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto".

A diferencia de la LPAG, que los llama "modalidades del acto administrativo", el profesor MORÓN URBINA emplea el término 'elementos accidentales', entendidos como aquellos que pueden aparecer eventualmente en un acto administrativo y que están vinculados a su eficacia: ya sea por su inicio o fin, o respecto a cómo se estructuran los deberes y derechos del administrado¹⁸¹.

Para MORÓN URBINA, la redacción del artículo 2 de la LPAG impone tres condiciones para que la Administración Pública pueda sujetar un acto administrativo a modalidad¹⁸²:

i) No debe ser un elemento esencial del acto administrativo

La modalidad impuesta no puede ser esencial para el acto (i.e., un elemento integrante o requerido para su validez).

¹⁷⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago (2017). "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Pública General". Tomo XII: Actos Administrativos y Sanciones Administrativas. Fondo Editorial del Boletín Oficial del Estado de España, p. 56.

¹⁷⁸ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La Autorización Administrativa". Óp. Cit., p. 224-225, y 227-228.

¹⁷⁹ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La Autorización Administrativa". Óp. Cit., p. 231.

¹⁸⁰ Ídem.

¹⁸¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos (2020). "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica, p. 218.

¹⁸² MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Tomo I. Óp. Cit., pp. 219-220.

ii) Debe estar autorizado por ley

La Administración Pública no puede imponer plazos o condiciones a discreción. Por ello, la ley que regula el acto administrativo deberá autorizar que se introduzca un elemento accidental, como plazo o modo.

iii) Debe tener como fin asegurar que el acto administrativo cumpla su fin público

El elemento accidental deberá ser compatible con el marco legal que regula el acto administrativo modificado, y deberá asegurar que este cumpla su fin público. A contrario, se prohíbe aplicar modalidades que sean contrarias a este fin.

Las autorizaciones que aprueban actos de concentración son actos administrativos de carácter evidentemente favorable, en tanto permiten a las empresas notificantes dar efectos a su transacción y, en consecuencia, ampliar su esfera jurídica, mejorando su posición.

Como puede verse, las condiciones que se imponen a las autorizaciones cumplen con las condiciones dispuestas por la LPAG para sujetar un acto administrativo, como las autorizaciones, a modalidad:

- i) Han sido habilitadas por el artículo 5 de la LASE,
- ii) Tienen como fin asegurar que las autorizaciones cumplan su finalidad: permitir la concentración, pero mitigando o eliminando sus posibles efectos anticompetitivos; y
- iii) No resultan esenciales para la autorización, pues existen reiterados casos en los que se han aprobado concentraciones sin imponer ningún tipo de condición. El Caso ETECEN-ETESUR, mencionado en secciones precedentes, es uno de ellos.

Además, en línea con la definición planteada por LAGUNA DE PAZ, tanto la Condición COES como la Condición Subastas impusieron obligaciones de no hacer a las empresas que conformaban el Grupo ISA, al restringir el ejercicio normal de sus derechos de participación en el COES y en las segundas convocatorias de subastas por proyectos de transmisión eléctrica.

Por tanto, las condiciones impuestas por la CLC son elementos accidentales del acto administrativo de autorización de la concentración entre ISA y CTM; siendo que, específicamente, dicha autorización fue emitida sujeta a modo.

Al ser elementos independientes entre sí, por tener una relación de accesorio y principal, la eventual invalidez o revocación de las condiciones, como elementos accesorios, no comprometería en lo más mínimo a la autorización como acto administrativo principal.

Como indica MORÓN URBINA, la LPAG "*permite anular una parte del acto y dejar intacta la otra, separando según la independencia que las mismas puedan brindar respecto de la otra*

parte"¹⁸³, por lo que la revocación del modo impuesto a una autorización, como revocación parcial, correría una suerte similar a la nulidad parcial, conforme al numeral 13.2 de la LPAG¹⁸⁴.

3) ¿Qué se requiere para acreditar que corresponde la revocación de las Condiciones COES y Subastas?

Como se ha descrito en la sección previa, el estándar exigible por la LPAG para la revocación de un acto administrativo de gravamen; o, en este caso, del elemento accesorio de gravamen que acompaña a la autorización de la concentración, es la presencia de 'elementos de juicio sobrevinientes'. Como ha desarrollado la doctrina citada, esto implica un cambio objetivo y verificable de las circunstancias que dieron origen a las Condiciones COES y Subastas.

Ahora bien, al tratarse de una evaluación previa, el control de concentraciones siempre será un tipo de análisis particularmente susceptible a enfrentar cambios en las condiciones de competencia sobre los mercados analizados, factor al cual las agencias de competencia deben prestar particular atención.

Como ya se ha dicho este carácter *ex-ante* diferencia a la figura del control de conductas o acuerdos anticompetitivos, que siempre se realizará *ex-post* y representa, en palabras de WHISH y BAILEY, "una complicación del control de concentraciones [pues] siempre deberá mirar al futuro: su análisis involucrará predecir los efectos futuros de la concentración en el mercado [analizado]"¹⁸⁵.

Como resultado, el control de concentraciones siempre involucrará "un análisis prospectivo que requiere proyectar diversas relaciones de causa y efecto, a efectos de concluir cuál es la más plausible"¹⁸⁶. La inevitable incertidumbre que acompaña a este análisis prospectivo deberá ser incorporada al análisis que deberán hacer las agencias de competencia, como indican los Merger Assessment Guidelines del Reino Unido¹⁸⁷.

Naturalmente, al ser un análisis prospectivo enfocado en los efectos futuros de la concentración, el control de concentraciones se encuentra particularmente expuesto a un cambio de circunstancias que modifique (o incluso niegue) las premisas sobre las que basó sus decisiones, tal como ocurrió en el presente caso.

En el presente caso, ISA sustentó su pedido de revocación en el cambio de las siguientes circunstancias: el desarrollo normativo del sector eléctrico (particularmente en las reglas aplicables a la estructura organizacional del COES y a las licitaciones de proyectos de transmisión eléctrica), y el cambio en las condiciones del mercado generado a partir de dicho desarrollo normativo.

¹⁸³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Tomo I. Óp. Cit., pp. 271.

¹⁸⁴ LPAG. "Artículo 13.- Alcances de la nulidad"

13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario. (...)"

¹⁸⁵ WHISH, R. y D. BAILEY (2012). "Competition Law". Óp. Cit., p. 817. Traducción libre de: "A complicated feature of merger control is that it is necessarily forward-looking: [an] assessment still essentially about predicting the future effects of the merger on the market."

¹⁸⁶ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. "Merger Assessment Guidelines", p. 7. Nota al Pie 18. Esta Nota al Pie hace referencia al Caso Intercontinental Exchange, Inc. contra CMA - [2017] CAT 6, así como al Caso Tetra Laval BV contra la Comisión Europea, seguido ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Exp. C-12/03 P-DEP.

¹⁸⁷ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. "Merger Assessment Guidelines", p. 8 y p. 15.

a) Condición COES: Desarrollos Normativos

En los años posteriores a la aprobación de la Condición COES, existió un amplio desarrollo normativo sobre su estructura organizacional: a partir del año 2007 se aprobaron el Reglamento del COES¹⁸⁸, el Estatuto del COES¹⁸⁹ y el Estatuto del Subcomité de Transmisión¹⁹⁰.

De acuerdo a las reglas contenidas en estas normas y estatutos, la capacidad de 'injerencia preponderante' de ISA —empleando los términos de la Resolución que Autoriza la Concentración y la Resolución de Aclaración de la Autorización— ha sido neutralizada.

Específicamente, la Cláusula Sexta del Estatuto del Subcomité de Transmisores dispone una regla específica para aquellos casos en los que el mecanismo de votación sea distinto a aquel que otorga un voto a cada miembro. En estos casos, cuando los votos acumulados de un grupo económico le permitan determinar el sentido de una votación en dicho subcomité, el porcentaje acumulado de dicho grupo económico será reducido automáticamente a 49%, y el 51% será redistribuido entre los demás miembros del subcomité.

De acuerdo a la información evaluada por la CLC para el Caso ISA-ORAZUL, es importante notar que estas reglas, que evitan el ejercicio de algún tipo de 'injerencia preponderante' por algún grupo económico en el Subcomité de Transmisores, continuaban en vigencia hasta, cuando menos, la evaluación de dicha concentración en 2020¹⁹¹.

b) Condición COES: Cambios en las condiciones del mercado eléctrico

Además, para las votaciones que empleen el mecanismo que otorga un voto a cada miembro, la Sala reconoció el aumento de participantes en el Subcomité de Transmisores¹⁹², que pasó de cinco a ocho miembros.

De estos ocho miembros, ISA únicamente mantenía el control de los tres agentes ya conocidos: ISA, REP e ISA Perú. A la fecha, el Subcomité de Transmisores del COES cuenta con diecisiete miembros¹⁹³.

A consecuencia de estos cambios, el MINEM¹⁹⁴ y OSINERGMIN¹⁹⁵ coinciden en señalar que ISA ya no está en capacidad de influenciar las decisiones del COES, por lo que revocar la Condición COES no tendría efectos considerables en la conformación o en la toma de decisiones de dicho organismo.

¹⁸⁸ Aprobado mediante Decreto Supremo 027-2008-EM.

¹⁸⁹ Estatuto aprobado en Asamblea de fecha 18 de julio de 2008. La versión actual del Estatuto del COES fue modificada recientemente, en la Asamblea 46, con fecha 26 de noviembre de 2020.

¹⁹⁰ Estatuto aprobado mediante Acta de Constitución del Subcomité de Transmisores del COES, con fecha 24 de agosto de 2009.

¹⁹¹ Resolución 022-2020/CLC-INDECOPI (Fecha de emisión: Agosto 2020), pp. 36-38. Caso ISA-ORAZUL.

¹⁹² Resolución de Revocación de Condiciones, p. 47.

¹⁹³ COES-SINAC (2022). Listado de Integrantes. Consulta realizada el 8 de abril de 2022. Disponible en: <https://www.coes.org.pe/Portal/registrointegrante/reporte/empresa>.

¹⁹⁴ Oficio 291-2014-MEM/DGE, p. 3.

¹⁹⁵ Informe OEE 21-2014 (Informe Adicional), p. 2.

c) Condición Subastas: desarrollo normativo

Las condiciones sobrevinientes que modificarían las premisas de dicho análisis nuevamente son dos: desarrollos normativos y de las condiciones de mercado, a consecuencia de las cuales la Condición Subastas resulta innecesaria, pues esta tendría por objeto mitigar un efecto anticompetitivo que ya no puede presentarse.

El desarrollo normativo que afecta a la Condición Subastas incluye a la Ley 28958, aprobada poco después de aprobada la concentración y que modificó la Ley 28832 para permitir que las licitaciones de proyectos contenidos en el Plan de Transmisión sean encargados a PROINVERSIÓN —la agencia de promoción de la inversión privada del Estado peruano—, las cuales serían conducidas de acuerdo al marco normativo de esta última entidad¹⁹⁶. Las normas de PROINVERSIÓN disponen que las subastas sean conducidas bajo la modalidad de sobre cerrado y otorgadas a la mejor oferta¹⁹⁷.

d) Condición Subastas: cambios en las condiciones del mercado

A consecuencia de estas modificaciones normativas, ISA no contó con la capacidad de actuar estratégicamente en las licitaciones de proyectos de transmisión, pues este tipo de formatos no permiten conocer ni superar los valores y condiciones de las ofertas de sus competidores.

Precisamente, esa es la segunda condición sobrevenida que da origen al pedido de revocación de la Condición Subastas: el desarrollo de una sólida dinámica competitiva en las licitaciones de transmisiones, bajo la figura de competencia por el mercado. Este atributo no estaba presente en el mercado de transmisión eléctrica al momento de autorizar la condición, pues la modificación del régimen de promoción de inversiones en transmisión mediante la Ley 28832 se encontraba aún en fase de reglamentación

En los años siguientes a la aprobación de la concentración entre ISA y CTM, estas circunstancias sobrevinientes (i.e., el desarrollo normativo y de condiciones de competencia que muestran una vigorosa competencia por el mercado en las licitaciones de transmisión), ocasionaron que las premisas sobre las cuales se desarrolló la *theory of harm* en la Condición Subastas tampoco se cumplan.

¹⁹⁶ Ley 28832. "Artículo 22.- Instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión

22.2 Para las instalaciones comprendidas en el Sistema Garantizado de Transmisión se tendrá en cuenta lo siguiente:

b) El Ministerio podrá conducir directamente o encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) los procesos de licitación necesarios para implementar el Plan de Transmisión. Si son encargados, estos procesos de licitación se realizarán al amparo de las normas y procedimientos con que cuenta PROINVERSIÓN para estos efectos. (...). [Subrayado Agregado]

¹⁹⁷ Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

"Artículo 18.- Las propuestas se presentarán a la mano y en sobre cerrado.

Artículo 22.- La concesión se otorgará al titular de la propuesta más conveniente (...). [Subrayado Agregado]

Cuadro VI

Licitaciones de SGT Adjudicadas por PROINVERSIÓN a otros Postores

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

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

Fuente: Escrito de Solicitud de Revocación de Condiciones p. 32

Incluso, el propio MINEM sostuvo ante la Sala que no ha desarrollado medidas propuestas para futuras subastas de proyectos de transmisión eléctrica, manteniendo las reglas existentes, pues considera que los procesos llevados hasta la fecha a través de PROINVERSIÓN han sido exitosos¹⁹⁸.

De esta manera, la modificación a la Ley 28832 estipula un diseño de subastas de sobre cerrado y mejor oferta que, como hemos visto, mitiga la posibilidad de conocer de antemano las ofertas económicas de los postores competidores, a efectos de permitir a ISA desplegar comportamientos estratégicos.

¹⁹⁸ Oficio 489-2014-MEM-DGE (Opinión Adicional del MINEM), p. 2.

Por tanto, las condiciones del mercado no muestran a un actor incumbente en capacidad de desplegar el comportamiento estratégico previsto por la CLC. Además, ISA ha enfrentado sólida competencia por los proyectos licitados, mostrando incluso la entrada de nuevos agentes económicos al mercado.

Es importante notar que esta sólida competencia por la licitación de proyectos se ha mantenido hasta la fecha. De acuerdo a la CLC en el reciente Caso ISA-ORAZUL, entre el 2008 y el 2019 PROINVERSIÓN ha adjudicado 23 proyectos de transmisión eléctrica bajo el SGT, de los cuales ISA se ha adjudicado el 48%, el Grupo REI el 22% y ABENGOA, un 13%¹⁹⁹.

Cuadro 4
Líneas de transmisión adjudicadas por Proinversión según Grupo Económico y Empresa. 2008-2019

(a) Kilómetros

Grupo	Empresa	Número de Proyectos	Longitud (KM)	Participación individual	Participación del Grupo
Abengoa	Abengoa Transmisión Norte S.A.	1	696,6	8,6	24,4
	Abengoa Transmisión Norte 3 S.A.	1	355,8	4,4	
	ASA Iberoamérica S.L.	1	917,0	11,4	
Cobra	Cobra Instalaciones y Servicios S.A.	1	331,0	4,1	4,1
ISA	Consortio Transmantaro S.A.	11	3 057,5	37,9	37,9
Isolux	Isonor Transmisión S.A.C	1	956,8	11,9	19,7
	Líneas de Transmisión Peruanas S.A.C	1	636,2	7,9	
REI	Concesionaria Línea de Transmisión CCNCM S.A.C	1	401,5	5,0	12,2
	Transmisora Eléctrica del Sur S.A.	1	207,5	2,6	
	Transmisora Eléctrica del Sur 2 S.A.	1	107,3	1,3	
	Transmisora Eléctrica del Sur 3 S.A.	1	128,8	1,6	
Terna	Terna Perú S.A.C	1	132,0	1,6	1,6
Total		23	8 066,0	100	100

(b) Valor Adjudicado

Grupo	Empresa	Número de Proyectos	Valor adjudicado (US\$)	Participación individual	Participación del Grupo
Abengoa	Abengoa Transmisión Norte S.A.	1	17 971 691	4,5	20,6
	Abengoa Transmisión Norte 3 S.A.	1	16 684 999	4,1	
	ASA Iberoamérica S.L.	1	48 195 000	12,0	
Cobra	Cobra Instalaciones y Servicios S.A.	1	15 228 201	3,8	3,8
ISA	Consortio Transmantaro S.A.	11	165 901 079	41,2	41,2
Isolux	Isonor Transmisión S.A.C	1	29 487 993	7,3	25,8
	Líneas de Transmisión Peruanas S.A.C	1	74 664 051	18,5	
REI	Concesionaria Línea de Transmisión CCNCM S.A.C	1	16 161 464	4,0	8,3
	Transmisora Eléctrica del Sur S.A.	1	6 694 011	1,7	
	Transmisora Eléctrica del Sur 2 S.A.	1	5 687 976	1,4	
	Transmisora Eléctrica del Sur 3 S.A.	1	3 130 061	0,8	
Terna	Terna Perú S.A.C	1	1 403 188	0,3	0,3
Total		23	403 050 274	100	100

Fuente: Proinversión
Elaboración: Secretaría Técnica

Fuente: Resolución 022-2020/CLC-INDECOPI, p. 32

¹⁹⁹ Resolución 022-2020/CLC-INDECOPI, p. 31. Considerando 95.

En atención a estas cifras, la CLC ha concluido para el Caso ISA-ORAZUL, que "aunque el Grupo ISA ha sido un participante importante en los procesos de licitación convocados por PROINVERSIÓN (...), otras empresas han logrado ejercer presión competitiva en dichos procesos, llegando a adjudicarse grandes proyectos de líneas de transmisión"²⁰⁰.

Por lo tanto, no solamente existió presión competitiva al momento de la solicitud de revocación de condiciones de ISA, sino que esta presión competitiva se ha mantenido a través de los años y ha sido reconocida por la CLC.

e) Análisis sobre las circunstancias sobrevinientes

Los efectos anticompetitivos identificados por la CLC para cada de las condiciones impuestas a ISA fueron los siguientes:

- **Condición COES:** Riesgo de perder la independencia en la toma de decisiones del COES por la 'injerencia preponderante' del Grupo ISA, entendida como su capacidad de imponer unilateralmente su posición en el COES.
- **Condición Subastas:** Internalización de economías de escala y ahorros de costos por ISA originados por la concentración, que no serían trasladados a los usuarios. ISA podría adjudicarse licitaciones sin presentar su mejor oferta, pues tendría la posibilidad de 'acercarse por debajo' al segundo mejor monto ofertado, y mejorarlo ligeramente.

En el caso de la Condición COES, la Sala concluyó —correctamente— que las condiciones de competencia que dieron origen a la *theory of harm* sobre cuyas premisas se impuso la condición a ISA han desaparecido.

Ello ocurrió debido a la aprobación de reglas que restringen la capacidad de los integrantes del Subcomité de Transmisores de ejercer injerencia preponderante (reduciendo automáticamente su participación mayoritaria hasta un 49%), así como a la aparición de nuevos agentes económicos en dicho Subcomité

En el caso de la Condición Subastas, la Sala concluyó que habían variado las condiciones que las CLC tomó como premisas para alcanzar una conclusión sobre posibles efectos anticompetitivos en las licitaciones de proyectos de transmisión eléctrica. El desarrollo normativo consistió en la modificación normativa a las reglas de juego de subastas, permitiéndose su encargo a PROINVERSIÓN bajo reglas de sobre cerrado a mejor oferta.

Por su parte, las propias condiciones de la competencia también variaron, debido a que el mercado mostró una presión competitiva sólida por estas licitaciones.

En conjunto, estos dos elementos niegan las premisas sobre las cuales la CLC basó su análisis de efectos en la competencia, pues ISA no tuvo (i) la capacidad de adoptar conductas estratégicas en estas licitaciones al 'acercarse por debajo' al segundo mejor monto ofertado, a fin de nunca ofertar en exceso; ni (ii) las eficiencias generadas por la concentración

²⁰⁰ Resolución 022-2020/CLC-INDECOPI, p. 32. Considerando 98.

permitieron a ISA convertirse en el ganador indiscutible de las licitaciones en las que participara.

Por el contrario, conforme al gráfico planteado líneas arriba, las licitaciones muestran una fuerte presión competitiva sin mayores indicios de comportamiento estratégico, pues ISA puede perder una licitación por presentar una oferta bien 1% o 25% mayor que aquella que resulta finalmente ganadora.

Por todo lo descrito, estos dos hechos (el desarrollo normativo y la modificación en las condiciones del mercado de transmisión eléctrica) configuran los 'elementos de juicio sobrevinientes' que habilitan a la Sala a revocar las condiciones impuestas a ISA.

En efecto, las premisas sobre las cuales la CLC basó su *theory of harm* no se han materializado, por lo que a la fecha de la solicitud de revocación no existen efectos anticompetitivos que mitigar a través de las condiciones. En vista de ello, sí corresponde su revocación.

En estos casos, el mantenimiento de estas condiciones resulta un acto contrario al artículo 28 del Reglamento de la LASE, pues este artículo establece que las condiciones deben ser necesarias para evitar que se presenten efectos anticompetitivos a raíz de la concentración, presuponiendo la existencia de dichos efectos anticompetitivos.

En caso circunstancias sobreviniente eliminen o mitiguen estos efectos anticompetitivos, estaríamos ante una medida de gravamen de la Administración Pública que incumple con dicha medida (y con el criterio de razonabilidad) pues impone restricciones para dar solución a un problema en la competencia que simplemente no existe.

A contrario de esta opinión, la Secretaría Técnica de la CLC difiere del análisis mostrado por la Sala, y concluye que ninguna de las condiciones impuestas a ISA debe ser levantada, alejándose de las conclusiones de las demás entidades técnicas consultadas.

Para la Secretaría Técnica de la CLC²⁰¹, las circunstancias sobrevinientes no ameritan la revocación de las condiciones debido a que no tienen mayor impacto en el *objetivo* de las condiciones: evitar que las decisiones del COES respondan al interés particular de ISA, y que ISA se comporte estratégicamente en las subastas de infraestructura de transmisión eléctrica convocadas por el Estado.

Resulta difícil armonizar la posición de dicha Secretaría Técnica con el estándar legal contenido en la LASE y con las mejores prácticas sobre remedios conductuales, pues el control de concentraciones es una figura especialmente susceptible —dado el análisis prospectivo que involucra— al cambio de condiciones o circunstancias con el paso del tiempo.

Debido a estas condiciones cambiantes de los mercados, la INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK recomienda que los marcos jurídicos sobre control de concentraciones habiliten la revisión *ex-post* de los remedios conductuales. Ello es una consecuencia —e incluso un reconocimiento— del carácter prospectivo de la evaluación de

²⁰¹ Informe Técnico 002-2014/ST-CLC-INDECOPI, pp. 24-25.

efectos anticompetitivos, pues las conclusiones de este análisis pueden cambiar según varíen las condiciones de mercado que le sirven como premisa.

Además, las mejores prácticas sobre control de concentraciones requieren sujetar los remedios conductuales al plazo estrictamente necesario para evitar los efectos anticompetitivos, pero no más. Como sucintamente lo plantea el Manual sobre Remedios de EEUU, "mientras más tiempo esté en vigencia un remedio conductual, menos efectivo será para prevenir los efectos anticompetitivos dados los cambios en el mercado"²⁰².

Ello es lo que ocurrió en el presente caso: las condiciones del mercado que llevaron a la CLC a encontrar efectos competitivos en la toma de decisiones del COES y en la licitación de nuevas inversiones de transmisión eléctrica ya no existían al momento del pedido de revocación de ISA.

Incluso, no existen desde cierto tiempo atrás, particularmente en el caso de la Condición COES, donde el desarrollo normativo está concentrado en los años 2008 y 2009; es decir, cuatro a cinco años antes del pedido de revocación. En este caso, ISA debió soportar por años el impacto de un acto de gravamen cuando las causas que lo sustentaban ya no se encontraban presentes en el mercado, lo que representa una manifiesta transgresión al mandato legal de razonabilidad que debe guiar todos los actos (especialmente de gravamen) de la Administración Pública.

Como indican MANAYALLE y FLORÍNDEZ, "las condiciones impuestas por [la autoridad de competencia] carecerán de objeto cuando los efectos del acto de concentración en el mercado hayan sido mitigados (...). No sería razonable mantener vigente una medida que ya no tiene por objeto proteger el mercado"²⁰³.

Por ese motivo, la INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK es enfática en recomendar que los remedios no estructurales no estén sujetos a duración indefinida, debido al riesgo de cambios en el mercado y de la pérdida de relevancia de la condición impuesta²⁰⁴.

La solución a este problema es el monitoreo de la condición tras su implementación, además de abrir la posibilidad de revisar la condición ante cambios sustanciales en el mercado. Las empresas podrán sustentar estas revisiones en evidencia que acredite cambios sustanciales en las condiciones del mercado, y que estos cambios mitigan la necesidad de mantener las condiciones²⁰⁵.

²⁰² US DEPARTMENT OF JUSTICE. "Merger Remedies Manual". Óp. Cit., p. 8. Traducción libre de: "*Moreover, the longer a conduct remedy is in effect, the less likely it will be well-tailored to remedy the competitive harm in light of changing market conditions.*"

²⁰³ MANAYALLE, y FLORÍNDEZ. "Comentarios al procedimiento de control de concentraciones en el sector eléctrico peruano". Óp. Cit., pp. 48-49.

²⁰⁴ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. "*Merger Remedies Guide*". Óp. Cit., p. 18. Traducción libre de: "*Non-structural remedies should have a term that is as long as necessary to prevent the identified harm to competition arising from the merger, and generally should not be put in place for an indefinite duration. The risk of market changes and the continued relevance of the remedy can be addressed by ongoing, post-implementation monitoring and an ability to impose or seek modifications to the remedy.*"

²⁰⁵ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. "*Merger Remedies Guide*". Óp. Cit., p. 27. Traducción libre de: "*In order to justify substantial revisions, the merging parties or the competition authority must demonstrate that the changes in market conditions either alleviate the need for the Remedy Order or require that the Remedy Order be changed in order to remain effective.*"

Precisamente por este fin, la OCDE recomienda llevar a cabo revisiones a nivel *macro* sobre la efectividad de las condiciones impuestas a fin de conocer el poder predictivo de las herramientas de análisis empleadas, así como otros resultados del análisis empleado para las concentraciones²⁰⁶.

f) Incorporación del criterio de la Sala a las normas de control de concentraciones

En línea con estas mejores prácticas, la Sala decidió incorporar las conclusiones a las que arribó en la Resolución de Revocación al régimen sobre control de concentraciones en el sector eléctrico a través de un precedente de observancia obligatoria²⁰⁷.

La Sala dispuso que todas las condiciones de conducta a las que se sujete una concentración deberán contar con un horizonte temporal, tras el cual podrán ser evaluadas nuevamente por la autoridad de competencia.

Entretanto, las empresas podrán solicitar el levantamiento de estas condiciones, aplicando la misma figura procedimental que ISA: la revocación. Para ello, deberán demostrar el cambio de circunstancias que sustente su pedido.

En aplicación de este precedente, la Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI, por el Caso China Yangtze Power-Luz del Sur, impone a Luz del Sur S.A.A una condición del tipo conductual, vinculada al abastecimiento de energía eléctrica para clientes regulados a través de sus empresas vinculadas, que estará vigente hasta el año 2030²⁰⁸.

Ahora bien, el razonamiento de la Sala no solo ha sido recogido como un precedente de observancia obligatoria. La Ley 31112 recoge en su artículo 9 la figura introducida por la Resolución de Revocación, incorporando la revisión de condiciones al régimen general de control de concentraciones implementado por dicha norma.

El numeral 9.1 de la Ley 31112²⁰⁹ recoge la primera sección del precedente de observancia obligatoria de la Sala: las condiciones de conducta impuestas en el marco del control de concentraciones deben acompañarse de un plazo, tras el cual la condición será evaluada a efectos de determinar si corresponde mantenerla, modificarla o eliminarla. En caso la condición se mantenga o se modifique, deberá establecerse un nuevo plazo, regla no contenida en el precedente emitido por la Sala.

El numeral 9.3 de la Ley 31112²¹⁰ recoge la segunda sección del precedente de observancia obligatoria planteado por la Sala, con una diferencia.

²⁰⁶ OCDE. "Economic Analysis in Merger Investigations", Óp. Cit., p. 71.

²⁰⁷ Decreto Legislativo 1033. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

"Artículo 14.- Funciones de las Salas del Tribunal.

14.1 Las Salas del Tribunal tienen las siguientes funciones:

(...) d) Expedir precedentes de observancia obligatoria que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia."

El citado literal sería modificado en 2016 por el Decreto Legislativo 1308 para permitir la revisión de los precedentes emitidos por las Comisiones del INDECOPI. La modificación normativa es inmaterial para el presente caso.

²⁰⁸ Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI, p. 92. Resolución que autoriza la concentración CYPi-Luz del Sur.

²⁰⁹ Ley 31112. "Artículo 9. Revisión de condiciones

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

²¹⁰ Ley 31112. "Artículo 9. Revisión de condiciones

Mientras que la Sala, ante la ausencia de un procedimiento específico para la revisión de condiciones, dispuso que esta revisión sea tratada a través del procedimiento de revocación, la Ley 31112 establece que la solicitud de modificación o eliminación de la condición de conducta emplee un procedimiento específico, regulado en sus formas por el Reglamento de la Ley 31112.

Finalmente, el numeral 9.2 de la Ley 31112 introduce una nueva figura: la posibilidad que sea la propia CLC la que solicite revisar de oficio la condición impuesta, en forma previa al final del plazo establecido al autorizar la concentración²¹¹. El Capítulo III del Reglamento de la Ley 31112 establece las reglas para este procedimiento, llamado "Procedimiento de Revisión de Condiciones".

La CLC conduce la revisión de las condiciones tras el fin del plazo estipulado en la autorización de la concentración, mientras que las revisiones a pedido del agente económico o de la propia CLC serán ventiladas ante el Tribunal del INDECOPI. Finalmente, desde el lado sustantivo, el numeral 17.3 del Reglamento de la Ley 31112 prohíbe que la modificación de la condición de conducta resulte en una condición más gravosa que la vigente para el administrado²¹².

A modo de recapitulación, ISA solicitó la revocación de las condiciones impuestas por la CLC a través de la figura de la revocación parcial. Debido a que la LASE no contempla expresamente la revisión o eliminación de condiciones, ISA sustentó su pedido acudiendo a la LPAG como marco normativo general del procedimiento administrativo.

Bajo este marco legal, la condición impuesta a ISA resulta ser un modo del acto administrativo, el cual, por consistir en una obligación de no hacer, es considerado como de gravamen. Al ser un elemento accidental de la autorización, resulta plenamente válido revocar únicamente al modo y permitir que subsista la autorización, pero ya sin condicionamiento alguno.

La Sala concluyó que sí correspondía revocar las condiciones bajo esta figura, en atención al cambio objetivo en las circunstancias. Las circunstancias sobrevinientes serían, en resumidas cuentas, el desarrollo normativo del sector eléctrico y el desarrollo de sólidas condiciones de competencia en el segmento de transmisión eléctrica, particularmente bajo la figura de competencia por el mercado.

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

²¹¹ Ley 31112. "Artículo 9. Revisión de condiciones

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

²¹² Reglamento de la Ley 31112. "Artículo 17. Procedimientos para la revisión de la condición de conducta

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

VIII. CONCLUSIONES

- 8.1. La base constitucional del control de concentraciones en el Perú es el mandato amplio —contenido en el primer párrafo del artículo 61 de la C93— que establece para el Estado Peruano un rol facilitador y vigilante de la libre competencia.
- 8.2. Argumentar que la Constitución peruana solo concibe a los mecanismos mencionados en forma expresa en el artículo 61 de la C93 como únicas herramientas de la política de libre competencia vaciaría de contenido la regla general sobre vigilar y proteger la competencia. Esta disposición habilita al Estado a implementar mecanismos adicionales a los referidos en dicho artículo.
- 8.3. La CLC debe evaluar los efectos de una concentración para concluir si esta cumple o no con el estándar exigido por la LASE: que no tenga por efectos disminuir, dañar o impedir la libre competencia. Este análisis incluye (i) los elementos mínimos establecidos en el artículo 19 del Reglamento de la LASE, (ii) la metodología 'base' propuesta por la Secretaría Técnica de la CLC, basada en mejores prácticas internacionales, y (iii) un 'aterrizaje' al caso en concreto, y el mercado bajo análisis.
- 8.4. A pesar de encontrarse derogados, los parámetros de evaluación de efectos anticompetitivos contenidos en el Reglamento de la LASE y en la metodología de evaluación desarrollada en la práctica por INDECOPI han sido recogidos en los criterios establecidos por la Ley 31112.
- 8.5. Para la concentración ISA-CTM, el estricto marco regulatorio sobre transmisión eléctrica neutraliza los efectos anticompetitivos en la prestación del servicio de transmisión. Ello ha sido reconocido por la CLC en el caso bajo análisis y también a través de los años, como en el Caso Licitación ETECEN-ETESUR (2002) y el Caso ISA-ORAZUL (2020).
- 8.6. Tampoco se encontraron efectos anticompetitivos a nivel de mercados relacionados o de esfuerzo regulatorio.
- 8.7. La CLC sí halló efectos anticompetitivos bajo dos parámetros: (i) la toma de decisiones en el COES, y (ii) la participación en licitaciones de nuevas inversiones de transmisión eléctrica, imponiendo condiciones con el objetivo de mitigar cada uno de dichos efectos.
- 8.8. En el caso de la Condición COES, la CLC planteó una *theory of harm* basada en el riesgo de pérdida de independencia en el COES tras la concentración, si el Grupo ISA impone unilateralmente su posición. Por ello, restringe el ejercicio de votos del COES en cualquier instancia, creada o por crearse, donde ISA pueda ejercer una influencia preponderante.
- 8.9. El análisis de la CLC no cumple con el criterio de necesidad según el test de razonabilidad, en tanto debió contemplar a la reglamentación de la Ley 28832 (y

sus normas complementarias) como una vía alternativa para mitigar los efectos anticompetitivos que dieron origen a la Condición COES.

- 8.10. Por el contrario, en lugar de considerar a este proceso de reglamentación como una herramienta para evitar estos efectos anticompetitivos, la CLC concluye que los terminaría exacerbando.
- 8.11. Además, la Condición COES incumple las recomendaciones internacionales sobre imposición de remedios en control de concentraciones, al no haber sido diseñada de manera clara y directa.
- 8.12. En el caso de la Condición Subastas, la CLC concluye que la concentración permitiría a ISA actuar estratégicamente en las licitaciones, evitando presentar sus mejores ofertas y solo presentar propuestas económicas que le permitan ganar por la mínima diferencia. En atención a ello, la Condición Subastas prohíbe a ISA participar en segundas convocatorias cuando la primera convocatoria haya sido declarada desierta.
- 8.13. La Condición Subastas incumple con el criterio de idoneidad, al plantear una *theory of harm* notoriamente amplia y una condición de conducta relativamente acotada, sin desarrollar correctamente el nexo causal entre estos elementos. Además, también incumple el criterio de necesidad, en tanto las reglas de diseño de subastas podrían mitigar los efectos anticompetitivos identificados.
- 8.14. Además, ambas condiciones fueron impuestas con vigencia indefinida. Como indicamos a continuación, ISA debió cumplir con ellas aun cuando no resultaba necesario mantenerlas en vigor.
- 8.15. Finalmente, corresponde atender el pedido de revocación planteado por ISA. Las condiciones impuestas responden a la figura de elementos accesorios del acto administrativo, regulados en la LPAG bajo la figura de la “modalidad del acto administrativo”, específicamente como el modo.
- 8.16. Al ser un elemento accesorio de gravamen, es factible solicitar su eliminación a través de la revocación parcial. Esta figura exige la presencia de un cambio objetivo en las circunstancias.
- 8.17. En el presente caso, el desarrollo normativo del sector eléctrico (tanto sobre la organización del COES como sobre las reglas aplicables a licitaciones) y de las condiciones del mercado determinaron que las condiciones impuestas por la CLC resulten innecesarias, toda vez que previenen un riesgo que simplemente no se ha materializado ni puede materializarse.
- 8.18. Por tanto, en ese momento, ambas condiciones transgreden la disposición del Reglamento de la LASE que exige imponer condiciones ‘necesarias’ para mitigar efectos anticompetitivos, pues subsisten a pesar de que han desaparecido los efectos o riesgos anticompetitivos que les sirvieron de base.

IX. BIBLIOGRAFÍA

BALDEÓN MIRANDA, Carlos

2014 "La Autorización del Servicio Público: Bases para una liberalización plena del sector telecomunicaciones". Adrus Editores

BALDWIN, Robert, Martin CAVE y Martin LODGE

2012 "Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice". Oxford University Press, 2da Ed

COLOMA, Germán

2009 "Defensa de la Competencia: Análisis Económico Comparado". Segunda Edición. Ediciones Ciudad Argentina

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY

2021 "Merger Assessment Guidelines". Guía Metodológica sobre evaluación de concentraciones de la Agencia de Competencia del Reino Unido.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY

2018 "Merger Remedies". Guía Metodológica sobre condiciones de la agencia de competencia del Reino Unido.

DABBAH, Maher M. y Paul LASOK, QC (Eds.)

2012 "*Merger Control Worldwide*". Oxford University Press.

DAMMERT LIRA, Alfredo, Fiorella MOLINELLI y Max CARBAJAL

2011 "*Fundamentos Técnicos y Económicos del Sector Eléctrico*". Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN

DAMMERT LIRA, Alfredo

2010 "*Las subastas de energías en el sector eléctrico peruano*" [Versión Preliminar]. Repositorio de Estudios del Sector Eléctrico de la Gerencia de Políticas y Análisis Económico del OSINERGMIN.

DAMMERT, Alfredo, Raúl GARCIA CARPIO y Fiorella MOLINELLI

2012 "Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico". Fondo Editorial de la PUCP

FEDERAL ENERGY REGULATORY COMMISSION

2012 "*Order Reaffirming Commission Policy and Terminating Proceeding*". Expediente ('Docket') No. RM 11-14-000

GALLARDO KU, José y Santiago DÁVILA

2003 "Concentraciones Horizontales en la Actividad de Generación Eléctrica: El Caso Peruano". Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN - Documento de Trabajo 2.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK

2016 "Merger Remedies Guide". ICN Merger Remedies Working Group.

2006 "Merger Guidelines Workbook".

INDECOPI

2002 Informe 007-2002-CLC/INDECOPI. Informe de Secretaría Técnica de la CLC en el Caso Concesión ETECEN-ETESUR

2001 Informe ST CLC 011-2001-INDECOPI/CLC (Caso PSEG-Electroandes).

1999 Informe 011-99-INDECOPI/CLC. Informe de la Secretaría Técnica de la CLC en el Caso Enersis-Endesa.

ISA PERÚ

2021 "*Memoria Anual 2020*". Conferencia Anual de Gestión.

KLEMPERER, Paul

2009 "Competition Policy in Auctions and Bidding Markets", en: BUCCIROSSI, Paolo (Ed.). "Handbook of Antitrust Economics". The MIT Press.

2004 "*Auctions: Theory and Practice*". Princeton University Press. Serie 'The Toulouse Lectures in Economics'.

KRESALJA, Baldo y César OCHOA

2020 "*Derecho Constitucional Económico*". Tomo 1: Economía social de mercado y derechos económicos fundamentales. Fondo Editorial PUCP,

KRESALJA, Baldo

2004 "Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica", en: *Pensamiento Constitucional* - Revista de la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP. Vol. 12, No. 12.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos

2006 "*La Autorización Administrativa*". Editorial Thomson Civitas. 1ra Edición

MANAYALLE, Alejandro y Francisco José FLORÍNDEZ

2020 "*Comentarios al procedimiento de control de concentraciones en el sector eléctrico peruano*", en: FORSETI. Revista de Derecho de la Universidad del Pacífico No. 8, Año 11. Lima, Perú.

MORÓN URBINA, Juan Carlos

2020 "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Tomos I y II. Editorial Gaceta Jurídica.

MUÑOZ MACHADO, Santiago

2017 "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Pública General". Tomo XII: Actos Administrativos y Sanciones Administrativas. Fondo Editorial del Boletín Oficial del Estado de España

NAVARRO ESPINOSA, Alejandro y Hugh VAN DE WYNGARD

- 2021 *"Thematic Line 1: Strengthening the Institutional Framework"*. Estudio preparado para la Comisión Multisectorial para la Reforma del Subsector Electricidad y el Banco Mundial.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO - OCDE

- 2020 "Economic Analysis in Merger Investigations". Nota Técnica preparada para el Foro Global de Competencia de la OCDE, p. 48. Traducción libre de: "Most competition agencies have a stated preference for structural remedies".

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN

- 2016 "La Industria de Electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país". Gerencia de Políticas y Análisis Económico de OSINERGMIN.

OSINERGMIN-MINEM

- 2005 "Libro Blanco del Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica". Comisión Especial MINEM-OSINERGMIN creada por la Ley 28447

REBOLLO PUIG, Manuel

- 2009 *"Lección 12: La Actividad de Limitación"*, en: CANO CAMPOS, Tomás (coord.). *"Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo"*, Vol. 3, Tomo 2 - La Actividad de las Administraciones Públicas: Contenido. Editorial Iustel,

SALINAS RIVAS, Sergio

- 2006 "La Ley antimonopolio y antioligopolio en el sector eléctrico: ¿sobrerregulando el mercado?", en: *Revista Ius et Veritas*, No. 33, p. 154

SHAPIRO, Carl

- 2021 "Antitrust: What Went Wrong and How to Fix It?", en *Antitrust - Revista de la American Bar Association*, Vol. 35. No. 3 (Verano 2021).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

- 2004 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3330-2004-AA/TC. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>.
- 2004 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3315-2004-AA/TC. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>.
- 2003 Sentencia recaída en el Expediente 00008-2003-AI/TC. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>.

UNITED STATES FEDERAL TRADE COMMISSION

- 2022 *"Federal Trade Commission and Justice Department Seek to Strengthen Enforcement Against Illegal Mergers: Agencies Launch Joint Public Inquiry Aimed at Modernizing Merger Guidelines to Better Detect and Prevent Anticompetitive Deals"*. Nota de Prensa. Dirección electrónica revisada con fecha 8 de abril de 2022.
- 2021 *"Federal Trade Commission Withdraws Vertical Merger Guidelines and Commentary"*. Nota de Prensa. Disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2021/09/federal->

[trade-commission-withdraws-vertical-merger-guidelines-commentary](#). Enlace revisado con fecha 8 de abril de 2022.

2020 "Merger Remedies Manual". Guía Metodológica de la Oficina de Competencia del Departamento de Justicia de EEUU

UNITED STATES FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE

2010 "*Horizontal Merger Guidelines*". Guía Metodológica sobre concentraciones horizontales elaborada por el Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos.

VÁSQUEZ CORDANO, Arturo et. al.

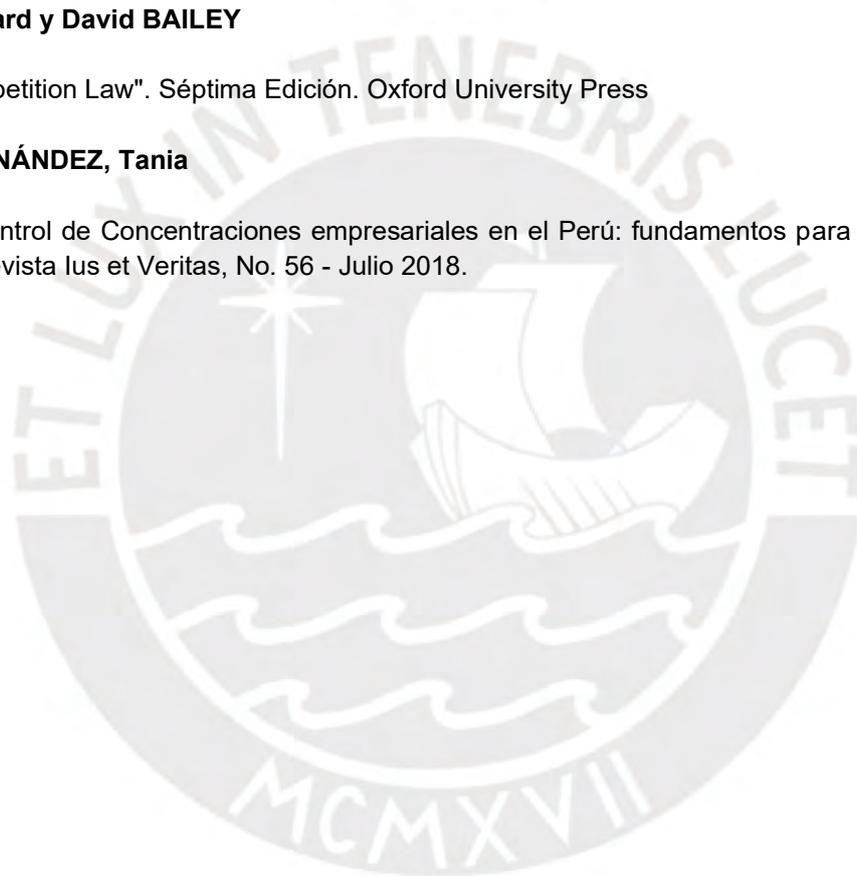
2016 "La Regulación del Sector Energía". Documento de Trabajo No. 40 - Gerencia de Políticas y Análisis Económico de OSINERGMIN.

WHISH, Richard y David BAILEY

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

ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, Tania

2018 "El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: fundamentos para su regulación", en: Revista *Ius et Veritas*, No. 56 - Julio 2018.



X. ANEXOS

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

- Anexo 1:** Notificación de concentración en el sector eléctrico (Escrito 1), presentado por ISA el 20 de julio de 2006.
- Anexo 2:** Formulario para la notificación de concentraciones en el sector eléctrico presentado por ISA.
- Anexo 3:** Absolución de cuestionario adicional por parte de ISA (Escrito 3), remitido el 24 de agosto de 2006.
- Anexo 4:** Informe 030-2006-INDECOPI/ST-CLC, emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión respecto de la procedencia de la solicitud de ISA.
- Anexo 5:** Escrito de fecha 20 de septiembre de 2006 (Escrito 4), mediante el cual ISA comunica a la Comisión la adjudicación de las acciones de ETECEN en CTM.
- Anexo 6:** Resolución 068-2006-INDECOPI/CLC, que declara procedente la solicitud de autorización presentada por ISA.
- Anexo 7:** Informe MEM/DGE 024-2006, mediante el cual el MINEM emite su opinión respecto del acto de concentración de ISA.
- Anexo 8:** Oficio 0262-2006-DP/ASPMA, mediante el cual la Defensoría del Pueblo emite su opinión respecto del acto de concentración de ISA.
- Anexo 9:** Carta 700-GG-GRE/2006, que contiene el Informe Técnico de OSIPTEL sobre el acto de concentración de ISA.
- Anexo 10:** Informe 178-2006-MTC/03.01, mediante el cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones emite su opinión respecto del acto de concentración de ISA.
- Anexo 11:** Informe 086-2006 OSINERG-GART/DGT, mediante el cual el OSINERGMIN emite su opinión respecto del acto de concentración de ISA.
- Anexo 12:** Escrito de fecha 6 de noviembre de 2006, mediante el cual ISA presenta sus alegatos finales a la Comisión.
- Anexo 13:** Informe N° 036-2006-INDECOPI/IST-CLC, mediante el cual la Secretaría Técnica de la Comisión emite su opinión respecto de la solicitud de autorización de ISA.
- Anexo 14:** Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, mediante la cual la Comisión aprueba la solicitud de autorización de ISA.
- Anexo 15:** Escrito de fecha 19 de diciembre de 2006, mediante el cual ISA solicita una aclaración de la Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC.
- Anexo 16:** Resolución 001-2007-INDECOPI/CLC, que resuelve el pedido de aclaración presentado por ISA.

- Anexo 17:** Escrito de fecha 28 de febrero de 2013, mediante el cual ISA solicita a la Comisión que revoque las condiciones que le fueron impuestas en la Resolución de la Comisión.
- Anexo 18:** Resolución N° 1917-2013/SDC-INDECOPI, que declara procedente la solicitud de revocación presentada por ISA.
- Anexo 19:** Escrito de fecha 16 de diciembre de 2013, mediante el cual ISA remite información adicional a la Comisión.
- Anexo 20:** Informe N° 021-ST-GPRC/2013, mediante el cual el OSIPTEL emite su opinión respecto de la solicitud de revocación de ISA.
- Anexo 21:** Informe Técnico N° 002-2014/ST-CLC-INDECOPI, mediante el cual la Comisión emite su opinión respecto de la solicitud de revocación de ISA.
- Anexo 22:** Escrito de fecha 7 de enero de 2014, mediante el cual ISA precisa los argumentos presentados en su solicitud de revocación.
- Anexo 23:** Informe Técnico N° 070-2013-OEE-GART/OS, mediante el cual OSINERGMIN emite su opinión respecto de la solicitud de revocación de ISA.
- Anexo 24:** Oficio N° 0082-2014-DP/AMASSPI, del 14 de febrero de 2014, mediante el cual la Defensoría del Pueblo emite su opinión respecto de la solicitud de revocación de ISA.
- Anexo 25:** Informe N° 016-2014-MTC/26, mediante el cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones emite su opinión respecto de la solicitud de revocación de ISA.
- Anexo 26:** Informe Legal N° 002-2014-EM-DGE, mediante el cual el MINEM emite su opinión respecto de la solicitud de revocación de ISA.
- Anexo 27:** Informe Técnico del OSINERGMIN, el cual precisa los alcances de la opinión remitida mediante Informe Técnico N° 070-2013-OEE-GART/OS.
- Anexo 28:** Escrito de fecha 26 de marzo de 2014, mediante el cual ISA remite su posición respecto de las opiniones emitidas por las entidades consultadas.
- Anexo 29:** Oficio 489-2014-MEM-DGE, con fecha 26 de marzo de 2014, que precisa los alcances de la opinión emitida mediante Informe Legal N° 002-2014-EM-DGE.
- Anexo 30:** Informe N° 014-2014/SDC-INDECOPI, mediante el cual la Secretaría Técnica de la Sala emite su opinión respecto de la solicitud de revocación de ISA.
- Anexo 31:** Resolución N° 0623-2014/SDC-INDECOPI, mediante la cual la Sala aprueba la solicitud de revocación de ISA y dicta un precedente de observancia obligatoria.