

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Resolución 0794-2011/SC1-
INDECOPI

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

Adrián Emilio Marchand Rivera

ASESOR:
Lucio Andrés Sánchez Povich

Lima, 2024

Informe de Similitud

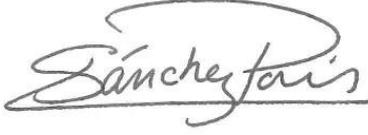
Yo, LUCIO ANDRES SANCHEZ POVIS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre la Resolución 0794-2011/SC1-INDECOPI", del autor(a) ADRIÁN EMILIO MARCHAND RIVERA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 29%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 08/07/2024.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de julio del 2024

<u>LUCIO ANDRES SANCHEZ POVIS</u>	
DNI: 43460854	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2974-5597	

RESUMEN

El presente informe jurídico analiza la operación realizada por Enel S.P.A. consistente en la adquisición de la totalidad de acciones de Endesa S.A., ejecutada en territorio extranjero, así como los razonamientos realizados por la Comisión y la Sala de Defensa de la Competencia No.1 de INDECOPI para justificar la apertura de un procedimiento administrativo sancionador por la comisión de una infracción al Artículo 6 de la Ley 26876. Se proporcionará una respuesta frente a los tres problemas jurídicos principales identificados, vinculados a la aplicación de la Ley 26876 frente a una concentración empresarial perfeccionada en territorio extranjero, la determinación correcta de la sanción administrativa impuesta en virtud de los criterios que concretizan el principio de razonabilidad en materia sancionadora, y la correcta adecuación de la actuación administrativa en el presente caso frente a los principios de debido procedimiento y de tipicidad que fundamentan el procedimiento administrativo sancionador. Las conclusiones del análisis establecen la utilidad de la *effects doctrine* para identificar el elemento que habilita la aplicación de la Ley 26876 frente a una concentración perfeccionada en el extranjero, la fundamentación insuficiente de la cuantía de la sanción establecida en base a los criterios de graduación vigentes, y la adecuación por parte de la Comisión y la Sala a los principios de debido procedimiento y tipicidad.

Palabras clave

Concentración empresarial, cuantía de la sanción, sanción administrativa, procedimiento administrativo sancionador

ABSTRACT

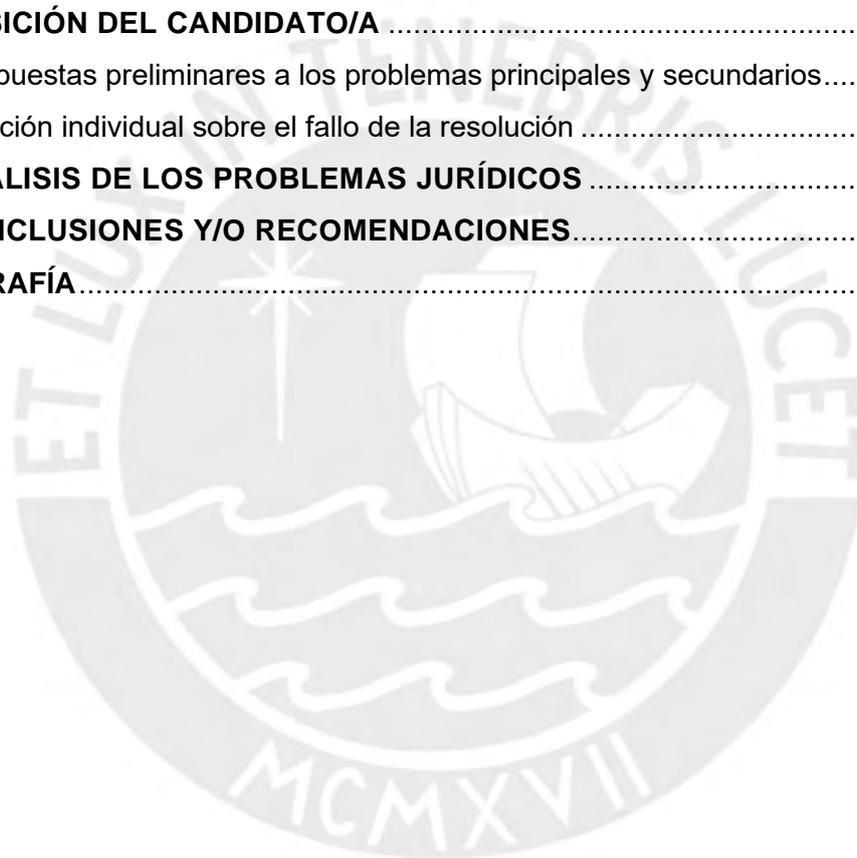
This report analyzes Enel S.P.A.'s shares acquisition of Endesa S.A. executed in foreign territory, and INDECOPI's Comisión and Sala de Defensa de la Competencia No.1 reasonings to initiate an administrative sanctioning procedure for the infringement of Article 6 of the Ley 26876. A solution to the three principal legal problems identified will be given regarding the application of Ley 26876 against a foreign economic concentration, the correct establishment of an administrative sanction in virtue of the principle of reasonableness's criteria, and the adequacy of the actions in the present case in virtue of the administrative due process and principle of typicality. The main conclusions of this analysis establish the usefulness of the *effects doctrine* regarding the identification of the elements that enable the application of Ley 26876 against an economic concentration perfected abroad, the insufficient substantiation of the quantum of the imposed sanction in virtue of the existing criterias, and the adequacy of the actions of the Comisión and Sala regarding the administrative due process and principle of typicality.

Keywords

Economic concentration, quantum of a sanction, administrative sanction, administrative sanctioning procedure

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	3
I. INTRODUCCIÓN	4
1.1 Justificación de la elección de la resolución	4
1.2 Presentación del caso	5
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	6
2.1 Antecedentes	6
2.2 Hechos relevantes del caso.....	7
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	11
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	12
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios.....	12
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	13
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	14
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	35
BIBLIOGRAFÍA	38



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Exp. 010-2009/CLC
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Administrativo Libre Competencia
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	1. Resolución N° 051-2009/CLC-INDECOPI 2. Resolución N° 058-2009/CLC-INDECOPI 3. Resolución N° 001-2010/CLC-INDECOPI 4. Resolución N° 0794-2011/SC1-INDECOPI
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	INDECOPI
DEMANDADO/DENUNCIADO	Enel S.P.A.
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	INDECOPI
TERCEROS	-
OTROS	-

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

La regulación de concertaciones empresariales ha tenido una evolución escasa en nuestro ordenamiento jurídico. Esta resolución utilizó como principal fuente normativa la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico de 1997, la cual en el momento en que se emitió dicho acto administrativo, era la única ley reguladora de las concertaciones empresariales. Es un tema de interés jurídico que dicha ley estableciera un nivel de control rígido en el caso de las concentraciones en el sector eléctrico, a través de la obligación de solicitar la autorización previa a INDECOPI para que esta autoridad administrativa emita un pronunciamiento previo al respecto.

En la actualidad, este control rígido a través de la autorización previa para realizar operaciones de concentración, ha sido aplicado en todos los sectores económicos en nuestro ordenamiento, como lo han revelado el Decreto de Urgencia N° 013-2019 y la vigente Ley N°31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial de 2021. Ello ha significado que, en la evolución de nuestra regulación de concertaciones empresariales, la autorización previa por parte de la autoridad administrativa reguladora se haya mantenido como el instrumento fundamental para garantizar la competencia y eficiencia en todos los sectores económicos.

En ese sentido, la elección de esta resolución administrativa encuentra su justificación en la relevancia vigente de sus criterios para el análisis de posteriores solicitudes de autorización previa de operaciones de concentración. Los criterios establecidos por la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 servirían para entender en qué casos una operación de concentración empresarial concretada en territorio extranjero, tendría efectos que podrían generar cambios en los sectores económicos peruanos, los cuales justificarían el pronunciamiento previo de la autoridad administrativa.

Asimismo, la resolución escogida también tiene aspectos controvertidos que revelan su complejidad, como el hecho de anular la multa establecida como sanción en la resolución de primera instancia para graduarla y volverla a fijar en un monto menor, al no ajustarse a los principios establecidos en la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General.

1.2 Presentación del caso

El presente informe es de interés jurídico para el derecho administrativo y el derecho de la competencia porque se analizan la aplicación correcta de los principios del procedimiento administrativo sancionador y los criterios que hacen vincular una operación de concentración empresarial realizada en el extranjero con el ámbito de aplicación de la Ley de Concentraciones. Enel S.P.A. solicita a la Comisión la autorización previa para una operación de concentración empresarial sobre Endesa S.A. A pesar de no emitirse la decisión de la autoridad, la operación de concentración se concretiza en el extranjero, lo que implicaría un supuesto de infracción administrativa de la Ley de Concentraciones Empresariales según el razonamiento de la Comisión, lo cual llevaría a la imposición de una sanción de 1000 UIT, la cual sería impugnada a través del recurso de apelación y revisada por la Sala de Defensa de la Competencia N° 1.

Para abordarlo, primero empezaré resumiendo sus hechos principales y sus antecedentes con los cuales será posible entender el contexto en el cual se emiten los principales actos administrativos. Luego de ello, explicaré los problemas jurídicos principales identificados, los cuales son los siguientes:

En primer lugar, se analizará si la concentración perfeccionada por Enel era posible de ser regulada por la Ley N°26876. Para ello, se explicará su concepto en nuestro ordenamiento jurídico y se identificarán los elementos que la vinculan dentro del ámbito de aplicación de la mencionada Ley.

En segundo lugar, se brindará una respuesta sobre si la Comisión y la Sala de Defensa de la Competencia N.1 cometieron algún error al momento de aplicar el artículo 6 de la Ley N°26876, vinculada a la potestad de aplicar la sanción. Para ello, se explicará cómo debe entenderse el cálculo de la multa o sanción administrativa, y se analizará si la Comisión y la Sala aplicaron correctamente los criterios constituyentes del principio de razonabilidad establecido en el artículo 248 numeral 3 del TUO de la LPAG, así como los criterios complementarios de graduación reconocidos en el artículo 47 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Ley Represión).

En tercer lugar, se analizará si la Comisión y la Sala cumplieron con los principios administrativos generales al momento de iniciar el procedimiento administrativo sancionador. Para ello, se brindará una evaluación sobre si la actuación de la Comisión y la Sala cumplieron con el principio de debido procedimiento y, posteriormente, sobre si cumplieron con el principio de tipicidad.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

- El 21 de abril de 2009, Enel S.P.A. (Enel) solicitó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de INDECOPI (Comisión), la autorización previa para realizar una operación de concentración en el mercado peruano, cuyo objetivo era consolidar el control exclusivo sobre Endesa S.A. (Endesa). El control sobre Endesa implicaba asimismo el control sobre las siguientes empresas que operaban en el mercado eléctrico peruano:
 - a) Edelnor S.A.A, empresa de distribución eléctrica;
 - b) Empresa Eléctrica de Piura S.A., empresa de generación eléctrica; y
 - c) Edegel S.A.A., empresa de generación eléctrica que controlaba asimismo a Chinango S.A.C.

- El control sobre Endesa se ejercía conjuntamente con Acciona S.A., como resultado del “Acuerdo” suscrito el 26 de marzo de 2007. Sin embargo, ambas empresas convendrían en la transferencia de la totalidad de las acciones a Enel, mediante el “Contrato de Compraventa de acciones”. Una condición suspensiva para concretizar dicho Contrato, era la autorización respectiva de las autoridades regulatorias de la competencia pertinentes.

- La normativa vigente sobre regulación de concentraciones, la Ley N° 26876, establecía la obligación de notificar la operación de concentración empresarial a la Comisión para su aprobación. En este sentido, debido a que dicho Contrato de compraventa tendría como efecto principal un cambio en la estructura de control interno de Endesa, la cual controlaba diversas empresas en el sector eléctrico peruano, Enel notificó dicha

operación el 21 de abril de 2009, para su aprobación previa. El plazo que tenía la Comisión para manifestar su decisión, vencía el 16 de julio de 2009.

- El 25 de junio de 2009, la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España informó en su página web oficial, la transferencia de acciones sobre Endesa por parte de Acciona a favor de Enel, en el marco del Contrato de Compraventa.

2.2 Hechos relevantes del caso

- El 09 de julio de 2009, la Comisión, al tomar conocimiento de la realización de la operación realizada por Enel, resolvió iniciar un procedimiento administrativo sancionador a través de la Resolución N° 051-2009/CLC-INDECOPI. Los fundamentos principales fueron los siguientes:
 - El acto se ejecutó antes de la emisión de la decisión de la Comisión sobre la respectiva autorización, según la publicación oficial de la CNMV.
 - La ejecución del acto sin la autorización expresa de la, calificaría como una presunta infracción administrativa según el artículo 6 de la Ley N° 26876.
- Posteriormente, el 16 de julio de 2009, la Comisión emite la Resolución N° 058-2009/CLC-INDECOPI en la cual autoriza operación notificada por Enel. Los fundamentos principales fueron los siguientes:
 - La obtención del control exclusivo por parte de Enel, implicaría una serie de beneficios como la disminución de los costos de coordinación con Acciona respecto a las decisiones sobre la empresa en el negocio eléctrico y la facilitación del planeamiento estratégico de Endesa.
 - El control exclusivo sobre Endesa no supone una variación en las empresas presentes que dirige en el mercado eléctrico peruano.

- El 06 de agosto de 2009, Enel emite sus descargos frente al procedimiento administrativo sancionador iniciado por la Comisión. Sus argumentos principales fueron los siguientes:
 - La Comisión ha realizado una interpretación errónea del artículo 6 de la Ley N° 26876, al no discernir entre los dos supuestos contenidos en el precepto, consistentes en 1) la realización de un acto de concentración en territorio peruano, y 2) la implementación de los efectos de un acto de concentración extranjero en el territorio nacional.
 - Ha ocurrido el segundo supuesto, pues la operación fue ejecutada en el extranjero utilizando como base legal las leyes españolas extranjeras. En este sentido, la Comisión ha cometido dos errores: en primer lugar, al declarar punible el mero hecho de perfeccionar la operación en el extranjero, otorgarle así alcances extraterritoriales a la Ley de Concentraciones; y en segundo lugar, al no analizar si la operación de concentración extranjera ha generado efectos jurídicos antes de su aprobación previa por la propia Comisión.
 - La actuación de Enel no configura ninguno de los supuestos de infracción administrativa del artículo 6 de la Ley; ningún efecto ha originado en el mercado eléctrico peruano, al adoptarse medidas para mitigar el ejercicio del control sobre las empresas que controlaba Endesa, mientras se mantenga pendiente la autorización de la Comisión.

- El 07 de enero de 2010, la Comisión declara fundado el procedimiento administrativo sancionador contra Enel, e impone una sanción ascendente a 1000 UIT. Sus principales fundamentos son los siguientes:
 - La Ley de Concentraciones no pretende tener alcance extraterritorial, pues su artículo 9 habilita el análisis de operaciones extranjeras que vinculen a empresas pertenecientes al sector eléctrico peruano, cuyos efectos son inmediatos.

- Las medidas adoptadas por Enel para mitigar su influencia dentro de las empresas controladas por Endesa en territorio peruano, no impidieron que se concrete la modificación en la estructura de control de dichas empresas involucradas.
 - La sanción impuesta de 1000 UIT responde a la deliberada intención de Enel de desconocer el artículo 6 de la Ley.
- Con fecha 04 de febrero de 2010, Enel interpone recurso de apelación contra la Resolución N° 001-2010/CLC-INDECOPI. Sus principales argumentos fueron los siguientes:
- La Comisión continúa con la incorrecta aplicación del artículo 6, sin considerar la existencia de efectos reales que hayan afectado la competencia en el mercado nacional ni las diligencias incorporadas para evitar efecto alguno hasta la culminación del procedimiento.
 - La Comisión ha interpuesto una multa desproporcionada, la cual es incompatible con los principios de tipicidad y razonabilidad, reconocidos en el artículo 248 de la LPAG. Asimismo, ha presumido la existencia de intencionalidad, lo cual no es compatible con las medidas y previsiones incorporadas para evitar que la operación de concentración extranjera genere efectos en el mercado peruano antes de la decisión de la Comisión.
- La Sala de Defensa de la Competencia N° 1, resuelve la apelación mediante la Resolución N° 0784-2011/SC1-INDECOPI de fecha 05 de abril de 2011. Sus fundamentos principales fueron los siguientes:
- Confirma la decisión de hallar responsable a Enel por infringir el artículo 6 de la Ley N°26876 al ejecutar el acto de concentración notificado antes de su respectiva aprobación por la Comisión. El acto generó como efecto inmediato la modificación permanente en la estructura de control de las empresas involucradas en el mercado eléctrico nacional controladas por Endesa, independientemente de que fuera realizada en el extranjero, lo que configuró la infracción imputada.

- Declara la nulidad de la sanción de 1000 UIT impuesta, al considerar que la Comisión sólo utilizó el criterio de intencionalidad para aplicar dicha multa, omitiendo el análisis de otros factores como la gravedad del daño al interés público o el perjuicio económico causado. En este sentido, decide fijarla en 100 UIT.



III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Problema jurídico principal 1: ¿La operación de concentración empresarial realizada por Enel S.P.A. en el extranjero estaba dentro del ámbito de aplicación de la Ley N°26876, Ley de Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico?

- 1.1. **Problema jurídico secundario 1:** ¿Qué es una operación de concentración empresarial?
- 1.2. **Problema jurídico secundario 2:** ¿Qué elementos de una operación de concentración empresarial extranjera habilitan que esté dentro del ámbito de aplicación de la ley?
- 1.3. **Problema jurídico secundario 3:** ¿La Comisión y la Sala han vulnerado el principio de territorialidad de las normas?

Problema jurídico principal 2: ¿La Comisión y la Sala cometieron algún error al momento de aplicar el artículo 6 de la Ley N°26876, vinculada a la potestad de aplicar sanciones administrativas?

- 2.1. **Problema jurídico secundario 1:** ¿Cómo debe entenderse el cálculo de la sanción en el ámbito de la libre competencia?
- 2.2. **Problema jurídico secundario 2:** ¿Cuál es el contenido del principio de razonabilidad? ¿La Comisión y la Sala aplicaron correctamente sus respectivos criterios de graduación?

Problema jurídico principal 3: ¿La Comisión y la Sala cumplieron con los principios de debido procedimiento y tipicidad propios de la potestad sancionadora administrativa?

- 3.1. **Problema jurídico secundario 1:** ¿Se cumplió con el principio de debido procedimiento?
- 3.2. **Problema jurídico secundario 2:** ¿Se cumplió con el principio de tipicidad?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios

Respecto al primer problema jurídico principal, la respuesta preliminar es que la operación de concentración empresarial realizada en el extranjero sí es posible de incluirse en el ámbito de aplicación de la Ley. Con respecto a la primera pregunta secundaria, se entenderá como operación de concentración aquella por la cual se transfiere el control efectivo sobre una empresa a favor de otra. Con respecto a la segunda pregunta secundaria, se entenderá que el elemento esencial que habilita a una operación de concentración poder ser analizada en base a la Ley 26876, es el potencial efecto que dicha operación puede generar sobre las estructuras del mercado involucrado. Respecto a la tercera pregunta secundaria, la posición planteada es que la actuación de la Comisión y la Sala, al tener como objetivo único el análisis sobre los efectos que la operación de concentración ha generado en el sector eléctrico del mercado peruano, no ha supuesto la aplicación extraterritorial de las normas de competencia peruanas.

Respecto al segundo problema jurídico principal, la respuesta preliminar radica en considerar que la Comisión y la Sala cometieron errores al aplicar el artículo 6 de la Ley 26876, pues no consideraron todos los criterios existentes que constituyen el principio de razonabilidad para imponer la sanción administrativa, así como los criterios complementarios reconocidos en el TUO de la Ley Represión.

Respecto al tercer problema jurídico principal, la respuesta preliminar es que la Comisión no cumplió con el principio de debido procedimiento al momento de iniciar el procedimiento sancionador contra Enel, debido a la falta de distinción clara entre la autoridad instructora y la autoridad sancionadora, siendo la Comisión el órgano que decidió el inicio del procedimiento sancionador y no la Secretaría Técnica. Sobre la adecuación al principio de tipicidad, la Comisión y la Sala sí cumplieron con su contenido al correctamente establecer que la infracción tipificada en el artículo 6 de la Ley reconoce una sola conducta clara y sin ambigüedades, consistente en realizar la concentración empresarial después

de notificada pero antes de la respectiva decisión de la autoridad administrativa nacional.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

La posición sobre esta resolución de segunda instancia es que cumple con establecer criterios de análisis para posteriores operaciones de concentración realizadas en el extranjero, lo cual, considerando la nueva evolución de la Ley de Concentraciones Empresariales, es de gran importancia al ahora establecerse la autorización previa de la operación para todos los sectores económicos.



V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

V.1. ¿La operación de concentración empresarial realizada por Enel S.P.A. en el extranjero estaba dentro del ámbito de aplicación de la Ley N°26876, Ley de Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico?

Respecto al primer problema jurídico, se explicará cuál es el concepto de operación de concentración empresarial que aplica en el ordenamiento jurídico peruano y en la principal jurisprudencia administrativa emitida por INDECOPI, y por qué el concepto de “control” es relevante para la materialización de la operación de concentración.

Luego de ello, se explicará de qué manera los “efectos” que puede generar una operación de concentración en el territorio nacional, constituyen el elemento que habilita a que una operación de concentración empresarial perfeccionada en el extranjero se ubique dentro del ámbito de aplicación de la Ley N. 26876.

Finalmente, se abordará el análisis sobre si la Comisión vulneró el principio de territorialidad de las normas mediante la aplicación de la Ley N. 26876 para analizar el acto realizado por Enel.

V.1.1. ¿Qué es una operación de concentración empresarial?

Según el artículo 2 de la derogada Ley N. 26876, la concentración empresarial en el sector eléctrico podía constituirse mediante múltiples modalidades, como fusiones empresariales o la adquisición de acciones, cuyo objetivo sea la obtención del control directo o indirecto de una empresa. De igual forma, no se consideraría la existencia de una concentración cuando el control sobre una empresa resulte de un mandato temporal. En el mismo sentido, el Reglamento de la Ley N. 26876 reconoce en su artículo 2, inciso k) que todos los actos detallados en el artículo 2 de la mencionada Ley, deben entenderse como operaciones de concentración.

La siguiente evolución normativa, el Decreto de Urgencia N. 013-2019, en su respectivo artículo 5 perfeccionaría el concepto de operación de concentración empresarial, al indicar que su núcleo esencial es la transferencia del control sobre una empresa. La vigente Ley N. 31112, conserva el mismo concepto, y asimismo, incorpora una definición sobre el control en su artículo 3, siendo su

contenido esencial la posibilidad de ejercer influencia continua sobre un agente económico y sus estrategias competitivas.

INDECOPI, bajo la misma lógica de las mencionadas leyes de concentración empresarial, reconoce que todo acto de concentración empresarial tiene como caracteres principales la vinculación de dos o más agentes económicos independientes en la realización de acción cuyo objetivo sea la transformación del control ejercido sobre una empresa, el cual tenga la potencialidad de generar efectos en algún sector específico del mercado peruano que puedan perjudicar la competencia de los agentes económicos existentes (INDECOPI, 2024, p.8).

Asimismo, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, en la Resolución N. 0623-2014/SDC-INDECOPI, explica que las principales agencias de competencia utilizan como instrumento para salvaguardar la competencia en los mercados, procedimientos para analizar las conductas y operaciones de los agentes privados con el objetivo de evitar o contrarrestar aquellas que puedan generar daños al grado de competencia efectiva existente en los mercados. La evaluación que realiza la agencia de competencia nacional, es decir, INDECOPI a través de la Comisión de Libre Competencia, mediante el procedimiento de autorización previa de una operación de concentración empresarial, no supone únicamente analizar los hechos ocurridos al momento de presentarse solicitud de autorización, sino también evaluar las posibles conductas que los existentes agentes económicos en el mercado podrían realizar frente a la operación que se notifica a la autoridad¹.

En este sentido, en nuestro ordenamiento se considera al procedimiento de autorización previa de operaciones de concentración como uno de naturaleza preventiva, que busca evaluar la operación antes de su respectivo cierre o perfeccionamiento, específicamente sus efectos potenciales sobre la estructura del mercado, para decidir autorizarla plenamente, con condiciones, o no autorizarla (Crucelegui et al., 2017, p.282).

En base a la normativa mencionada y los criterios establecidos por la autoridad de la competencia nacional, se entenderá en este informe jurídico como operación de concentración empresarial, todo acto realizado por los agentes

¹ Resolución N. 0623-2014/SDC-INDECOPI, Fundamento 54.

económicos, sin importar la modalidad específica, que implique el cambio duradero del control total o conjunto que se ejerce otro agente económico en un sector específico del mercado. (Zúñiga, 2018, p.239). Los actos pueden realizarse a través de las distintas modalidades reconocidas en el artículo 2 de la Ley N. 26876, y la modalidad relevante aquí es la adquisición de acciones.

Para la doctrina nacional, la labor que realiza la autoridad de competencia nacional, INDECOPI, para determinar si una operación particular debe iniciar un procedimiento de autorización previa y notificar la misma, supone realizar en primer lugar, un análisis cualitativo centrado en determinar si el acto ocurrido califica como una de las modalidades de operación reconocidas en la Ley N.26876; y en segundo lugar, un análisis cuantitativo centrado es determinar si las empresas involucradas superan los umbrales establecidos en el artículo 3 de la mencionada Ley (Samaniego Pimentel, 2022, p.3).

En el presente caso, Enel S.P.A. que inicialmente ejercía un control compartido con Acciona S.A. sobre Endesa S.A., empresa que participaba indirectamente en el mercado eléctrico peruano, en las actividades de generación y distribución eléctrica a través del control de las empresas Edelnor, Eepsa, Edegel y Chinango, ha realizado una operación de concentración empresarial en la modalidad de adquisición del control total sobre Endesa S.A. mediante la compra de todas las acciones que poseía Acciona S.A.

Para poder establecer si esta operación superaba los respectivos umbrales establecidos en la Ley N.26876, se debe primero analizar si esta operación era del tipo vertical u horizontal, como lo establece el artículo 3. Según el Reglamento de la Ley, una operación horizontal involucrará empresas que desarrollan una sola actividad del sector eléctrico, comprendidas aquí, las de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica. Por otro lado, una operación vertical involucrará empresas que desarrollan más de una de las actividades mencionadas.

En base a lo anterior, Enel se ubica en el supuesto de operación horizontal, debido a que esta empresa, junto con Acciona S.A., se dedicaba específicamente a la generación eléctrica. Al haber establecido cuál es la modalidad por la cual se realiza la concentración (adquisición por parte de Enel

de la totalidad de acciones sobre Endesa) y cuál es el tipo de operación realizada (operación de concentración horizontal), es posible realizar ahora el segundo nivel de análisis cuantitativo sobre la procedencia o no de la autorización previa de la operación, según la lógica de la anterior doctrina mencionada, vinculado a los umbrales de notificación del artículo 3 de la Ley N. 26876.

Como previamente establecido, Endesa S.A. participaba indirectamente en el sector eléctrico peruano a través de tres empresas principales, las cuales se dedicaban a la generación y distribución eléctrica. El artículo 3 de la Ley indica que para el caso de operaciones de concentración horizontal, el procedimiento de autorización previa debe ser solicitado cuando se involucren a empresas que posean previamente o después del respectivo acto que originó la solicitud, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado.

En este sentido, como establece la Comisión, en el rubro de generación eléctrica las empresas controladas por Endesa S.A., Edegel y Eepsa, mantenían en el 2009, año en que se solicita la autorización previa, el 24.18% de la participación conjunta de todas las empresas existentes en el mercado. Asimismo, en el rubro de distribución eléctrica, la empresa Edelnor controlada por Endesa S.A. mantenía el 29.45% de la participación en su respectivo mercado. En base a estas cifras, es posible afirmar que la operación de concentración realizada por Enel S.P.A. sí superaba el umbral establecido en el artículo 3 de la Ley N. 26876, por lo que mantenía la obligación de solicitar la autorización previa a la autoridad de competencia, toda vez que un cambio en el control de la empresa Endesa S.A. involucraba a todas las mencionadas empresas con participación significativa en los sectores de generación y distribución eléctrica, lo que podría afectar la competencia en el sector eléctrico.

En base a ello, la posición que se tomará es a favor del razonamiento de la Comisión sobre determinar que la concentración empresarial notificada por Enel debía analizarse según los preceptos de la Ley N. 26876, al superarse los umbrales existentes.

Ahora, un concepto que tanto la propia Comisión como la principal doctrina relevante considera fundamental para entender cuándo existe una operación de concentración empresarial que debe ser evaluada en base a los procedimientos

establecidos por la autoridad de competencia, es el control que se ejerce sobre una empresa.

Como establecido anteriormente, el control se vincula con la posibilidad que tiene una empresa de influir de manera decisiva y continua sobre la estrategia competitiva de otra empresa, la cual se manifiesta a través la posibilidad para influir en decisiones esenciales para su crecimiento dentro del mercado como la aprobación del presupuesto, el nombramiento del personal directivo o la administración del negocio (INDECOPI, 2024, p.11). La capacidad para determinar estas decisiones dentro de una empresa, se vincula directamente con la posibilidad de manipular el comportamiento competitivo de la misma (Guerra Fernández, 2011, p.25).

Asimismo, el control será exclusivo si solo una empresa tiene la capacidad de influenciar en la estrategia competitiva de otra, sin que se requiera lograr un acuerdo de voluntades junto con otro agente económico; o conjunto si se requiere la cooperación con otro agente económico que puede ejercer la oposición si no se toma en cuenta su voluntad en la toma de decisiones (INDECOPI, 2024, p.12).

Si aplicamos lo anterior al acto realizado por Enel, se puede afirmar que el control en este caso se transformó de uno conjunto a uno exclusivo, pues a través del “Contrato de compraventa”, Acciona accedió a la venta del total de sus acciones sobre Endesa a favor de Enel.

Asimismo, el control exclusivo que Enel obtendría se manifestaba en la posibilidad de influenciar diversas decisiones trascendentales para la estrategia y dirección de Endesa, como lo era cambiar al personal de los órganos de gobierno de Acciona S.A. con lo cual se suprimía la necesidad de compatibilizar visiones distintas sobre la conducción de Endesa, y por consiguiente, la conducción de las empresas sobre las que se tenía el control correspondiente. Por estas razones, el control exclusivo sobre Endesa implicaba también el potencial control exclusivo sobre Edegel, Eepsa y Edelnor en el mercado eléctrico peruano, por parte de Enel.

V.1.2. ¿Qué elementos de una operación de concentración empresarial extranjera habilitan que esté dentro del ámbito de aplicación de la ley?

Luego de haber explicado el concepto de operación de concentración empresarial incorporado en nuestro ordenamiento jurídico y haber analizado la modalidad específica de concentración realizada por Enel, se continuará con la explicación sobre los elementos que habilitan a que una operación de concentración extranjera pueda estar dentro del ámbito de aplicación de la Ley N. 26876.

A pesar que la ley de concentraciones vigente al momento de resolver este caso no establecía disposición alguna sobre si estaba dentro de sus alcances una operación de concentración perfeccionada en el extranjero, como la realizada por Enel S.P.A. y Acciona S.A. en territorio español, la actual Ley N. 31112 sí hace referencia, en su artículo 3 al concepto del nexo geográfico, indicando expresamente que dicho nexo permite establecer que la operación de concentración produce efectos en el territorio nacional, con lo cual los órganos competentes tendrían la jurisdicción para poder evaluarla.

El Derecho Comunitario de la Unión Europea, a través del Reglamento N. 139/2004 sobre el control de concentraciones, ha abordado también la cuestión sobre cuándo una operación de concentración extranjera se vincula con un mercado nacional diferente.

En su artículo 8, el Reglamento establece que sus disposiciones también podrán ser aplicadas a modificaciones estructurales cuyos efectos en el mercado superen los límites territoriales de un Estado miembro. Nuevamente, igual que en la Ley N. 31112, el elemento central para analizar una operación de concentración extranjera en un territorio nacional diferente al cual esta se ha perfeccionado, es la generación de efectos en el propio mercado nacional.

La Comisión Europea ha reconocido la generación de efectos en el territorio doméstico, como el elemento de análisis central de la *effects doctrine*, según la cual las leyes de competencia domésticas serán aplicables a empresas extranjeras cuando sus operaciones produzcan efectos dentro del territorio doméstico respectivo de las leyes, siendo la nacionalidad de las empresas involucradas “irrelevante” frente a sus efectos reales producidos (2002, p.16).

La *effects doctrine* fue una evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, la cual en el asunto *United States v. Aluminium Company of America (1945)* reconoció que la jurisdicción que poseía la Corte Suprema para analizar las conductas que realizaba un cartel internacional de productores de aluminio, no se fundamentaba en la nacionalidad de las empresas involucradas en dichos acuerdos restrictivos de la competencia o en el lugar en que estos se consolidaron, sino en los efectos negativos para la competencia que dichos acuerdos generaban dentro del territorio estadounidense (Behrens, 2016, p.8).

La Comisión Europea de Competencia también ha implementado la *effects doctrine* para reconocer su jurisdicción sobre las actividades realizadas por cárteles internacionales cuando generen un efecto en el mercado de la Comunidad Europea. En el caso *T-102/96 Gencor Ltd. Vs. Commission (1999)*, en donde se realizó un control de concentración empresarial sobre la operación realizada por dos empresas inglesas y sudafricanas para obtener el control conjunto sobre otra empresa sudafricana, la Comisión decidió no autorizar dicha operación, pues hubiera creado una posición dominante en el mercado de exportación de platino y rodio que afectaría negativamente la competencia efectiva dentro del ámbito comercial de la Unión Europea (Behrens, 2016, p.11-12).

Las principales conclusiones establecidas por la Comisión Europea reconocen que la *effects doctrine* posee utilidad para determinar la jurisdicción de una autoridad de competencia para realizar el control de concentraciones, pues permite identificar operaciones internacionales que puedan generar efectos previsibles, inmediatos y significativos dentro del mercado de la Comunidad Europea (Duarte Coppel, 2002, p.2-3).

La doctrina explicada en esta sección es fundamental para poder determinar cuáles son los elementos que habilitan a una norma de competencia doméstica ser aplicable para analizar operaciones de concentración empresarial extranjeras, o en otras palabras, que habilitan a la autoridad de competencia doméstica a tener jurisdicción sobre los actos realizados por agentes económicos en territorio extranjero. Estos elementos son naturalmente, los efectos que generan dichas operaciones de concentración extranjeras en un territorio o mercado doméstico diferente al cual se perfeccionó.

En el presente caso, el acto ejecutado por Enel consistente en la adquisición íntegra de todas las acciones existentes sobre Endesa S.A., aunque fue perfeccionada en España, generó efectos inmediatos en todas las empresas sobre las cuales Endesa S.A. ejercía el control directo o indirecto. A través de la consolidación de la transacción de las acciones a favor de Enel S.P.A. la modificación de la estructura de control sobre Endesa S.A. se generó de manera inmediata, al ahora pasar de un control compartido entre dos agentes económicos a un control exclusivo ejercido por Enel S.P.A.

Y consecuentemente, al ejercer Endesa S.A. el control directo sobre Edegel, Eepsa y Edelnor y el control indirecto sobre Chinango, los efectos potenciales del cambio en la estructura de control de Endesa S.A. afectarían a estas empresas de generación y distribución de energía eléctrica en el mercado peruano significativamente. Lo anterior es evidenciado en el nivel de participación que estas empresas mantenían en el mercado peruano al momento de solicitar la autorización de la operación, que como ya establecido, en el caso de la actividad de generación eléctrica las tres empresas controladas por Endesa S.A. conjuntamente representaban el 24.18% del total de empresas existentes en el mercado, mientras que en el caso de la actividad de distribución eléctrica la empresa controlada por Endesa S.A. representaba el 29.45% del total de empresas participantes.

Enel S.P.A. en sus descargos frente a la Resolución que inicia el procedimiento sancionador, sostiene que es manifiestamente ilegal establecer que el artículo 6 de la Ley N. 26876 sanciona el simple hecho de perfeccionar un acto de concentración en el extranjero, sin considerar si efectivamente este ha surtido o no efectos en el territorio nacional. En este sentido, Enel S.P.A. reconoce la existencia de la *effects doctrine*, pero considera que para situarse en el supuesto de la infracción tipificada en el artículo 6, la empresa debió haber “implementado” o materializado los efectos del acto de concentración en el territorio peruano, lo que según su lógica, hubiera sido ejercer influencia para realizar cambios estratégicos en la dirección de las empresas controladas por Endesa S.A., a través de las cuales realizaba actividades de generación y distribución de electricidad en territorio peruano.

Esta posición no es posible de sostener si se considera que el ejercicio de la influencia en las decisiones por parte de la empresa que realizó la operación de concentración, no es la única forma en que se manifiesta la existencia de efectos que resultan de la operación realizada, o en otras palabras, que la toma de decisiones reales que demuestren el ejercicio del control exclusivo obtenido por Enel S.P.A. sobre las empresas de generación y distribución eléctrica peruanas no es la única forma en que se demuestra la existencia de efectos en el mercado peruano. El cambio de control en Endesa S.A. automáticamente tuvo como primer efecto, previsible y significativo, la posibilidad de ejercer influencia decisiva en las estrategias de todas las demás empresas involucradas a razón del control que ejercía Endesa S.A. sobre las mismas.

Por ello, el cambio de control sobre Endesa S.A. a raíz de la concentración perfeccionada en el extranjero a favor de Enel, sí tenía la manifiesta aptitud de generar efectos significativos en la competencia existente en los mercados de generación y distribución eléctrica peruanos, por lo cual, en base a la *effects doctrine* y a la interpretación correcta del artículo 6 de la Ley N. 26876, el acto de concentración ejecutado por Enel S.P.A. estaba dentro del ámbito de aplicación de la Ley N. 26876, y la Comisión tenía la jurisdicción de analizar la existencia o no de una infracción administrativa por la ejecución del mencionado acto antes de la emisión de la decisión de la autoridad.

V.1.3. ¿La Comisión ha vulnerado el principio de territorialidad de las normas?

Enel en la misma lógica anteriormente explicada, mantiene que tanto el artículo 3 de la Ley N. 26876 como el artículo 11 de su Reglamento deben interpretarse de manera que no se vulnere el principio de territorialidad de las normas, al establecer que ambas normas prevén dos situaciones de hecho y consecuencias distintas: i) el desarrollo de actos de concentración en territorio nacional, frente a los cuales aplica como consecuencia la prohibición de su “consumación” o perfeccionamiento antes que se emita la decisión de la Comisión sobre su autorización o no; y ii) el desarrollo de actos de concentración en el extranjero, frente a los cuales aplica como consecuencia el desconocimiento de sus efectos en territorio peruano mientras la Comisión no resuelva su aprobación, lo que

implica el desconocimiento de su oponibilidad frente a los demás agentes económicos.

Enel S.P.A. considera asimismo, que la Comisión ha cometido un error al establecer en primera instancia administrativa, que Enel S.P.A. ha cometido una infracción al artículo 6 de la Ley al haber perfeccionado la operación de concentración en el extranjero antes de su autorización sin considerar como válidos sus argumentos sobre las previsiones adoptadas para asegurar que dicha operación no pueda generar efectos en el territorio peruano antes de la emisión de la decisión respectiva.

Enel S.P.A. considera de esta forma, que al haber mitigado correctamente la posibilidad de que la operación de concentración realizada en el extranjero genere efectos en el mercado peruano, la Comisión no puede establecer que se haya incurrido en alguna infracción, y que la interpretación mantenida por la autoridad de competencia supone una vulneración al principio de territorialidad, al sancionar una operación realizada en territorio extranjero y regida por normas extranjeras.

Según Agudo González, el principio de territorialidad mantiene dos dimensiones, al ser por un lado el fundamento de la soberanía y el poder público que se ejerce en un territorio determinado, y por otro lado el límite espacial de la competencia que posee un Estado para ejercer dicho poder público (2018, p.102). En base a este principio, un Estado sólo es competente para ejercer el control de sus normas en su respectivo territorio, en el cual mantiene la jurisdicción plena. Ninguna de sus autoridades podrá exigir el cumplimiento de la normativa nacional dentro del territorio de otro Estado, al carecer aquí de competencia.

¿La actuación de la Comisión, a través de la cual se sancionó a Enel por haber vulnerado el artículo 6 de la Ley N.26876, era posible de considerar como una vulneración al principio de territorialidad? Lo cierto es que ello solo hubiera sido posible si es que no existía ningún vínculo o nexo que habilite a la operación de concentración empresarial extranjera a ser analizada bajo la Ley de Concentraciones. Ello, como previamente explicado, no es posible de sostener debido a la existencia de un elemento que sí habilitaba a la operación a ubicarse

dentro del ámbito de la Ley, como lo son los efectos potencialmente alteradores de la competencia que generó en el mercado eléctrico nacional.

La Comisión no realiza en ninguno de los actos administrativos que emite, la aplicación extraterritorial de los contenidos de la Ley N. 26876, pues en base a la teoría de los efectos, el nexo que vinculaba la operación de concentración realizada Enel con las disposiciones del artículo 6 de la Ley, era el efecto inmediato del potencial ejercicio de la influencia decisiva en las estrategias las empresas que participaban en el mercado eléctrico peruano, sobre las cuales Endesa S.A. mantenía el control. Por ello, la Comisión no ha vulnerado el principio de territorialidad de las normas.

V.2. ¿La Comisión y la Sala cometieron algún error al momento de aplicar el artículo 6 de la Ley N°26876, vinculada a la potestad de aplicar sanciones administrativas?

El análisis de este problema jurídico responderá dos problemas secundarios. En primer lugar, se brindará el concepto de sanción administrativa y los criterios que fundamentan su cálculo al momento de aplicarse en el ámbito regulatorio de la libre competencia, los cuales debieron ser aplicados por parte de la Comisión y la Sala.

Luego, se explicará el concepto del principio de razonabilidad en el marco de la potestad sancionadora de la Administración Pública, los criterios que la constituyen y se explicará por qué las actuaciones de tanto la Comisión y la Sala no lograron cumplir con los criterios del principio de razonabilidad al momento de calcular la sanción administrativa a imponer a Enel S.P.A.

V.2.1. ¿Cómo debe entenderse el cálculo de la sanción en el ámbito de la libre competencia?

El artículo 6 de la derogada Ley 26876 establece que la Comisión podrá imponer multas a las empresas participantes del sector eléctrico nacional que ejecuten operaciones de concentración, que hayan omitido solicitar su autorización previa o que las hayan realizado luego de presentada la solicitud pero antes de ser emitida la resolución de la Comisión, y que dichas multas no podrán superar el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas involucradas en el año anterior.

La vigente Ley 31112 recoge en su artículo 27 la misma infracción administrativa, y asimismo reconoce en el artículo 29 que la graduación de la sanción será determinada a través de la aplicación de los criterios establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, los cuales complementan los criterios que constituyen el principio de razonabilidad reconocido en el TUO de la LPAG. En ambas evoluciones normativas, la conducta de realizar la operación de concentración empresarial notificada a la autoridad administrativa antes de obtener la resolución sobre su autorización o no, supone una infracción administrativa que amerita una sanción. Como menciona Rebollo Puig, “el fin no es propiamente sancionar sino respaldar el ordenamiento jurídico y proteger los intereses públicos; ese es el fin del castigo (...) y de la potestad sancionadora de la Administración” (2013, p.136). Dicho interés o bien jurídico que se busca proteger a través de la ejecución de la potestad sancionadora de la autoridad administrativa reguladora, como se desprende del artículo 1 de la Ley 26876, es la competencia en el mercado del sector eléctrico y sus respectivas actividades, lo cual se intenta lograr mediante la autorización previa de las operaciones de concentración empresarial.

Como se desprende del artículo 6 de la Ley 26876, para la infracción de realizar la operación de concentración notificada antes de la respectiva decisión de la Comisión, se reservan las multas de mayor cuantía, las cuales no podrán exceder el 10% de las ventas o ingresos brutos obtenidos por la empresa en el año anterior. El rechazo por establecer multas con una cuantía específica para cada infracción tipificada en la ley, supone la preferencia por establecer “una franja u horquilla sancionadora (...), confiando la decisión de determinar el *quantum* de la sanción a la propia Administración” (Casino Rubio, 2016, p.156). La confianza sobre la cuantía de la multa determinada por la Administración, implica la confianza sobre su capacidad discrecional al momento de establecer la sanción administrativa. Por ello, aunque la franja o límite sobre el cual la autoridad reguladora puede establecer la multa pueda ser manifiestamente alto, como lo sería establecer multas de hasta el 10% de los ingresos brutos obtenidos por una empresa según la Ley 26876, lo cierto es que las normas deben cumplir con establecer “cuantías ‘determinables’, de acuerdo a un procedimiento o fórmula legalmente establecido” (Bermúdez Soto, 1998, p.333). La capacidad discrecional de la autoridad reguladora para imponer multas, debe entonces

encauzarse dentro de parámetros establecidos para determinar la cuantía adecuada y justificada.

Aunque la derogada Ley 26876 no establecía mayores parámetros que el límite máximo de la cuantía de la multa, lo cierto es que del análisis de la vigente Ley 31112, es posible identificar criterios de graduación de la multa, los cuales serían aquellos reconocidos en el artículo 47 del TUO de la Ley Represión.

La Comisión, al justificar la multa de 1000 UIT impuesta a Enel S.P.A., sólo hace mención de los ingresos obtenidos en el 2008 por las empresas que constituyen su grupo económico en el sector eléctrico peruano, y establece que dicha multa se encuentra dentro del límite establecido en el artículo 6 de la Ley 26876 y que cumple con el objetivo de disuadir la repetición de la conducta infractora.

En este caso, la motivación de la discrecionalidad utilizada para fijar la multa fue insuficiente al no mencionar ninguna razón adicional por la cual la Comisión consideraba correcto aplicar dicha cuantía en la sanción para Enel S.P.A., excepto el hecho de que la empresa realizó la infracción tipificada en la Ley y que del análisis de los hechos respectivo esta infracción fue cometida con una intención deliberada de hacer caso omiso a la Ley.

La Sala, al revisar la Resolución de primera instancia administrativa, reconoce que la Comisión sólo ha considerado el criterio de intencionalidad dentro de todos los demás criterios contenidos en la Ley 27444 para graduar la cuantía de la sanción, sin explicar la pertinencia o no de los demás criterios de graduación para justificar la imposición del monto de 1000 UIT a Enel S.P.A. Frente a ello, realiza un análisis más exhaustivo sobre los criterios establecidos en la Ley 27444, del cual concluye que una sanción que logre desincentivar conductas que afecten el interés público de la competencia en el mercado del sector eléctrico, realmente no encuentra justificación en tener como cuantía 1000 UIT, por lo cual la modifica en 100 UIT.

Al haber reconocido que en el ámbito específico de la competencia, los criterios de graduación de la multa que complementan los propios del principio de razonabilidad son aquellos establecidos en el artículo 47 del TUO de la Ley

Represión, corresponde analizar si la actuación de la Comisión y de la Sala cumplieron con los mismos.

En primer lugar, respecto a la probabilidad de detección de la infracción, reconocido en el inciso b) del artículo 47, se puede afirmar que ambos órganos reconocieron la manifiesta infracción cometida por Enel S.P.A. pues la autorización previa de su operación de concentración estaba siendo analizada por parte de la autoridad administrativa, por lo cual el perfeccionamiento de la misma en el exterior fue plenamente detectado.

En segundo lugar, sobre la modalidad y alcance de la restricción de la competencia propio del inciso c) del artículo 47, es posible mencionar que sólo la Sala desarrolló este criterio en sus fundamentos, al indicar que la operación de concentración realizada por Enel a pesar de implica una infracción grave, no generó afectación real en la competencia en el mercado eléctrico, como lo evidencia la autorización eventual que la Comisión le dio a la empresa. Este criterio se complementa con el establecido en el inciso f) sobre el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores, pues la misma conclusión de no generar efectos restrictivos en la competencia en el sector eléctrico aplicaría aquí.

En tercer lugar, sobre la cuota del mercado del infractor reconocida en el inciso e) del artículo 47, es posible mencionar que ambos órganos no utilizaron dicho criterio para fundamentar su respectiva decisión sobre la multa impuesta, siendo relevante por el hecho de que Enel S.P.A. mediante la operación de concentración empresarial, obtendría el control de empresas que en conjunto, representaban el 24.18% de la participación en el mercado de generación eléctrica y el 29.45% de la participación en el mercado de distribución eléctrica. Al ser la cuota del mercado del infractor significativa en dichas actividades del sector eléctrico, ambos órganos debieron considerar dicho nivel de participación como un criterio relevante para determinar la cuantía de la multa a imponer a Enel S.P.A.

En base al análisis anterior, se puede afirmar que tanto la Comisión como la Sala, no cumplieron con todos los criterios de graduación específicos mencionados al momento de establecer la cuantía de la multa.

V.2.2. ¿Cuál es el contenido del principio de razonabilidad? ¿La Comisión y la Sala aplicaron correctamente sus respectivos criterios de graduación?

El principio de razonabilidad en la aplicación de la potestad sancionadora de la Administración es reconocido en el artículo 248, numeral 3 del TUO de la LPAG. En dicho precepto se reconoce que las sanciones a aplicarse por la comisión de infracciones deben ser proporcionales al incumplimiento, y para lograr ello deben utilizar los criterios de graduación reconocidos.

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia, en la Resolución N. 0126-2016/SDC-INDECOPI, reconoce en el mismo sentido que el objetivo de este principio es evitar crear incentivos para realizar las infracciones tipificadas en las normas al ser más rentables que el cumplimiento de la misma². En base a ello, las sanciones que debe imponer la autoridad administrativa deben cumplir con desincentivar el incumplimiento, para lo cual como establecido en la sección anterior, es de especial relevancia el establecimiento de la correcta cuantía en la multa a imponer por la comisión de infracciones.

El cumplimiento de los criterios que constituyen el principio de razonabilidad conlleva a la reducción de situaciones en que la Administración, en uso de su capacidad discrecional al momento de sancionar, incurre en un “exceso de punición, entendido como aquel vicio de nulidad del acto administrativo incurrido cuando la sanción impuesta a un administrado no guarda proporcionalidad con el objetivo de la norma” (Morón Urbina, 2005, p.243).

En base a lo anterior, el objetivo del principio de razonabilidad es lograr la proporcionalidad entre infracción y sanción. Como establecido en el artículo 248, numeral 3 del TUO de la LPAG, dicha proporcionalidad es capaz de verificarse mediante el cumplimiento de criterios de graduación. Al haber analizado en la sección anterior los criterios de graduación reconocidos en la Ley Represión que aplican en el ámbito de las concentraciones empresariales en base a la vigente

² Resolución N. 126-2016/SDC-INDECOPI, Fundamento 130.

Ley 31112, los cuales complementan los criterios generales del principio de razonabilidad, corresponde ahora analizar si la actuación de la Comisión y de la Sala cumplieron con dichos criterios de graduación generales del TUO de la LPAG.

En primer lugar, con relación a la gravedad del daño al interés público o al bien jurídico protegido por las normas infringidas, el bien jurídico que se buscaba proteger mediante la derogada Ley 26876 era la competencia y la libre concurrencia en el sector eléctrico como se desprende de su artículo 1. En el caso de la Comisión, pese a haber determinado que la operación de concentración realizada por Enel en el extranjero sólo implicaba un cambio en la estructura de control sobre Endesa S.A. sin que ello implique cambios inmediatos en las empresas que esta controlaba en el sector eléctrico peruano, este órgano no utilizó dicho razonamiento para fundamentar la cuantía de la multa impuesta a Enel S.P.A. al sólo calificar su actuación como una infracción grave en base al artículo 6 de la Ley.

La Sala reconoce dicha omisión e incorpora en la Resolución 0794-2011/SC1-INDECOPI un análisis sobre el daño generado al interés público, en el cual concluye que la operación de concentración realizada no generó algún perjuicio a la libre concurrencia en el mercado del sector eléctrico, como se evidencia del hecho de que la Comisión aprobó mediante Resolución 058-2009/CLC-INDECOPI, la operación de concentración. Sobre la aplicación de este criterio por ambos órganos, es correcto el análisis realizado por la Sala tanto para corregir la falta de motivación de la Comisión en la graduación de la sanción como para describir los efectos de la infracción cometida. Sin embargo, es posible criticar la conclusión de que la operación de concentración perfeccionada en el extranjero no es susceptible de causar perjuicio alguno al interés público que intenta proteger la norma, si se entiende que la decisión de la autoridad nacional reguladora de la libre competencia en el sector eléctrico sobre autorizar o no la operación de concentración también es un elemento protegido por la propia Ley 26876. La decisión de Enel S.P.A. de no esperar la autorización previa de la autoridad reguladora de la libre competencia en las actividades del sector eléctrico antes de realizar la operación de concentración, supone un daño al propio bien jurídico que dicha autoridad administrativa debe proteger.

En segundo lugar, con relación a la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, es evidente que dicho criterio fue tomado en cuenta por ambos órganos para establecer la cuantía de la multa a imponer a Enel S.P.A. Por parte de la Comisión, este fue el criterio principal para establecer la multa de 1000 UIT a la empresa, al afirmar su intencionalidad manifiesta de incumplir con la Ley 26876 al perfeccionar la operación de concentración empresarial antes de la emisión de la autorización respectiva.

La Sala reconoce en el mismo sentido la intencionalidad de Enel S.P.A. en la comisión de la infracción; sin embargo, incorpora en su análisis las medidas societarias realizadas para mitigar los potenciales efectos que el cambio en la estructura de control de Endesa S.A. podía generar en las empresas que ejercían sus actividades en el sector eléctrico peruano.

Los razonamientos de ambos órganos correctamente reconocen la intencionalidad en la conducta de Enel S.P.A. sobre infringir el artículo 6 de la Ley 26876. La empresa establece tanto en sus argumentos de defensa como en su apelación de la Resolución emitida por la Comisión que la incorporación de medidas societarias como la restricción de cualquier cambio en los órganos directivos o en las estrategias de las empresas controladas por Endesa S.A. fueron evidencias de un comportamiento diligente, al entender que “la toma de control de la sociedad afectada por la oferta y las decisiones que el adquirente pueda adoptar sobre ella (...) puedan perjudicar el mantenimiento de una competencia real” (Marcos Fernández, 2008, p.26).

Sin embargo, aunque Enel S.P.A. reconozca que la incorporación de dichas medidas de mitigación de los potenciales efectos de la operación de concentración fueron ejecutadas en las empresas sobre las cuales Endesa S.A. ejercía el control, ello no altera la comisión de la infracción tipificada en el la Ley 26876, la cual expresamente imponía la obligación de no realizar la operación de concentración empresarial notificada a la Comisión antes de que este órgano emita su respectiva decisión. Por ello, es correcto que la Sala haya determinado la intencionalidad en la conducta de Enel S.P.A. a pesar de reconocer dichos mecanismos de mitigación de los potenciales efectos que la operación de concentración empresarial realizada en el extranjero hubiera podido generar en el mercado eléctrico nacional.

V.3. ¿La Comisión y la Sala cumplieron con los demás principios de la potestad sancionadora administrativa?

En esta sección se analizará si la Comisión y la Sala, en el desarrollo del procedimiento sancionador contra Enel S.P.A., cumplieron con los principios de debido procedimiento y de tipicidad propios de la potestad sancionadora. Se analizará en primer lugar cómo debe entenderse el principio de debido procedimiento frente a las facultades que tenía la Comisión para iniciar un procedimiento administrativo sancionador. En segundo lugar, se analizará si la actuación de la Comisión y la Sala fue compatible con el principio de tipicidad.

V.3.1. ¿Se cumplió con el principio de debido procedimiento?

El artículo 248 numeral 2 del vigente TUO de la LPAG reconoce el principio de debido procedimiento, cuyo contenido establece que el ejercicio de la potestad sancionadora debe cumplir con la separación entre la fase instructora y la fase sancionadora, dirigidas por autoridades distintas.

La Ley 26876, vigente al momento de la comisión de la infracción por parte de Enel S.P.A. indica en su artículo 8 que corresponde a la Comisión y al Tribunal (entendido como la Sala) conocer y resolver los procedimientos iniciados en base a los preceptos de la propia Ley. Su artículo 11 indica que, a estos procedimientos serán aplicables los contenidos pertinentes establecidos en el Decreto Legislativo 701 y 807.

El TUO del Decreto Legislativo 1034, el cual derogó al Decreto Legislativo 701, reconoce en su artículo 15 que la Secretaría Técnica es el órgano propio de la Comisión encargado de iniciar la fase instructora de los procedimientos administrativos sancionadores por la comisión de conductas anticompetitivas. El artículo 18 reconoce asimismo esta función instructora, al indicar que el procedimiento sancionador, aunque pueda ser impulsado de oficio por la propia Secretaría Técnica o por denuncia de parte, siempre es iniciado por la Secretaría.

El Reglamento de la Ley 26876 reconoce que en su artículo 39 que es la Secretaría Técnica de la Comisión el órgano que podrá iniciar una investigación en contra de las personas que han infringido los contenidos de la Ley, como lo

es participar en una operación de concentración notificada a la Comisión pero antes de la emisión de la decisión respectiva.

En base a las normas mencionadas, es posible reconocer que en el caso del procedimiento sancionador, la Secretaría Técnica es el órgano encargado de iniciar la etapa instructora y su respectiva investigación sobre las posibles infracciones a la Ley 26876 mientras que la Comisión es el órgano encargado de resolver dicho procedimiento e imponer una sanción a través de la resolución de primer grado, cual podrá ser objeto de recursos impugnativos dirigidos a la Sala.

¿Es posible identificar una clara distinción entre fase instructora y fase sancionadora en el desarrollo de este procedimiento sancionador? Del análisis de la Resolución 051-2009/CLC-INDECOPI, se aprecia que quienes resuelven iniciar el procedimiento sancionador contra Enel S.P.A. es la propia Comisión de Defensa de la Libre Competencia, sin que la Secretaría Técnica sea la encargada de dicho inicio. Ello revelaría que, al momento en que la Ley 26876 estaba vigente, la separación entre ambas fases reconocidas en el principio de debido procedimiento no estaba plenamente determinadas. Como menciona Gómez Apac, la diferenciación clara entre la autoridad instructora y la autoridad sancionadora tiene como efecto la existencia de un “procedimiento más ‘garantista’ del debido procedimiento” (2009, p.477), lo que debe entenderse como un procedimiento en el cual el administrado tenga la plena garantía de que la Administración Pública cumplirá con los principios que rigen la potestad sancionadora reconocida en el artículo 248 del TUO de la LPAG.

Lo correcto en este caso, como ya sucede con la vigente Ley 31112 y el TUO de la Ley Represión, hubiera sido que la Secretaría Técnica haya sido el órgano que decidió iniciar el procedimiento sancionador y no la propia Comisión cuya labor sería de declarar fundado o no el mismo. Con ello, hubiera existido mayor imparcialidad pues se evitaba que el órgano que ya “tenía un prejuizgamiento, que a su juicio había indicios razonables de la existencia de una conducta anticompetitiva” (Gómez Apac, 2009, p.479) decida sobre el inicio del procedimiento.

V.3.2. ¿Se cumplió con el principio de tipicidad?

Otro elemento relevante sobre la actuación sancionadora realizada por la autoridad de competencia se vincula con su respectiva adecuación a los preceptos que constituyen el principio de tipicidad en materia sancionadora, reconocido en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

Al ser el objetivo de este principio evitar “calificar como infracción o sanción aquellas acciones u omisiones que no guardan perfecta similitud con las diseñadas en los tipos legales” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, p.18), corresponde analizar si la calificación realizada por la Comisión y posteriormente la Sala fue correcta y sin incurrir en alguna interpretación que haya vulnerado el específico tipo legal establecido en el artículo 6 de la Ley 26876.

Enel expresa en su posición frente a la resolución de primera instancia que el artículo 6 de la Ley debe interpretarse de manera compatible con los demás artículos del mismo cuerpo normativo y del respectivo Reglamento, pues de estos se desprenden dos supuestos de hechos diferentes a los cuales se les aplica consecuencias jurídicas que la Comisión erróneamente no ha identificado. Estos serían el artículo 3 de la Ley y el artículo 11 del Reglamento, según los cuales, sin la obtención de la aprobación previa de la operación de concentración, la misma: i) no podrá realizarse, o ii) no obtendrá efecto legal alguno.

La empresa administrada afirma que el primer supuesto aplicará para los actos realizados en el territorio peruano, mientras que el segundo supuesto aplicará para los actos realizados en territorio extranjero. En el presente caso, el error cometido por la Comisión al no discernir entre ambos supuestos no solo implicó la calificación incorrecta del acto realizado por Enel, sino la aplicación incorrecta del artículo 6 de la Ley, pues al tratarse de un acto perfeccionado según las disposiciones de un ordenamiento jurídico extranjero, el desarrollo de dicho acto debía entenderse como la búsqueda por implementar sus efectos en el sector eléctrico peruano. En este sentido, Enel no habría cometido la conducta infractora tipificada en el artículo 6, por lo cual la Comisión erróneamente resolvió en sancionar a la empresa.

La posición aquí, es establecer que Enel alega la vulneración del principio de tipicidad por parte de la autoridad administrativa al no haber identificado

correctamente las conductas previstas como infracciones según el artículo 6 de la Ley, y frente a ello, corresponde afirmar la insostenibilidad de dicho razonamiento.

Forma parte de los objetivos del principio de tipicidad que, de los conceptos utilizados se pueda “predecir, con suficiente grado de claridad y de modo inequívoco las conductas que constituyan una infracción y las penas” (Ramírez Torrado, 2011, p.40). Enel sostiene que dicha claridad y certeza no estuvo presente en la actuación de la Comisión y la Sala, pues ello implicaba reconocer que la aplicación del artículo 6 de la Ley exigía identificar de manera previa en cuál de los dos supuestos de concentración configurados por el artículo 3 de la Ley y el artículo 11 del Reglamento se situaba la controversia, y luego de ello, explicar en qué momento se habría llevado a cabo la concentración misma.

Como la posición de la empresa se fundamenta en que la controversia se sitúa en el supuesto de una operación realizada en territorio extranjero, y que la misma no se ejecutó en territorio nacional debido a no haberse implementado efecto alguno en las empresas participantes en el sector eléctrico peruano cuyo control lo ejercía Enel, lo cual se evidencia en la oportuna adopción de mecanismos de limitación y previsiones necesarias para evitar dicho ejercicio del control, la consecuencia lógica alegada es que no se logró cumplir con el supuesto típico del artículo 6 de la Ley, por lo cual Enel no realizó ninguna infracción administrativa. En otras palabras, la empresa considera que el principio de tipicidad en materia sancionadora exigía a la autoridad regulatoria nacional que identificara correctamente la conducta infractora establecida en el artículo 6 de la Ley, dentro de la cual se reconocían dos conductas distintas, diferenciadas en base a si la concentración fue realizada en territorio nacional o en territorio extranjero.

Sin embargo, el artículo 6 de la Ley no establece la existencia de diferentes conductas por las cuales se pueda realizar la infracción tipificada de ejecutar la operación luego de notificarla a la autoridad administrativa pero antes de que emita la respectiva resolución, vinculadas con el momento en que se producen los efectos de la concentración. Como establecido anteriormente en este

informe, el control sobre una empresa a raíz de un acto de concentración supone la posibilidad de ejercer una influencia decisiva en su organización y estrategias, lo cual es un efecto claramente inmediato que se desprende de cada operación realizada en el sector eléctrico nacional, sin que sea relevante identificar en qué ámbito territorial fue perfeccionada.

Tanto el acto de concentración realizado en territorio doméstico como el ejecutado en territorio extranjero tiene como principal efecto esencial, la posibilidad de ejercer dicha influencia decisiva en el interior de las empresas involucradas, y por ello, es una consecuencia lógica que la infracción tipificada en el artículo 6 de la Ley, referida a la ejecución de la concentración antes de la emisión de la resolución respectiva de la Comisión, sólo prevea como la conducta infractora la ejecución de la propia concentración. Por ello, la actuación de la Comisión y la Sala se adecuó correctamente al contenido esencial del principio de tipicidad reconocido en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

En primer lugar, una operación de concentración tiene como elemento esencial la transformación del control o influencia que se ejerce dentro de una empresa, el cual es trasladado a otra empresa en virtud a diversas modalidades reconocidas. Enel S.P.A. obtuvo el control exclusivo sobre Endesa S.A. mediante la adquisición total de sus acciones.

En segundo lugar, la operación de concentración realizada por Enel S.P.A. en el extranjero estaba dentro del ámbito nacional de aplicación de la Ley N. 26876 en base a la *effects doctrine*, según la cual los efectos previsibles, potenciales e inmediatos que genere una operación de concentración extranjera en el territorio doméstico, habilitan a que la misma pueda ser analizada por medio de los mecanismos de control de concentraciones existentes. Enel S.P.A. establece que los efectos del cambio de control de Endesa S.A. que resultaron de la operación de concentración fueron mitigados por previsiones realizadas en el territorio peruano, sin embargo, el principal efecto inmediato, la potencialidad de generar alteraciones en la competencia existente en los mercados de generación

y distribución eléctrica peruanos, sí estuvo presente, al controlar Endesa S.A. diversas empresas que ejercían una participación significativa en sus respectivos mercados. Por ello, los efectos que generó la operación de concentración empresarial perfeccionada en el extranjero por parte de Enel S.P.A. la habilitaron a que pueda ser analizada por la Ley N.26876.

En tercer lugar, la Comisión y la Sala no vulneraron el principio de territorialidad como lo alega Enel S.P.A. debido a la existencia de un nexo vinculante que habilitaba a la concentración perfeccionada en el extranjero a ser analizada bajo la Ley 26876, el cual era la existencia de efectos potencialmente alteradores de la competencia en el sector eléctrico nacional.

En base a las anteriores conclusiones parciales, la conclusión final al primer problema principal es afirmar que la operación perfeccionada por Enel S.P.A. en territorio español se ubicaba dentro de los alcances de la Ley 26876, por lo cual estaba habilitada a ser analizada bajo sus preceptos.

La autoridad nacional de competencia tiene la capacidad discrecional para establecer la cuantía necesaria que deberá tener la sanción administrativa a imponer. Sin embargo, dicha capacidad siempre debe encauzarse dentro de parámetros establecidos para acreditar su debida justificación, dentro de los cuales destacan los criterios de graduación de la multa reconocidos en el TUO de la Ley Represión.

Asimismo, el principio de razonabilidad reconocido en el TUO de la LPAG también establece criterios de graduación cuyo objetivo es lograr la proporcionalidad entre la infracción reconocida y la sanción impuesta. Del análisis sobre la aplicación de dichos criterios de graduación, aunque la Sala complementa la fundamentación realizada por la Comisión para aplicar la sanción de 1000 UIT a la empresa Enel, este órgano también mantiene insuficiencias vinculadas con criterios como el daño generado al interés público, al no considerar que la manifiesta intención de no esperar a la decisión de la propia autoridad reguladora de la libre competencia nacional pueda suponer un daño al bien jurídico que dicha autoridad debe proteger mediante el control previo.

La conclusión final al segundo problema principal es afirmar la comisión de errores por parte de la Comisión y la Sala al momento de aplicar la sanción

administrativa a Enel S.P.A., los cuales se vinculan con la insuficiente fundamentación de los criterios de graduación establecidos tanto en el TUO de la Ley de Conductas como en el TUO de la LPAG.

Por último, el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador por parte de la Comisión no cumplió con el principio de debido procedimiento reconocido en el TUO de la LPAG, debido a que al ser la propia Comisión la que decidió el inicio del procedimiento sancionador contra Enel S.P.A., la diferenciación entre la autoridad instructora y la autoridad sancionadora no estuvo clara, siendo lo correcto que la Secretaría Técnica de la Comisión haya sido el órgano que inicie el procedimiento.

Sin embargo, tanto la Comisión como la Sala lograron adecuar sus respectivas actuaciones administrativas según el principio de tipicidad, al efectivamente identificar que el artículo 6 de la Ley 26876 no establece diferenciaciones entre una concentración ejecutada en territorio nacional o extranjero, al tener ambas la posibilidad de generar efectos potencialmente alteradores de la competencia en el sector eléctrico nacional.

La conclusión final al tercer problema principal es afirmar que la Comisión y la Sala cumplieron adecuadamente con el principio de tipicidad, y mantuvieron errores vinculados con el principio de debido procedimiento al desarrollar el procedimiento sancionador analizado.

BIBLIOGRAFÍA

Agudo González, J. (2018). La extraterritorialidad de las actuaciones jurídico-administrativas de las comunidades autónomas. *Revista de Administración Pública*, 206, 99-145. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6556594.pdf>

Behrens, P. (2016). *The extraterritorial reach of EU competition law revisited: The "effects doctrine" before the ECJ*. (Documento de trabajo). Europa-Kolleg Hamburg - Institute for European Integration.

<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/148068/1/87238506X.pdf>

Bermúdez Soto, J. (1998). Elementos para definir las sanciones administrativas. *Revista Chilena de Derecho*, 25(1), 323-244.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650036>

Casino Rubio, M. (2016). El discutido cálculo de las multas en materia de defensa de la competencia. *Revista de Administración Pública*, (199), 155-170.

<https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/49730>

Comisión Europea (2002). *Glossary of terms used in EU competition policy* (Lineamiento). Office for Official Publications of the European Communities.

https://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary_competition_archived_en.pdf

Crucelegui, J. L., Goodwin, T., Zúñiga, T., Ruiz, G., & Olaechea, J. (2017). Mesa Redonda: "Control de Concentraciones Empresariales: Promoción de la competencia en los mercados". *Derecho & Sociedad*, (49), 277-294.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19894>

Duarte Coppel, L. (noviembre de 2002). *La Doctrina de los Efectos en las Prácticas Monopólicas Internacionales: su tratamiento en México* [Presentación en papel]. Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado "Prof. Friedrich K. Juenger", Tijuana, Baja California, México.

<https://www.derecho.unam.mx/seminarios/descargas/internacional/DuarteCoppel.PDF>

Gómez Apac, H. (2009). El rol instructor de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. *Revista De Derecho Administrativo*, (7), 472-483.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14043>

Guerra Fernández, A. (2011). *El control de las concentraciones empresariales en España*. Universitat Oberta de Catalunya.

<http://hdl.handle.net/10609/51481>

INDECOPI (2024). *Lineamientos para la calificación y análisis de las operaciones de concentración* (Lineamiento). INDECOPI.

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4076612/3862900-lineamientos-para-la-calificacion-y-analisis-de-las-operaciones-de-concentracion-1.pdf?v=1705693742>

Marcos Fernández, F. (2008). *El procedimiento de control de concentraciones y la supervisión por organismos reguladores de las Ofertas Públicas de Adquisición* (Documento de trabajo). CEU Ediciones.

<https://www.ideo.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/El-procedimiento-de-control-de-concentraciones.pdf>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2015). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador* (Guía). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1534114/MINJUS-DGDOJ-Gu%C3%ADa-pr%C3%A1ctica-sobre-el-procedimiento-administrativo-sancionador.pdf>

Morón Urbina, J. C. (2005). Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana. *Advocatus*, (013), 227-252. <https://doi.org/10.26439/advocatus2005.n013.2795>

Ramírez Torrado, M. (2011). La tipicidad en el derecho administrativo sancionador. *Estudios De Derecho*, 68(151), 37-50.

<https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/10089/9292>

Rebollo Puig, M. (2013). El concepto de sanción administrativa. En María García Pachón y Oscar Amaya Navas (Eds.), *Derecho Sancionatorio Ambiental* (105-141). Universidad Externado de Colombia.

Samaniego Pimentel, P. (2022). Control de estructuras en el sector eléctrico: Algunas lecciones aplicables a la nueva Ley General de Concentraciones Empresariales. *Revista Peruana de Energía*, (8), 62-78.

<https://www.santivanez.com.pe/revista-peruana-de-energia-n-8/>

Zúñiga, T. (2018). El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Bases fundamentales para su regulación. *IUS ET VERITAS*, (56), 220-256. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.013>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000321

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA
DENUNCIADA : ENEL S.P.A. 
MATERIAS : PROCEDIMIENTO SANCIONADOR
OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : ACTIVIDADES DE GENERACIÓN Y DISTRIBUCIÓN
EN EL SECTOR ELÉCTRICO

SUMILLA: se CONFIRMA la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI del 7 de enero de 2010, en el extremo que halló responsable a Enel S.p.A. por infringir lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 26876 –Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico–, al haber realizado el acto de concentración notificado el 21 de abril de 2009, luego de presentada su solicitud pero antes de que se expida una decisión por parte de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

La operación notificada, pese a haber sido celebrada en el extranjero, generó de manera inmediata efectos en el territorio nacional, toda vez que modificó la estructura de control de las empresas eléctricas involucradas que operan en el Perú. En consecuencia, la realización de la operación sin contar con la autorización previa de la autoridad de competencia resulta suficiente para que se configure la infracción imputada.

De otro lado, se declara la NULIDAD de la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, en el extremo que impuso a Enel S.p.A. una multa ascendente a 1000 (mil) Unidades Impositivas Tributarias, debido a que la primera instancia ha motivado insuficientemente las razones por las cuales la sanción impuesta se ajusta al principio de razonabilidad recogido en el artículo 230.3 de la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General–.

Finalmente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General–, corresponde integrar este extremo de la resolución apelada y fijar la sanción en una multa ascendente a 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias.

SANCIÓN: 100 UIT

Lima, 5 de abril de 2011



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

00032

I. ANTECEDENTES

I.1. La operación de concentración

1. El 21 de abril de 2009, Enel S.p.A. (en adelante, Enel), al amparo de lo dispuesto por la Ley 26876 –Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico–, presentó un escrito de notificación previa a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en lo sucesivo, la Comisión) solicitando que se le autorice la realización de una operación de concentración, consistente en la adquisición del íntegro de las acciones que la empresa Acciona S.A. (en adelante, Acciona) posee sobre la sociedad española Endesa S.A. (en lo sucesivo, Endesa), lo cual le otorgaría el control exclusivo sobre dicha empresa y, a través de esta, sobre Edegel S.A.A. (en lo sucesivo, Edegel), Empresa Eléctrica de Piura S.A. (en lo sucesivo, Eepsa) y Edelnor S.A.A. (en lo sucesivo, Edelnor)¹, sociedades que operan en el mercado eléctrico peruano.
2. Para entender los alcances de la mencionada concentración, a continuación se describe la situación de los agentes involucrados antes y después de la operación.
3. Enel es una sociedad italiana, dedicada principalmente a la generación eléctrica, que se encuentra controlada por el Ministerio de Economía y Finanzas de Italia². Enel, a su vez, es titular del 100% del capital social de Enel Energy Europe S.r.L. (en lo sucesivo, Enel Energy), que a su vez poseía antes de la operación el 67,053% de las acciones de Endesa.
4. Acciona es una empresa constituida en España que, entre otros giros de negocio, se dedica a la generación de energía eléctrica.³ Esta sociedad

¹ Cabe precisar que a la fecha de presentación de la solicitud, Chinango S.A.C., empresa que en la actualidad también es controlada indirectamente por Enel, no había iniciado sus operaciones, ingresando al Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES) el 31 de mayo de 2009. Al respecto, ver la información sobre el registro de integrantes del COES obtenida de <http://www.coes.org.pe/wcoes/coes/integrantes/listado.aspx> (página web visitada el 24 de febrero de 2011)

² Dicho ministerio es propietario del 21,12% del capital social de Enel, mientras que la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. es propietaria del 10,21% de su capital social. A su vez, el mismo ministerio es el principal accionista de la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., por lo cual controla, directa e indirectamente, el 31,33% del capital social de Enel. La diferencia del capital social de Enel se distribuye entre distintos accionistas con participaciones inferiores al 5%.

³ El negocio de Acciona se encuentra estructurado en seis áreas:

- Infraestructura, relacionada a las actividades de construcción, ingeniería y ejecución de proyectos de infraestructura;
- La división de bienes raíces, relacionada al diseño y desarrollo de proyectos inmobiliarios de corte residencial o comercial;
- Energía, que comprende la generación de energía eléctrica renovable y la producción de biocombustibles;
- Agua, área que se concentra en el suministro de agua potable y el tratamiento de aguas residuales;
- La división de servicios urbanos y medioambientales, especializada en la operación de estacionamientos, mantenimiento de hospitales, gestión de residuos sólidos, limpieza de calles, manejo de paisaje y prestación de servicios funerarios;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

poseía antes de la concentración el 5,01% de las acciones de Endesa y el 100% del capital social de Finanzas Dos S.A. (en lo sucesivo, Finanzas Dos), empresa que a su vez contaba con el 20% de las acciones de Endesa.

5. Por su parte, Endesa es una empresa española del sector energético y servicios conexos, con una presencia mayoritaria en el segmento eléctrico y con una línea de negocio creciente en el mercado de gas natural⁴. En el Perú, participa indirectamente en el mercado de generación y distribución de energía eléctrica a través del control de las siguientes sociedades:
 - (i) Edelnor, dedicada a la distribución eléctrica respecto de la cual tiene control exclusivo;
 - (ii) Eepsa, cuyo rubro es la generación eléctrica y que también es controlada de manera exclusiva;
 - (iii) Edegel, empresa de generación eléctrica que es controlada conjuntamente con Israel Corp; y,
 - (iv) Chinango S.A.C. (en adelante, Chinango), agente dedicado a la generación eléctrica que es controlado de manera conjunta con Israel Corp.
6. Asimismo, es importante precisar que Endesa era controlada de forma conjunta por Enel y Acciona, conforme a los términos del "Acuerdo sobre acciones de Endesa, S.A." suscrito el 26 de marzo de 2007.
7. En tal sentido, antes de que se lleve a cabo la operación de concentración notificada, la situación en el mercado peruano de los agentes involucrados se resume en el siguiente gráfico:

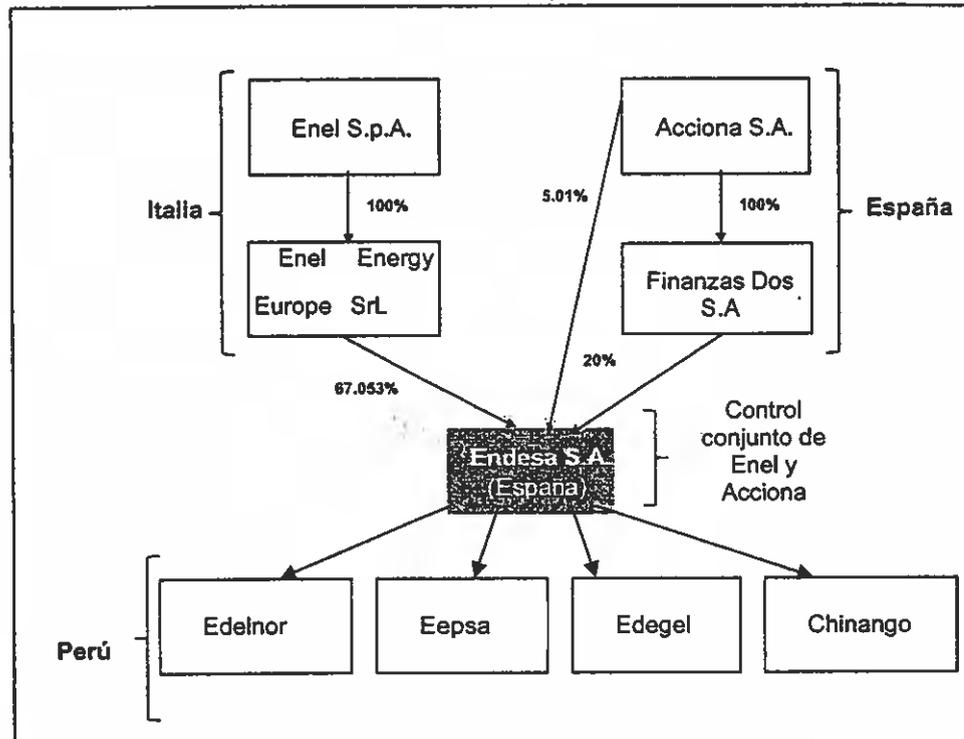
• Logística y servicios de transporte, relacionada con la provisión de transporte marítimo, terrestre y ferroviario de bienes y pasajeros, y gerenciamiento de servicios aeroportuarios.

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

(Información obtenida de http://www.alacrastore.com/company-snapshot/Acciona_S_A-1027295, página web visitada el 23 de febrero de 2011)

Información obtenida de la página web de Endesa, <http://www.endesa.es/Portal/es/conozcanos/default.htm> (visitada el 24 de febrero de 2011).

Gráfico 1
Situación antes de la operación⁶



Elaboración: ST-SC1

8. El 20 de febrero de 2009, Enel y Acciona suscribieron en España el denominado "Contrato de compraventa de acciones y transmisión de activos entre Acciona, Finanzas Dos, Enel, Enel Energy y Endesa", por el cual se pactó que Acciona vendería a Enel el íntegro de sus acciones en Endesa.
9. La ejecución de esta operación generaría que Enel sustituya la participación de Acciona en Endesa, con lo cual se produciría un cambio en la estructura de control de dicha sociedad y, por ende, en las diversas sociedades peruanas a través de las cuales Endesa participaba en territorio nacional. En tal sentido, Enel procedió a efectuar el 21 de abril de 2009 una notificación previa a la Comisión, solicitando que se le autorice la realización de la operación.
10. El 25 de junio de 2009 Enel concretó la adquisición del íntegro de las acciones que Acciona mantenía en Endesa⁶. La estructura de control de las

⁶ Al 31 de mayo de 2009.

⁶ Esta información ha sido corroborada por la propia Enel en su escrito de descargos y también consta en diversos comunicados publicados en la sección "Hechos Relevantes de Endesa" de la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España, mediante los cuales Enel, Endesa y Acciona hicieron pública la ejecución de la transferencia.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

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

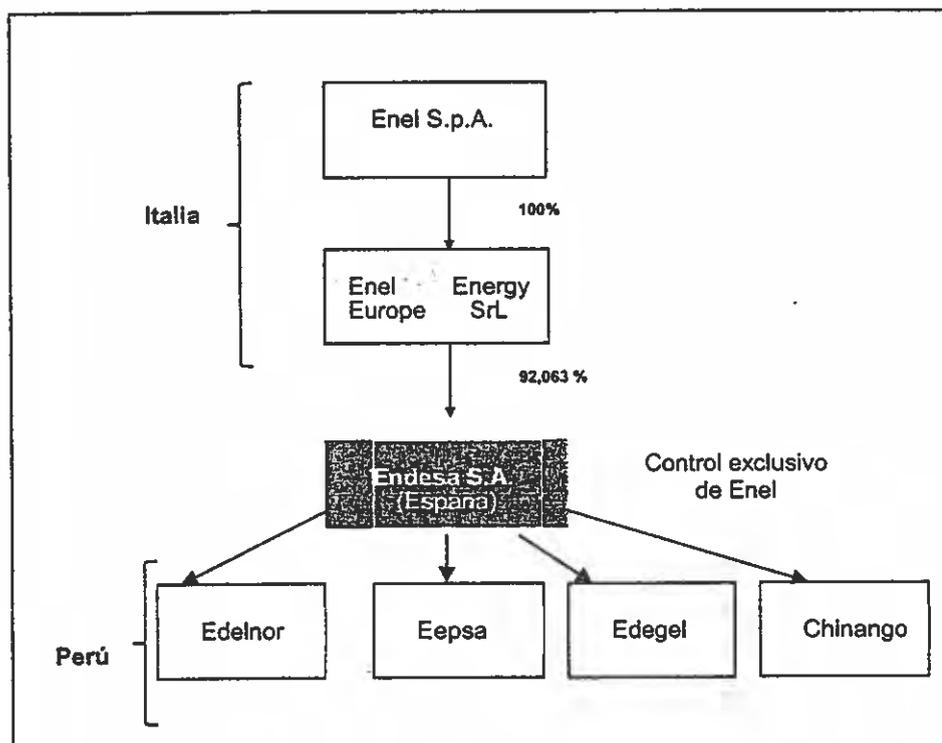
000325

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

empresas involucradas una vez realizada la concentración quedó como sigue:

Gráfico 2
Situación después de la operación



Elaboración: ST-SC1

1.2. Hechos relevantes del procedimiento

11. Según se ha descrito en el apartado que antecede, la operación de concentración se produjo el 25 de junio de 2009. No obstante, ello sucedió con anterioridad a que la Comisión la autorizara por Resolución 058-2009/CLC-INDECOPI del 16 de julio de 2009.
12. Por tal motivo, mediante Resolución 051-2009/CLC-INDECOPI del 9 de julio de 2009, se inició un procedimiento administrativo sancionador contra Enel por haber realizado el acto de concentración "luego de presentada su solicitud el 21 de abril de 2009 pero antes de la decisión de la Comisión", hecho que configuraría uno de los supuestos de infracción administrativa contemplados en el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley 26876.
13. El 6 de agosto de 2009, Enel formuló sus descargos indicando que la operación cuestionada celebrada en España no había producido efectos



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

000326

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

sobre territorio nacional, dado que existió una instrucción en virtud de la cual Endesa se abstuvo de realizar cualquier acto que implicara una alteración en el control de las empresas involucradas en el Perú, en tanto la Comisión no apruebe la autorización⁹. Por tanto, como la Ley 26876 no puede aplicarse a concentraciones celebradas en el extranjero salvo que sus efectos se materialicen en el mercado peruano, a criterio de Enel, la Comisión estaría aplicando extraterritorialmente la ley al iniciar un procedimiento sancionador en su contra.

14. Mediante Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI del 7 de enero de 2010, la Comisión halló responsable a Enel de una infracción al artículo 6 de la Ley 26876 por haber realizado el acto de concentración notificado luego de presentada su solicitud pero antes de que se expida una decisión aprobatoria de su parte.
15. A criterio de la Comisión, el acto de concentración tuvo como consecuencia inmediata la modificación permanente en la estructura de control de las empresas involucradas en el mercado eléctrico peruano, con independencia si la operación notificada se realizó en el territorio nacional o en el extranjero. Por tanto, la Comisión concluyó que al ejecutar la operación sin obtener la autorización previa se generaron efectos en el Perú y se configuró la infracción imputada.
16. En cuanto a la sanción, la primera instancia señaló que la escala de sanciones aplicables al tipo de infracción cometido por Enel permitía imponer a los administrados una multa de hasta el 10% de los ingresos brutos de las empresas involucradas en la concentración correspondientes al año anterior de la decisión de la Comisión. Tomando en cuenta este límite, la Comisión sancionó a Enel con una multa de 1000 (mil) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT), considerando como único factor de graduación la intencionalidad de su conducta⁹.
17. El 3 de febrero de 2010, Enel apeló la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, reiterando los argumentos expuestos en sus descargos y señalando que la

⁹ Según lo indicado por Enel, en sesión del Consejo Directivo de Endesa Latinoamérica S.A. —empresa holding a través de la cual se ejerce el control indirecto en Eepsa, Edegel, Edelnor y Chinango— llevada a cabo el 22 de junio de 2009, se acordó dar inmediata instrucción a los representantes de Endesa Latinoamérica S.A. en las sociedades peruanas involucradas a fin de que se abstengan de realizar cualquier acto que suponga el ejercicio del derecho de voto de las acciones u otro acto jurídico que demuestre el control exclusivo hasta que la Comisión expida su autorización, lo cual implicaba que: (i) no se modifiquen los órganos de administración de dichas sociedades; (ii) no se altere su política comercial; y, (iii) no se efectúe acto alguno que implique modificar la estructura de control vigente en las sociedades del Grupo Endesa ubicadas en el Perú.

La Comisión indicó que, dado que el límite legal equivalía a S/. 283 463 700,00 (78 739,92 UIT) si se tenía en cuenta que los ingresos de las empresas peruanas que formaban parte del grupo económico de Enel durante el año 2008 ascendieron a S/. 2 834 637 000,00, la multa impuesta representaba un poco más del 1% del límite establecido.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

00032
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

sanción de 1000 (mil) UIT impuesta por la Comisión debía ser declarada nula en base a las siguientes razones:

- (i) realizar el acto de concentración luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión, no puede implicar la imposición de una sanción máxima de hasta el 10% de los ingresos brutos, más gravosa que la sanción de hasta 500 (quinientas) UIT prevista para el caso de las operaciones de concentración realizadas sin siquiera solicitar autorización. Por ello, la posibilidad de aplicar multas dentro del umbral de hasta el 10% de los ingresos brutos solo debería ser posible si es que la operación de concentración realizada durante el procedimiento no es finalmente autorizada y es declarada incompatible por restringir la competencia;
- (ii) el único criterio de graduación utilizado fue el de intencionalidad, pese a que la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General– reconoce en el artículo 230.3 diversos factores tales como la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, las circunstancias de su realización y el beneficio ilegalmente obtenido; y,
- (iii) la multa resulta desproporcionada si se tiene en cuenta que todas las autoridades consultadas en el procedimiento de autorización previa¹⁰ así como la propia Comisión han coincidido en que la ejecución de la operación de concentración no afectaba las condiciones de competencia en el mercado eléctrico peruano.

18. Asimismo, en dicha oportunidad Enel solicitó que se le conceda a sus representantes el uso de la palabra, a fin de sustentar oralmente su defensa.
19. El 5 de abril de 2011 se llevó a cabo la audiencia de informe oral solicitada, con la asistencia de los representantes de la Secretaría Técnica de la Comisión y de Enel, quienes reiteraron sus argumentos.

II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

20. Luego de analizar los actuados, y atendiendo a los argumentos formulados por la apelante, esta Sala considera que corresponde determinar lo siguiente:

¹⁰ Mediante oficios 023 y 024-2009/ST-CLC-INDECOPI del 5 de junio de 2009 y 025-2009/ST-CLC-INDECOPI del 8 de junio de 2009, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó al Ministerio de Energía y Minas, al OSINERGMIN y a la Defensoría del Pueblo, respectivamente, que remitan informes que contengan sus opiniones sobre la solicitud de autorización. Por oficios 720-2009-MEM/DGE y 80-2009-OS/OEE del 2 y 7 de julio de 2009, el Ministerio y OSINERGMIN remitieron sus correspondientes opiniones sobre la operación consultada.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000328

- (i) si la operación de concentración realizada por Enel en el extranjero sin contar con la autorización previa de la Comisión, es susceptible de sanción bajo el artículo 6 de la Ley 26876; y,
- (ii) de ser el caso, la multa aplicable.

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Marco teórico

21. El artículo 6 de la Ley 26876 establece que la Comisión podrá sancionar a las personas o empresas que realicen un acto de concentración, luego de presentada la solicitud de autorización previa, pero antes que dicho órgano expida la decisión respecto de la aprobación o desaprobación de la operación notificada".

22. En aplicación de dicha disposición, la primera instancia consideró que la operación consistente en la adquisición por parte de Enel de la participación que mantenía Acciona en Endesa, pese a haberse celebrado en España, había producido automáticamente un cambio en la estructura de control en las sociedades peruanas que eran controladas indirectamente por Endesa y, en consecuencia, se infringió lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 26876 al haberse realizado antes de que se expida una resolución autoritativa.

23. Para determinar si se configuró la infracción imputada, la Sala considera que resulta imprescindible precisar previamente: (i) cuándo se produce una operación de concentración; y, (ii) cuándo las operaciones de concentración celebradas en el extranjero se encuentran en el ámbito de aplicación de las disposiciones de la Ley 26876.

III.1.1. La adquisición de control como acto de concentración

24. El control de concentraciones, también denominado control de estructuras, forma parte de las políticas de competencia contenidas en la legislación nacional y extranjera con la finalidad de condicionar a la evaluación de las autoridades aquellas operaciones de concentración que puedan conllevar la generación de obstáculos significativos a la competencia efectiva en un determinado mercado.

¹¹ LEY 26876, Artículo 6.- (...)

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000321

25. En el Perú, el control de estructuras se contempla únicamente para el sector eléctrico. Así, de acuerdo con los artículos 1 y 3 de la Ley 26876, las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica y que involucren a empresas que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud un porcentaje igual o mayor al umbral correspondiente (15% del mercado en las concentraciones horizontales y 5% en los casos de concentraciones verticales), deberán someterse previamente a la autorización de la autoridad de competencia, a fin de que ella evalúe los alcances de la operación y determine si esta puede tener o tiene efectos restrictivos de la competencia en el mercado correspondiente¹².
26. La delimitación del tipo de operaciones que se encuentran sujetas al control de la autoridad dependerá de la definición que sobre el concepto "concentración" adopte el marco legal de cada país. Así por ejemplo, en Estados Unidos, la norma federal de control de estructuras permite una definición bastante amplia de lo que se entiende por concentración¹³; siendo que, en una línea interpretativa también amplia de esta regulación, la Corte Suprema de dicho país ha considerado que para que se produzca una concentración sujeta a la ley por ser potencialmente restrictiva de la competencia, no es necesario que se adquiera el control de otra empresa¹⁴.

¹² LEY 26876, Artículo 1.- Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

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

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

(...)

La sección séptima de la Clayton Act, modificada por la Hart-Scott-Rodino Act de 1976, prohíbe las fusiones y adquisiciones de acciones o activos "en cualquier línea de comercio o actividad que afecte el comercio en cualquier parte del país, en la medida que los efectos de dicha adquisición puedan lesionar sustancialmente la competencia o tender a la instauración de un monopolio". Traducción libre del siguiente texto de la norma: "in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, where the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly".

En el caso "Denver & Rio Grande Western Railroad Co. c. United States" (1967), la Corte Suprema expresó que "Una empresa no necesita adquirir control de otra compañía para configurar una infracción a la Clayton Act (...) La sección 7 proscrib[e] la adquisición de una cantidad de acciones de una compañía en la medida que tenga por efecto el lesionar sustancialmente la competencia o tender a la instauración de un monopolio". Traducción libre del siguiente texto: "A company need not acquire control of another company in order to violate the Clayton Act. (...).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000350
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLO

27. En cambio, en el Reino Unido, las concentraciones que son relevantes para la *Enterprise Act* aprobada el año 2002 son aquellas en que las empresas, actividades o negocios involucrados dejan de ser gestionados por separado y se da respecto de ellos una situación de control común¹⁶. De la misma manera, en la normativa comunitaria europea recogida en el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas (en adelante, el Reglamento 139/2004), se precisa en el artículo 3 que se entenderá que se produce una concentración "cuando tenga lugar un cambio duradero del control"¹⁷.
28. En el caso del Perú, una lectura de la normativa en la materia permite apreciar que el concepto de concentración por el cual ha optado el legislador implica, al igual que en el caso europeo y del Reino Unido, la existencia de un cambio en la estructura de control.
29. En efecto, el artículo 2 de la Ley 28976, al definir el concepto de concentración, establece un listado enunciativo de diversas operaciones, contratos y otras figuras análogas cuya principal característica es que confieren la posibilidad de ejercer una influencia en el control de las unidades económicas involucradas:

"Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa (...). Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto (...) por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores,

Section 7 proscribes acquisition of 'any part' of a company's stock where the effect 'may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.' La sentencia completa es accesible a través de la siguiente web: <http://supreme.justia.com/us/387/485/case.html#501> (página visitada el 24 de febrero de 2011).

¹⁶ Al respecto, revisar el capítulo 3 del documento denominado "*Merger Assessment Guidelines*" elaborado en septiembre de 2010 conjuntamente por la *Competition Commission* y la *Office of Fair Trading* del Reino Unido.

¹⁷ REGLAMENTO 139/2004, Artículo 3.- Definición de concentración.-

1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o
b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.

¹⁸ En el mismo sentido, los profesores Bellamy y Child, a propósito de la definición comunitaria de concentración, se remiten al concepto de control: "*La línea divisoria entre lo que sea una concentración a los efectos del Reglamento y lo que no lo sea, radica en los conceptos de independencia y de permanencia. Ambos conceptos son cumulativos. Será una concentración cuando se trate de una operación de la que resulte una modificación permanente de las estructuras de control de las empresas participantes que con ello pierdan su independencia (...)*". BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. "*Derecho de la Competencia en el Mercado Común*". Madrid: Civitas, 1ra. Edición, 1992, p. 572.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.”
(subrayado agregado)

30. El artículo 4 del mismo cuerpo normativo delimita aún más el contenido del concepto de concentración como una situación donde opera un cambio de control. Así, de acuerdo con el referido artículo, la condición que convierte a una operación mercantil en una concentración sujeta a notificación previa, es que el acto realizado permita *“adquirir el control directo o indirecto de la empresa que desarrolla alguna de las actividades eléctricas mencionadas.”*¹⁹
31. Si bien la propia Ley 26876 no indica qué se entiende por control, es importante precisar que en su reglamento aprobado por Decreto Supremo 017-98-ITINCI sí se establece que para delimitar tal concepto corresponde remitirse a la regulación que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP ha desarrollado sobre dicha materia²⁰. En tal sentido, si se atiende a la definición recogida en la Resolución SBS 445-2000 –Normas especiales sobre vinculación y grupo económico, se aprecia que en el artículo 9 de dicho cuerpo normativo se señala que: *“Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de la persona jurídica.”*²⁰
32. En tal sentido, puede afirmarse que el sistema legal peruano contempla una definición de concentración empresarial similar a la prevista en la normativa europea, ya que define a este tipo de operaciones como aquellas que: (i) producen una modificación permanente o “continua” en la estructura de

¹⁹ LEY 26876, Artículo 3.- (...)

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

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

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

²⁰ DECRETO SUPREMO 017-98-ITINCI, Artículo 37.- Legislación complementaria.- Una vez iniciado el procedimiento con sujeción a la Ley y al presente Reglamento, la Comisión o la Sala podrán aplicar, de manera referencial y mientras no se encuentren en contradicción con la Ley las definiciones contenidas en la Resolución SBS-001-98 [reemplazada por la Resolución SBS 445-2000], en especial las referidas a propiedad indirecta, vinculación, grupo económico y control.

²⁰ RESOLUCIÓN SBS 445-2000, Artículo 9.- Control.- Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica.

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

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



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000332
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

control; y, (ii) otorgan un poder de decisión "preponderante" sobre la o las empresas involucradas en la operación.

33. El concepto de modificación permanente se refiere a la existencia de un cambio estable y duradero en la estructura de control. Para que un cambio sea permanente será preciso que la nueva situación de las empresas involucradas refleje una unidad de dirección no transitoria, es decir, que exista un verdadero grupo que pueda ofrecer comportamientos estratégicos comunes²¹ de forma no ocasional²².
34. En cuanto al segundo componente del concepto modificación de control, esto es, que se produzca un cambio preponderante respecto del poder de decisión sobre las empresas involucradas en la operación, el Indecopi²³, siguiendo la aproximación comunitaria al respecto²⁴, ha establecido que la influencia preponderante se entiende como la capacidad de ejercer un influjo sobre la actividad, la composición, las deliberaciones y las decisiones de los órganos de otra empresa, sea vía la adquisición de derechos de propiedad o la celebración de otro tipo de contratos.
35. De ello se sigue que la adquisición de control implica la adquisición de un nivel de injerencia respecto de la estrategia competitiva de una empresa. En tal sentido, se entiende que las decisiones relevantes a efectos del derecho de la competencia y, consecuentemente, aquellas que otorgan el control de la empresa, son las que definen su estrategia competitiva. Tales decisiones, en términos genéricos, son las siguientes: aprobación del presupuesto de la empresa, establecimiento de su programa de actividad (plan estratégico), definición de planes de inversión, nombramiento del personal directivo (principales gerentes y funcionarios, así como miembros del Directorio).

²¹ SORIANO, José. "Derecho público de la competencia". Madrid: IDELCO - Marcial Pons, 1998, pp. 577 y 582.

²² En la experiencia comunitaria, no se exige que la operación establezca una nueva estructura de control por un período indefinido o extremadamente largo de tiempo. Así, períodos de diez, seis o cinco años no han sido impedimento para calificar como permanente la operación de concentración. Al respecto, ver las decisiones emitidas en los Asuntos "Voest Alpine Industrieanlagenbau/Davy" del 7 de julio de 1995, "Generali/Comit/R. Flemings" del 15 de junio de 1995 y "British Gas Trading Ltd/Group Utility Services Ltd." del 7 de octubre de 1996.

²³ Ver Resolución 012-99-INDECOPI/CLC, publicada por el Directorio del Indecopi el 4 de febrero de 2000, y correspondiente al procedimiento de autorización derivado de las operaciones de concentración derivadas de la adquisición de acciones de Enersis S.A.

²⁴ REGLAMENTO 139/2004, Artículo 3.- Definición de concentración.-

(...)

2. El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante:

a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;

b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000333

36. Existe un elemento adicional que conviene aclarar respecto de la definición de concentración, y es que el poder de decisión preponderante que nace del solo cambio de estructura producto de la operación, como cualquier potestad, puede o no ser ejercido por el agente que adquiere el control. Así, una característica del control de empresas es que la existencia del control no implica que se compruebe el ejercicio efectivo de las facultades o prerrogativas que otorga. Por el contrario, para que exista una concentración en los términos de la ley, solo se requiere que se demuestre que la nueva configuración de la empresa permite a un nuevo actor ejercitar potencialmente el control de la empresa en cualquier momento.
37. La sola posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la estrategia competitiva de las empresas involucradas y no la ejecución efectiva de dicha potestad ha sido un elemento determinante que se ha considerado en la jurisprudencia europea sobre la materia. Así, en los Asuntos "McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann"²⁵ y "Telefónica/Sogecable/Cablevisión"²⁶, se concluyó que el cambio de control es una situación objetiva que por sí sola genera efectos y que no puede depender de la decisión de las partes de ejercitar los derechos inherentes a su nueva posición.
38. El profesor español Briones, en su estudio sobre la práctica europea de control de estructuras, expresa la misma opinión, pues concluye que la concentración se produce y genera consecuencias desde que se perfecciona la operación. Así, indica que: "(...) es suficiente para que se defina la existencia de control que se tenga la posibilidad de ejercerlo, sin que sea necesario el ejercicio real del mismo. En este sentido resulta totalmente lógica, al definir una concentración como un cambio estructural permanente, la determinación del control como una posibilidad objetiva que no puede depender de la coyunturalidad de su ejercicio o de la voluntad o intención declarada de las partes" (subrayado agregado)²⁷.

En esta decisión, emitida el 27 de octubre de 1993, se indicó lo siguiente: "CPC, McCormick and Rabobank, por tanto, cuentan con la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre JV. En lo que respecta a Rabobank, la pregunta que surge es si se puede esperar realmente su participación en los negocios de JV. La baja participación de acciones y el acuerdo de renta fija no refutan el hecho que Rabobank tiene el derecho legal de ejercer una influencia decisiva sobre JV. La mera posibilidad de ejercer una influencia decisiva es suficiente [para aplicar la ley]" (subrayado agregado)

Traducción libre del siguiente texto: "CPC, McCormick and Rabobank, therefore have the possibility of exercising decisive influence in the JV. With regard to Rabobank, the question arises as to whether a participation of Rabobank in the essential business decisions of the JV can actually be expected. Rabobank's low capital share and the agreement on fixed return cannot rebut the fact that Rabobank has the legal right to exert a decisive influence on the JV. The mere possibility of exercising decisive influence is sufficient (...)"

Decisión emitida el 7 de noviembre de 1996.

BRIONES, Juan y otros. "El control de concentraciones en la Unión Europea. La práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97". Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 54



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

0003

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

39. Además, el hecho que quien adquiere el control no desarrolle modificaciones a la gestión u organización de la o las empresas adquiridas tampoco constituye evidencia suficiente de que no se estén ejerciendo los derechos inherentes a la nueva posición de control. En efecto, la potestad de decidir sobre las actividades de las sociedades involucradas puede manifestarse ya sea realizando cambios en las políticas comerciales o, simplemente, no realizando cambio alguno en la organización y funcionamiento, habida cuenta que la toma de control también puede tener como objeto la mera preservación de la gestión vigente.
40. En tal sentido, se concluye que para la aplicación de la Ley 26876, el acto de concentración y sus efectos se consuman automáticamente en la medida que se verifique un cambio, duradero y permanente, en la estructura de control de la empresa o empresas afectadas. Esto es, basta que se creen las condiciones para ejercer potencialmente una influencia decisiva sobre las decisiones estratégicas y comerciales relevantes del o los agentes involucrados, sin que sea necesario que se ejerza efectivamente dicho poder de decisión.

III.1.2. El ámbito de aplicación de la Ley 26876

41. La aplicación territorial de una norma suele consistir en la sujeción de una determinada conducta a la ley nacional del territorio donde aquella ha tomado lugar. En virtud de esta regla, denominada principio de territorialidad, quedarán comprendidas dentro del ámbito de la Ley 26876 todas las operaciones de concentración celebradas en el Perú que involucren a empresas que desarrollan actividades eléctricas en el país.
42. Sin embargo, no solo los actos de concentración celebrados en el Perú se encuentran sujetos a la ley nacional. Así, el artículo 9 de la Ley 26876, establece que también se encuentran comprendidos dentro de su ámbito de aplicación aquellos actos que, habiéndose perfeccionado en territorio extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que desarrollen actividad de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica en el Perú²⁸.
43. El mencionado artículo 9 recoge la denominada "Teoría de los Efectos" para el caso del control de estructuras. Según esta teoría, también recogida por la

²⁸ LEY 26876, Artículo 9.- Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional.

El o los accionistas de la empresa domiciliada en el país, vinculados a las empresas que participan directamente en el acto de concentración, estarán obligados al cumplimiento de la presente Ley, encontrándose sujetos a las sanciones contempladas en la misma.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

normativa de represión de conductas anticompetitivas²⁹, la ley se aplica a todas aquellas conductas anticompetitivas que afecten la competencia en el territorio peruano, con prescindencia del lugar de su realización, que en muchos casos y en atención a la dinámica de las relaciones comerciales, no se circunscribe a un solo ámbito territorial³⁰.

44. La aplicación de la "Teoría de los Efectos" al ámbito del derecho de la competencia se desarrolló originalmente en las cortes norteamericanas³¹, siendo su antecedente más conocido la decisión emitida en el caso "*United States c. Aluminun Company of America*" (377 U.S. 271, 1964), en la que el juez Hand precisó que "*cualquier Estado puede imponer responsabilidades, incluso sobre personas que no se encuentren bajo su dominio, por conductas reprimibles realizadas fuera de sus fronteras, que tengan consecuencias dentro de sus fronteras*"³².
45. Este criterio, que ha sido respaldado por reiterada jurisprudencia³³ y por la normativa federal expedida con posterioridad³⁴, no es exclusivo de las normas

²⁹ DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 4.- *Ámbito de aplicación territorial.*- La presente Ley es de aplicación a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aún cuando dicho acto se haya originado en el extranjero.

³⁰ En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 se señala: "*Considerando que el objeto jurídico protegido por la legislación de defensa de la competencia es el correcto funcionamiento del proceso competitivo, el test de los efectos permite reprimir precisamente aquellas prácticas que afecten la competencia en el territorio nacional, aun cuando el origen de la conducta anticompetitiva se haya dado en el extranjero.*" En otra parte del texto también se indica que el reconocimiento expreso que se hace de la teoría de los efectos en la ley, es "*Absolutamente necesaria cuando se trata de actos contrarios a la libre competencia, en la medida que la territorialidad se ve superada por los efectos que generan las conductas más allá de dónde son ejecutadas inicialmente o del lugar de domicilio del agente infractor.*"

³¹ Al respecto, se puede consultar: STANGER, Andrew. "*Analyzing U.S. Antitrust Jurisdiction over Foreign Parties after Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche.*" *En:* Brigham Young University Law Review, Vol. 2003, Iss. 4, Provo, 2003, p. 1458; GIFFORD, Daniel J. Y Thomas SULLIVAN. "*Can international antitrust be saved for the post-Boeing merger world? A proposal to minimize international conflict and to rescue antitrust from misuse.*" *En:* Antitrust Bulletin, Spring 2000, 45, 1, pp. 59-65.

³² Traducción libre del siguiente texto tomado de la referida sentencia: "*(...) any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends (...)*"

³³ Por ejemplo, las cortes de los circuitos de apelación también se han pronunciado con dicho criterio en los casos "*United States v. Imperial Chemical Industries Ltd.*" (1952), y la Corte Suprema lo reafirmó en "*Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp.*" (1962) y "*Hartford Fire Insurance Co. v. California*" (1993).

³⁴ La "*Foreign Trade Antitrust Improvement Act*" aprobada en el año de 1982 precisa que como condición para la aplicación de las leyes *antitrust*, el comportamiento realizado fuera debe generar un efecto directo, sustancial y previsible en el comercio.

Desarrollando el contenido de esta disposición, la "*Antitrust enforcement guidelines for international operations*" indica en su punto 3.1 que "*Así como los actos de los ciudadanos norteamericanos en una nación extranjera se encuentran sujetos a la ley del país en que ocurren, los actos de los ciudadanos extranjeros en los Estados Unidos se encuentran sometidos ordinariamente a la ley norteamericana. Pero la aplicación de la ley de defensa de la competencia norteamericana no está limitada, como sea, a las conductas y transacciones que ocurren dentro de los límites de Estados Unidos. Las conductas anticompetitivas que afectan el comercio interno o exterior del país pueden violar las leyes antitrust sin importar donde ocurra el hecho o la nacionalidad de las partes involucradas.*"

Traducción libre del siguiente texto: "*3.1 Jurisdiction.- Just as the acts of U.S. citizens in a foreign nation ordinarily are subject to the law of the country in which they occur, the acts of foreign citizens in the United States ordinarily*



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

00033

de derecho de la competencia que versan sobre conductas unilaterales de abuso y prácticas restrictivas, siendo, por el contrario, un principio que inspira las disposiciones ordenadoras del ámbito de aplicación de las normas de control de concentraciones económicas.

46. En efecto, de acuerdo con la "Antitrust enforcement guidelines for international operations" elaborada conjuntamente por la *Federal Trade Commission* y por *The U.S. Department of Justice*, para el análisis de las concentraciones empresariales la competencia se determina bajo el mismo test que en los casos *antitrust*, esto es, se rige por la "Teoría de los Efectos", con lo cual se encuentran sometidas a las autoridades aquellas operaciones de concentración que puedan causar un efecto en territorio norteamericano³⁵.
47. A nivel comunitario, la delimitación de la competencia de la Comisión Europea también recurre a la aplicación de la "Teoría de los Efectos", con lo cual se encontrarán sometidas a las reglas del Reglamento 139/2004 incluso operaciones realizadas fuera de Europa por empresas no constituidas en territorio comunitario, en la medida que la operación pueda generar un efecto sustantivo sobre el mercado común. Varios casos han ilustrado este planteamiento³⁶.
48. Es importante precisar que la implementación de la "Teoría de los Efectos" no quiere decir que la competencia de una autoridad nacional se extienda extraterritorialmente. En efecto, la aplicación de la "Teoría de los Efectos" solo procura a los potenciales países afectados la capacidad de evaluar aquellas conductas que generen un impacto en su territorio, sin que sea relevante en el análisis el efecto que esa misma conducta produce en otros países. En este contexto, la decisión de una autoridad de ninguna manera vincula a la aprobación o el rechazo de la operación por la autoridad de otro país³⁷.

are subject to U.S. law. The reach of the U.S. antitrust laws is not limited, however, to conduct and transactions that occur within the boundaries of the United States. Anticompetitive conduct that affects U.S. domestic or foreign commerce may violate the U.S. antitrust laws regardless of where such conduct occurs or the nationality of the parties involved."

En el punto 3.14 de la "Antitrust enforcement guidelines for international operations", se indica que para la aplicación de la *Clayton Act* —norma de control de concentraciones que rige en los Estados Unidos—, las agencias deben utilizar los mismos principios que se aplicarían en los casos seguidos bajo la *Sherman Act*.

Lectura tomada a partir del siguiente texto: "3.14 Jurisdiction Under Section 7 of the Clayton Act.- Section 7 of the Clayton Act applies to mergers and acquisitions between firms that are engaged in commerce or in any activity affecting commerce. The Agencies would apply the same principles regarding their foreign commerce jurisdiction to Clayton Section 7 cases as they would apply in Sherman Act cases."

Por ejemplo, en el Asunto "Airlines/Panam", se sometió a control a dos empresas de nacionalidad estadounidense, siendo irrelevante a los efectos de la aplicación del reglamento dónde estuvieran establecidas las partes o dónde se desarrollaran las operaciones. Asimismo, en la decisión emitida en el Asunto "Rencor/Lonrho", se declaró incompatible con el mercado común europeo un proyecto de concentración entre dos empresas mineras cuyas actividades se focalizaban en Sudáfrica.

Resulta ilustrativa la concentración analizada en el caso "Boeing/McDonnell Douglas" (1997), la cual, al tener implicancias tanto en territorio europeo y norteamericano, fue sometida a consideración de ambas autoridades,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOP

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

49. Por tanto, es aceptado en la legislación y la práctica comparada que si las operaciones de concentración generan algún tipo de consecuencia relevante en un determinado territorio, entonces podrán ser analizadas e incluso prohibidas en dicho territorio, en aplicación de la "Teoría de los Efectos".
50. En tal sentido, y teniendo en cuenta que los efectos de una concentración se materializan desde que se produce un cambio duradero en la estructura de control de las empresas involucradas –con independencia del ejercicio efectivo de los derechos inherentes a la nueva posición de control–, se encontrarán sometidas a la ley de control de estructuras peruana aquellas operaciones que, aún siendo celebradas en el extranjero, provoquen una modificación permanente en la estructura de control de alguna empresa que desarrolla su actividad en los sectores de generación, transmisión o distribución eléctrica del territorio peruano.
51. El marco previsto por la Ley 26876 prevé todos los aspectos relacionados con los procedimientos de autorización previa que deben seguir las empresas que realicen una operación de concentración con incidencia en el sector eléctrico peruano. Entre otros aspectos, dicha ley establece un marco sancionador que tiene por objeto constituirse en el mecanismo de *enforcement* necesario, sin cuya existencia las empresas no tendrían incentivos para someterse al cumplimiento de las obligaciones de notificación previa y demás cargas procedimentales establecidas por la Ley 26876.
52. Sin un régimen que otorgue a la autoridad competente la potestad de imponer multas ante, por ejemplo, la constatación que una empresa se concentra sin contar con la autorización respectiva o la verificación de que se presenta información falsa sobre los alcances de la operación, los agentes optarían simplemente por no asumir la carga económica que de por sí implica iniciar un procedimiento de notificación previa. La falta de consecuencias sancionadoras simplemente alentaría que diversas operaciones, que potencialmente pueden causar el efecto de restringir la competencia en el mercado eléctrico peruano, se lleven a cabo sin que exista una evaluación previa de la autoridad.
53. La aplicación del marco sancionador de la ley del país en que se producen los efectos negativos de la conducta es un principio de Derecho Público reconocido en el Derecho Penal como "Principio de Ubicuidad". Conforme a este criterio, el lugar de comisión del delito (que es el lugar cuya ley se

siendo aprobada en Norteamérica pero desaprobada por la Comisión Europea.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

000338

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

aplicará) es aquél en el que se realiza la acción u omisión sancionable o el lugar en el que *"se producen sus efectos"*.³⁸

54. Partiendo de la premisa que el procedimiento administrativo sancionador es una manifestación de la potestad punitiva estatal, por lo que los principios y reglas del ordenamiento penal resultan también aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador, se concluye que las disposiciones de carácter sancionador recogidas en la Ley 26876 resultan aplicables respecto de aquellos actos que generen efectos en el sector eléctrico nacional pese a realizarse en el extranjero.

55. Conforme al marco teórico expuesto, corresponderá analizar en el siguiente apartado si la conducta imputada a Enel, consistente en llevar a cabo el acto de concentración luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la autoridad, es contraria al artículo 6 de la Ley 26876.

III.2. Aplicación al caso concreto

56. Por Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, la Comisión halló responsable a Enel por infringir lo previsto en el artículo 6 de la Ley 26876, al haber realizado la operación de concentración notificada -mediante la cual la solicitante adquiriría el control exclusivo sobre Endesa, modificándose la estructura de control de las sociedades peruanas involucradas-, luego de presentada la solicitud de autorización previa, pero antes que se emita la decisión respectiva de la autoridad de competencia.

57. En su apelación, Enel sostiene que la resolución impugnada vulnera los principios de territorialidad y soberanía en la aplicación de las leyes, toda vez que:

- (i) las disposiciones de la ley peruana, esto es, de la Ley 26876, no pueden aplicarse a materias de derecho privado reservadas a una ley extranjera;
- (ii) en aplicación de la teoría de los efectos, la ley de concentraciones peruana solo puede aplicarse para verificar los efectos que la ejecución de obligaciones contraídas en el extranjero pueden tener sobre las condiciones de competencia en el Perú; y,
- (iii) la Comisión ha sancionado la sola realización de un acto jurídico sometido a una ley extranjera que no ha generado efecto alguno en el mercado peruano, debido a que la empresa habría tomado las

³⁸ CÓDIGO PENAL, Artículo 5.- Principio de ubicuidad.- El lugar de comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

000339

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

previsiones y medidas necesarias para que no se generen los efectos propios de un acto de concentración en el territorio nacional.

58. Ante las alegaciones de la recurrente y conforme a lo desarrollado en los acápites precedentes, la Sala coincide con el apelante en que según la "Teoría de los Efectos" recogida en el artículo 9 la Ley 26876, esta última únicamente resulta aplicable para analizar los efectos que se produzcan en el mercado eléctrico peruano derivados de las operaciones de concentración que se realicen en el extranjero y que puedan estar sometidas a una ley extranjera.
59. En tal sentido, la cuestión controvertida en el presente procedimiento implica determinar cuándo se entiende que se producen en el territorio peruano los efectos derivados de la operación de concentración notificada.
60. Enel sostiene que para se generen efectos en el mercado eléctrico peruano como consecuencia de la operación de concentración notificada, se requería realizar actos propios del ejercicio del control adquirido. No obstante, alega que ello no se produjo, pues se tomaron las medidas y previsiones necesarias de manera tal que no se modificaron los órganos de administración, ni se alteraron las políticas comerciales de dichas empresas, ni en general, se realizaron actos que hayan implicado la modificación en la estructura de control de las empresas involucradas que operan en el Perú.
61. Ciertamente, la impugnante manifestó que en la sesión de Consejo Directivo de Endesa Latinoamérica S.A.C. llevada a cabo el 22 de junio de 2009, según lo dispuesto en el Acta 127 de referido órgano⁴¹, se dispuso instruir a los representantes de dicha empresa en el Perú, de abstenerse de realizar cualquier acto que pudiese alterar la estructura de control vigente en las sociedades peruanas involucradas, hasta que la Comisión no emitiera su decisión respecto de la operación de concentración notificada.
62. Sin embargo, contrariamente a lo sostenido por Enel y en la misma línea de lo señalado en la resolución apelada, la Sala considera que los efectos a los que se refiere la Ley 26876, radican en que se haya modificado de forma duradera y permanente la estructura de control de las empresas que participan en el mercado peruano, lo cual se produjo con el solo cierre de la operación.
63. En el procedimiento de notificación previa, la Comisión estableció que la operación notificada calificaba como una concentración y que se encontraba en el ámbito de aplicación de la Ley 26876 —lo cual fue reconocido por la propia empresa notificante—, al implicar un cambio de control conjunto a uno

⁴¹

Al respecto, ver nota al pie 8.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOP

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000346

exclusivo que sería ejercido por Enel en Endesa, y que por ende, produciría una modificación de la estructura de control en las empresas que participan en el mercado eléctrico peruano.

64. Al producirse la operación notificada, se generaron de manera inmediata los efectos de la concentración en el mercado peruano, toda vez que se modificó la estructura de control de Endesa, y consecuentemente, la estructura de control de las empresas involucradas que operan en el Perú. Es decir, el solo cambio en la estructura de control en estas últimas empresas representa el efecto que produjo la operación en el mercado eléctrico peruano.
65. Para sustentar su posición durante el procedimiento, Enel ha sostenido que la prohibición de llevar a cabo la operación sin la aprobación previa de la autoridad de competencia, contenida en los artículos 3 de la Ley 26876⁴⁰ y 11 del Reglamento⁴¹, solo encuentra sentido si (i) se evitan los actos de concentración en el territorio nacional, o (ii) se evitan los efectos en el territorio peruano de los actos de concentración realizados en el extranjero.
66. Al respecto, los artículos 3 de la Ley 26876 y 11 del Reglamento invocados por la recurrente establecen lo siguiente:

Ley 26876.-

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

Reglamento de la Ley 26876.-

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

(Subrayado y resaltado añadidos)

67. Con relación a las citadas disposiciones, Enel manifestó que una interpretación acorde con el principio de territorialidad, implica reconocer que dichas normas prevén dos consecuencias jurídicas independientes para dos supuestos de hecho diferentes, como se señala a continuación:

⁴⁰ LEY 26876, Artículo 3.- Antes de realizar actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, con las condiciones y características establecidas en el párrafo siguiente, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOP, sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno.

⁴¹ DECRETO SUPREMO 017-98-ITINCI, Artículo 11.- Efecto de la Notificación.- Una vez notificada, la Operación de Concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras Personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto por los Artículos 18 o 25 del presente Reglamento según fuere el caso. Dicha Notificación no importa prejuzgamiento u opinión por parte de la Comisión o de la Secretaría sobre los méritos de la concentración, o de la existencia de posibles infracciones al Decreto o cualquier otra norma aplicable.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000341
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

- (i) por un lado, la consecuencia legal consistente en la prohibición legal de la "realización" o "consumación" del acto de concentración únicamente resultaría de aplicación a los actos jurídicos de concentración que se llevan a cabo en el Perú y que se encuentran sujetos a la ley peruana. Ello, toda vez que esta última no puede aplicarse a la determinación de la validez y eficacia de actos sujetos a una ley extranjera ni impedir su realización; y,
- (ii) de otro lado, la consecuencia legal consistente en la privación de los posibles efectos del acto jurídico de concentración perfeccionado antes de la emisión de la resolución de autorización correspondiente, resultaría de aplicación a los actos de concentración perfeccionados en el extranjero. En este escenario, el acto jurídico de concentración perfeccionado en el extranjero, será válido y eficaz en el extranjero, pero en el Perú, dicho acto no podrá surtir sus efectos, y por tanto, resultará inoponible en tanto la Comisión no haya determinado su compatibilidad con las condiciones de competencia en el mercado peruano.

68. A partir de la interpretación propuesta es que Enel afirma que la ley peruana no puede prohibir, impedir o sancionar la realización de un acto de concentración en el extranjero, sin considerar si la operación ha generado efectos en el territorio nacional. Por ello, la empresa denunciada alega que no incurrió en la infracción imputada, en la medida que adoptó las previsiones necesarias para asegurar que el perfeccionamiento del acto jurídico de concentración en el extranjero no resulte susceptible de producir efectos en el territorio peruano.

69. Sobre el particular, inclusive bajo la interpretación de los artículos 3 de la Ley 26876 y 11 del Reglamento formulada por la empresa impugnante, la Sala arriba a la misma conclusión expuesta en el numeral 58, pues respecto de actos de concentración efectuados en el extranjero, la ley peruana solo se aplica a sus efectos en el mercado peruano. Sin embargo, a diferencia de lo sostenido por la recurrente, lo cierto es que en el presente caso se ha verificado que dichos efectos se han producido como consecuencia de la sola realización de la operación notificada por Enel, ya que esta implicó la modificación automática de la estructura de control de las empresas involucradas en el Perú.

70. Las medidas adoptadas por Enel no impiden en modo alguno que se haya configurado la concentración y, por ende, que se produzca como efecto el cambio en la estructura de control en las empresas que participan en el mercado eléctrico peruano, lo cual se produjo de manera inmediata como consecuencia del cierre de la operación entre Enel y Acciona.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

000342

71. Cabe resaltar que el hecho que no se hayan efectuado actos que revelen el ejercicio del control adquirido, tales como la remoción de directores o cambios en las políticas comerciales relacionadas con la estrategia competitiva de las empresas involucradas, no implica que Enel no se encuentre en la aptitud de hacerlo, lo cual constituye el efecto propio de haberse realizado la operación de concentración.
72. Por el contrario, las medidas dispuestas por Enel solo reflejan la potestad de disponer que se mantengan las condiciones preexistentes una vez producido el cierre de la operación, siendo que esto último es evidencia del ejercicio mismo del control que esta ostenta como resultado de la adquisición de acciones de Acciona.
73. De otro lado, aunque ha sido señalado al cuestionar la graduación de la sanción impuesta, Enel ha sostenido que inclusive no se encontraría tipificada la infracción imputada, pues el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley 26876 solo sanciona la realización actos de concentración que resulten incompatibles con las condiciones de competencia en el mercado peruano, sin obtener la respectiva autorización de la Comisión ya sea porque (i) se omitió presentar una notificación o, (ii) habiéndola presentado, no haya esperado la emisión de la decisión de autorización correspondiente.
74. El artículo 6 de la Ley 26876 establece lo siguiente:

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000343
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

75. De la revisión de dichas disposiciones, se aprecia que la interpretación planteada por la recurrente no resulta acorde con el texto del segundo párrafo de la norma, en el cual se tipifican como supuestos de infracción de manera independiente: (i) el hecho de realizar un acto de concentración omitiendo solicitar la autorización previa, (ii) llevarlo a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, (iii) realizar un acto de concentración declarado como incompatible por dañar o impedir la competencia, y, (iv) no cumplir con las medidas dispuestas por la autoridad.
76. De tal manera, nótese que en el caso de la infracción imputada y sujeta a análisis por esta Sala –supuesto (ii) – no se exige como condición típica que la operación haya sido declarada incompatible por tener como efecto dañar la competencia. La generación de efectos restrictivos de la competencia, contrariamente a lo sostenido por Enel, sólo se exige para el escenario (iii).
77. Ello obedece a que las disposiciones que buscan salvaguardar el bien jurídico competencia, como aquella contenida en el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley 26876 que es imputada a Enel, recurren a la tipificación de infracciones de peligro abstracto⁴², con la finalidad de evitar el riesgo de que se realice una operación de concentración que finalmente sea susceptible de afectar las condiciones de competencia en el mercado.
78. Aceptar la posición de la recurrente respecto a que en el artículo 6 de la Ley 26876 no se prevé una infracción para la conducta imputada, no solo resulta contraria al texto de la norma, sino que tendría como correlato incentivar a que los solicitantes realicen los actos de concentración notificados, si a su criterio, no se dañan las condiciones de competencia en el mercado, cuando lo cierto es que dicha evaluación le corresponde únicamente a la autoridad de competencia.
79. Atendiendo a lo expuesto, la Sala considera que no se realizó por parte de la Comisión una interpretación extensiva o gravosa para el administrado respecto de los alcances de la Ley 26876 al determinar la infracción imputada, ni se vulneraron con ello los principios de razonabilidad, tipicidad, legalidad y debido procedimiento que rigen el procedimiento administrativo sancionador.
80. Por el contrario, la determinación de la infracción resulta acorde con la definición de concentración contenida en el artículo 3 de la Ley 26876 y la "Teoría de los Efectos" recogida en el artículo 9 de la misma norma, toda vez que se han producido efectos en el mercado peruano (modificación de

⁴² Así por ejemplo, respecto de las infracciones de peligro, en el ámbito del Derecho Penal –derecho sancionador por antonomasia– se ha establecido que el delito de peligro abstracto "se consuma con la realización de la acción reprimida por peligrosa". Al respecto, ver: HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. 3era Edición. Lima: Grijley, 2005, p. 785.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

00034

estructura de control en empresas involucradas que operan en el Perú) que resultan sancionables conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la ley peruana (efectuar la operación sin contar con la autorización previa de la Comisión).

81. Para que se configure la infracción contenida en el artículo 6 de la Ley 26876 no se requiere que se produzcan efectos adicionales, tales como actos que sean manifestación del ejercicio del control adquirido (a manera de ejemplo, la remoción de directivos, el cambio en estrategias de negocios o planes de inversión, entre otros), siendo que basta con que se verifique la realización de la concentración para que se incurra en el supuesto típico de la norma.
82. En consecuencia, corresponde confirmar la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI que halló responsable a Enel, por infracción a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 26876, al haber realizado la operación notificada sin contar la autorización respectiva de la Comisión.

III.3. La graduación de la sanción

III.3.1 Marco teórico

83. La Ley 26876 no contempla una norma que establezca los criterios para determinar la gravedad de aquellas concentraciones realizadas luego de presentada la solicitud pero antes de obtenida la autorización. En tal sentido, ante la ausencia de un marco normativo especial de graduación de la sanción, se deben aplicar supletoriamente los criterios previstos en el régimen sancionador general contemplado en la Ley 27444.⁴³
84. El mencionado cuerpo normativo consagra en el artículo 230.3 el principio de razonabilidad como una de las pautas rectoras que debe guiar todo procedimiento administrativo sancionador, señalando que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajoso para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción⁴⁴.

⁴³ LEY 27444, Artículo 229.- Ámbito de aplicación de este capítulo.-

(...)

229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo. (subrayado agregado)

⁴⁴ LEY 27444, Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajoso para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción (...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

85. Conforme anota la doctrina, la autoridad debe asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor a las eventuales ventajas que obtenga el imputado por la comisión de las infracciones, pues de lo contrario se estaría incentivando la realización de conductas antijurídicas dada la rentabilidad de su ejecución.⁴⁵
86. De otro lado, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad, que también rige la determinación de las sanciones aplicables en el marco de un procedimiento sancionador, **constituye principalmente un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos (constitucionales o simplemente legales)⁴⁶. Se trata de una técnica que cobra especial relevancia en el ámbito sancionador⁴⁷ y a partir de la cual el juzgador puede evaluar si la intromisión estatal en el ámbito de los derechos resulta o no excesiva.**
87. Con el fin de evitar que la toma de decisiones administrativas quede sometida a la libre voluntad de las autoridades, el mismo artículo 230.3 ha fijado un listado de diversos elementos que la autoridad debe considerar al momento de establecer la sanción aplicable. La utilización debida de estos criterios, precisamente, reduce la arbitrariedad de la Administración y asegura que las multas adoptadas sean lo suficientemente desincentivadoras sin que violen el parámetro de proporcionalidad.
88. Estos criterios de graduación recogidos por el artículo 230.3 de la Ley 27444 son los siguientes:
- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

⁴⁵ Becker explica que los agentes económicos, cuando evalúan cometer una infracción, comparan esencialmente el beneficio privado que derivará de la misma, con el costo de la multa que tendrán que pagar multiplicado por la probabilidad de ser detectado y multado. De tal manera, un infractor racional incurrirá en una infracción solo si la magnitud de la sanción esperada es demasiado baja o si la probabilidad de ser detectado es reducida. Al respecto, ver: BECKER, Gary S. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, N° 2, 1968, pp. 169-217. Texto accesible en: <http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf> (página web visitada el 31 de marzo de 2011)

En la misma línea, el profesor argentino Coloma, al explicar la teoría económica de la sanción, precisa el efecto desincentivador que tienen estas sobre los infractores: "(...) la persona que infringe un determinado deber jurídico debe en ambos casos hacer frente a un costo que el derecho le impone y que implica desprenderse de una suma de dinero. Esto hace que, cuando la persona decide llevar a cabo el hecho ilícito en cuestión (o toma precauciones para que el mismo no acontezca), tiene presumiblemente en cuenta la probabilidad que esto induce de tener que erogar luego una determinada suma de dinero (en concepto de indemnización o de multa). COLOMA, Germán. "Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio". Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 256.

⁴⁶ Al respecto, ver: Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano del 9 de febrero de 2005 recaída en el Expediente 0760-2004-AA/TC (Asunto José Vidal Meza Guerra).

⁴⁷ **LEY 27444, Artículo 55.- Derechos de los administrados.-** Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes:

(...)
10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible.



- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

89. Una vez establecida la gravedad de la infracción a partir de la utilización de los referidos criterios, el juzgador deberá fijar la sanción, dentro de los umbrales permitidos por la ley. A este respecto, el artículo 6 de la Ley 26876 establece lo siguiente a propósito de la escala de sanciones aplicables:

"(...)

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

90. De una lectura del segundo párrafo del precitado artículo se aprecia que para el caso de las concentraciones que se lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión administrativa, la sanción aplicable es de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos en el año anterior a la decisión por las empresas eléctricas que desarrollan actividades en territorio nacional y que se encuentren directa o indirectamente involucradas en la concentración. Conforme a lo señalado en el acápite precedente, cabe enfatizar que en el referido artículo no se exige que la concentración sea declarada incompatible para ser sancionable, pues la norma ha considerado expresa y literalmente que resulta sancionable el solo cierre de la operación luego de presentada la notificación pero antes de la emisión de una decisión de la autoridad.

91. De tal modo, se advierte que el legislador no ha previsto que para la aplicación del parámetro sancionador del 10% de los ingresos el acto de concentración notificado sea declarado incompatible por restringir la competencia. Según se ha indicado en el apartado III.2 dedicado al análisis de la conducta imputada, este tipo infractor sanciona la mera potencial afectación que provoca sobre la competencia el que se lleve a cabo una



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000347
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

operación de concentración eléctrica antes de que la Comisión o la Sala avalen su licitud.

92. En este punto, además, es importante precisar que la utilización del umbral máximo de hasta el 10% de los ingresos brutos previsto en el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley 26876 no necesariamente derivará en la imposición de una sanción que sea mayor en todos los casos que las 500 (quinientas) UIT establecidas para los actos tipificados por el primer párrafo del mismo artículo⁴⁸.
93. En base a los criterios de graduación descritos en el punto 88, y considerando el umbral de hasta 10% de los ingresos brutos percibidos en el año anterior a la decisión de la Comisión por las empresas eléctricas que desarrollan actividades en territorio nacional, en los siguientes apartados se procederá a revisar la sanción impuesta por la primera instancia.

III.3.2 Aplicación al caso concreto

94. En su apelación, Enel ha solicitado que se declare la nulidad de la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI en el extremo de la sanción de 1000 (mil) UIT, pues pese a los diversos criterios de graduación contenidos en la Ley 27444, el único factor considerado por la Comisión fue el de intencionalidad.
95. Ante dicha alegación, se aprecia que pese a que la ley administrativa establece hasta seis criterios de graduación con la finalidad de guiar la decisión de la autoridad y eliminar así la arbitrariedad en la imposición de multas, la Comisión se ha limitado a utilizar solo el criterio de intencionalidad para estimar la multa en 1000(mil) UIT. Ello se desprende de una revisión del análisis de graduación de la sanción efectuado en la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, que se transcribe a continuación:

"Al respecto, esta Comisión resalta el hecho de que, a pesar de haber presentado su solicitud de autorización previa para una operación de concentración empresarial en el sector eléctrico peruano, Enel llevó a cabo el acto de concentración antes del pronunciamiento de la Comisión.

Es decir, la empresa infractora realizó el acto de concentración notificado conociendo de la norma que prohibía su realización; lo que implica que existió, de parte de la infractora, una deliberada intención de desconocer la Ley de Concentraciones. En consecuencia, a juicio de esta Comisión corresponde imponerle a Enel una multa ascendente a 1 000 UIT".

⁴⁸ Por ejemplo, el primer párrafo contempla como supuesto infractor el llevar a cabo la concentración sin siquiera notificar a la Comisión, lo cual parecería ser *a priori* una negligencia mayor que notificar una concentración y realizarla antes de contar con una decisión favorable.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

96. En tal sentido, se verifica que la primera instancia no ha motivado debidamente cuáles serían las razones por las cuales no ha considerado en su evaluación otros factores –inclusive alegados por la propia imputada–, tales como las eventuales medidas adoptadas por Enel a efectos de reducir el impacto del cambio de estructura en las sociedades eléctricas que controla en el Perú. Asimismo, al margen del factor de intencionalidad, la Comisión no ha acreditado que exista algún otro criterio agravante sustancial, como lo sería la existencia de un beneficio ilícito o la generación de efectos perjudiciales sobre el mercado derivados de la concentración empresarial.
97. De esta manera, se concluye que la Comisión no ha desarrollado la aplicación de los criterios recogidos en el artículo 230.3 de la Ley 27444, sea acogiendo o desestimando al menos las alegaciones que sobre el particular realizó Enel, a efectos de sustentar suficientemente por qué la sanción de 1000 (mil) UIT se ajusta al principio de razonabilidad y es útil para evitar que a la infractora le resulte ventajoso volver a incurrir en el ilícito. En atención al vicio en la motivación señalado, corresponde anular este extremo del pronunciamiento de la Comisión⁴⁰.
98. Sin perjuicio de ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley 27444, constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad administrativa, además de la declaración de nulidad, se encuentra obligada a resolver sobre el fondo del asunto si cuenta con los elementos de juicio suficientes, sin que deba devolver el expediente a la primera instancia⁴⁰.
99. La Sala ha tomado conocimiento de los hechos imputados, de las circunstancias relacionadas a la infracción y de los argumentos que sustentan la defensa de Enel en lo relacionado a la graduación. Por tanto, este colegiado cuenta con elementos de juicio suficientes y se encuentra en posición de resolver el extremo de la sanción aplicable.

40

LEY 27444, Artículo 10.- Causales de nulidad.- Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.- Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4.- Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

40

LEY 27444, Artículo 217.- Resolución

(...)

217.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000349
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

100. En relación con la *gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido*, debe tenerse en cuenta que el sistema de control de estructuras establecido en la Ley 26876 lo que pretende evitar es que se efectúen operaciones de concentración empresarial que mermen las condiciones de concurrencia existentes en el sector eléctrico y que, como consecuencia de ello, disminuya la competencia efectiva en dicho mercado⁹¹.
101. La operación de concentración realizada por Enel, pese a haberse efectuado antes de la emisión de un pronunciamiento de la autoridad, no ha causado ni es susceptible de causar daño alguno al bien jurídico competencia. Eso se desprende de la propia Resolución 058-2009/CLC-INDECOPI, por la cual la Comisión, tras evaluar las condiciones de la operación, declaró que no provocaba lesión alguna al proceso competitivo el reordenamiento de la estructura de control sometido a autorización por parte de Enel.
102. En efecto, en la referida resolución la primera instancia precisó que "(...) la operación de concentración no implica el incremento o disminución del número de agentes independientes que participan en el mercado eléctrico nacional, como es el caso del mercado de clientes libres; pues la Notificación implica un reordenamiento de la estructura de control sobre Endesa y no directamente de las actividades que ésta realiza en el Perú".
103. En tal sentido, textualmente la Comisión concluyó, en el punto 47 de su pronunciamiento, que "no existe evidencia que permita inferir que la operación de concentración notificada generará facilidades para el ejercicio de poder de mercado y/o la realización de prácticas colusorias, [sic] Por lo tanto, de concretarse la Notificación no representará problemas para la competencia y la libre concurrencia".
104. El hecho de que no se haya lesionado el bien jurídico competencia, a su vez, determina que tampoco se aprecie la existencia del segundo factor de graduación contemplado en el artículo 230.3 de la ley 27444, es decir, que se haya provocado un *perjuicio económico*. En efecto, si el daño económico ilícito producto de una concentración empresarial deriva de que la operación provoque una restricción de la competencia que disminuye la rivalidad entre empresas y afecta el bienestar de los consumidores, la existencia de una decisión administrativa autorizando el acto de concentración evidencia que este no tiene la capacidad de afectar a las demás operadoras eléctricas y clientes del sistema.

⁹¹ Para una mayor explicación sobre los intereses que protege el control de concentraciones en sectores regulados, se puede consultar: TÁVARA MARTÍN, José y Luis José DIEZ - CANSECO NÚÑEZ. "Estabilizando el péndulo. Control de concentraciones y fusiones en el Perú". En: Themis 47, 2003, pp. 168-169.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

00035

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

105. Además, es importante precisar que los clientes eléctricos "regulados" difícilmente percibirían una afectación económica pues, tal como lo señaló la Comisión, la existencia en este mercado de una fijación administrativa de precios por parte del organismo regulador, disciplinaría cualquier intento de ejercer poder de mercado. Del mismo modo, en el caso de los clientes "libres", estos tampoco serían susceptibles de afectación por parte de las empresas a través de las cuales Enel participa en el mercado peruano, dado que pueden obtener la energía eléctrica de otros proveedores, con independencia de su ubicación geográfica y su demanda de energía⁸², existiendo así una rivalidad que también disciplina la capacidad de la denunciada de ejercer su poder de mercado.
106. En cuanto al criterio de *repetición y/o continuidad* en la comisión de la infracción, esta Sala considera pertinente precisar –como ya ha sostenido en anteriores pronunciamientos⁸³– que la ausencia de reincidencia o repetición de una conducta ilícita a lo largo del tiempo no es un factor atenuante que conduzca a la disminución de la sanción a imponer.
107. Que el administrado no haya cometido con anterioridad la misma infracción refleja solo la conducta que se espera de cualquier agente que participa en un mercado. Con ello, si bien no se puede premiar a un administrado por el mero hecho que antes actuó conforme al ordenamiento, la reincidencia sí constituye un factor para agravar la situación del sancionado e imponerle una consecuencia punitiva mayor.
108. Como cuarto aspecto se puede considerar *las circunstancias de la comisión de la infracción*, factor enunciado en el artículo 230.3 de la ley administrativa. Al respecto, esta Sala estima que si bien la operación de concentración celebrada produjo un inmediato cambio en la estructura de control de las sociedades eléctricas peruanas involucradas, lo cierto es que Enel adoptó una serie de medidas societarias con el objeto de mantener el mismo *status quo* que se venía aplicando en las empresas ahora controladas, minimizando así los efectos del cambio de estructura de gestión que ya había operado.
109. En efecto, en sesión del Consejo Directivo de Endesa Latinoamérica S.A. – holding a través del cual Enel ejerce su control indirecto sobre Eepsa, Edegel, Edelnor y Chinango– del 22 de junio de 2009, dicha empresa optó por no modificar las políticas de gestión de dichas empresas eléctricas en tanto no

⁸² Los clientes "libres" también tienen libre acceso a las tarifas reguladas por el OSINERGMIN y, de tal manera, pueden adquirir energía y potencia de cualquier generador y distribuidor interconectado al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN).

⁸³ Criterio recogido en la Resolución 0077-2009/SC1-INDECOPI del 26 de febrero de 2009, correspondiente al procedimiento seguido de oficio contra Laboratorio Farmacéutico San Joaquín Roxfarma S.A.; y la Resolución 0625-2009/SC1-INDECOPI del 18 de junio de 2009, correspondiente al procedimiento iniciado de oficio contra Laboratorios Unidos S.A.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

se obtenga una autorización favorable. Así, decidió que no se modificarían los órganos de administración, no se alterarían las políticas comerciales ni se realizaría acto alguno que implique el aprovechamiento de la nueva situación de control que había adquirido respecto de las sociedades involucradas en el Perú.

110. A criterio de este colegiado, ello demuestra la voluntad de Enel de que el mercado no experimente mayores variaciones que materialicen el ejercicio "activo" del control que asumió, lo cual constituye un factor atenuante de la sanción.

111. En relación con el *beneficio ilícito*, debe recordarse que en reiterada jurisprudencia esta Sala ha definido dicho factor como "*la ganancia esperada derivada de la infracción y que, de actuar lícitamente, no se obtendría*"⁸⁴.

112. Desde una perspectiva teórica, las operaciones de concentración generan sinergias, tales como la generación de economías de escala, reducción de costos fijos al compartirse activos, reducción de costos de transacción en la toma de decisiones, entre otros. En tal sentido, las ventajas de su realización sin que aún exista una decisión favorable de la autoridad administrativa, permite que el agente infractor se beneficie anticipadamente de estas eficiencias, que hubiera obtenido con posterioridad si actuara conforme al ordenamiento y esperara a la resolución de la Comisión o la Sala.

113. No obstante ello, en el caso concreto el lapso transcurrido entre la fecha de cierre de la operación (25 de junio de 2009) y la fecha de autorización (16 de julio de 2009) es de solo 21 (veintiún) días. En un periodo tan corto difícilmente se materializan las eficiencias propias de una concentración, pues, por lo general, los beneficios derivados de las sinergias que producen este tipo de operaciones se hacen palpables en el mediano y corto plazo. Más aún cuando en un sector como el eléctrico, que demanda altas inversiones de capital, el desarrollo de cualquier proyecto o el cambio de una política comercial, demandan un alto nivel de planificación y, consecuentemente, demandan también un tiempo prolongado para implementarse.

114. Además, es preciso indicar que –conforme a lo señalado por la Comisión en la resolución de autorización de la operación– son dos las posibles eficiencias que se han identificado en el caso de Enel. Así, se precisa que la variación de la estructura de control en las empresas eléctricas peruanas reduce los costos de coordinación: (i) facilitando el planeamiento estratégico; e, (ii) incrementando los incentivos para el desarrollo de proyectos de energía.

⁸⁴ Ver Resolución 3240-2010/SC1-INDECOPI del 16 de diciembre de 2010, emitida en el procedimiento seguido por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia contra Asetup y otros; y la Resolución 0478-2011/SC1-INDECOPI del 24 de febrero de 2011, emitida en el procedimiento seguido de oficio contra Nestlé Perú S.A.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

115. No existe evidencia probatoria que demuestre que, durante el corto período infractor de 21 (veintiún) días, se haya adoptado en el seno de las empresas controladas por Enel alguna decisión que refleje una variación en la política comercial estratégica o la aprobación, modificación o cancelación de algún proyecto de energía. Más aún, conforme se indicó en líneas anteriores, Enel dio específicas instrucciones a Endesa Latinoamérica S.A. para que no implemente decisiones comerciales o modificaciones de gestión en las empresas que operan en el mercado peruano hasta que no se apruebe la autorización por la autoridad de competencia.
116. En conclusión, la Sala considera que en este caso no se cuenta con información suficiente para determinar con exactitud el beneficio ilegal generado durante el tiempo que la operación fue considerada como ilícita hasta su final autorización por la Comisión.
117. El artículo 230.3 también contempla a la *intencionalidad* como un factor de graduación. La intencionalidad está definida como el deseo o voluntad de ejecutar una determinada conducta y querer sus resultados⁶⁶. En este contexto, basta corroborar que al agente quiso realizar determinada conducta, que su voluntad estuvo encaminada a la realización de un acto concreto aún sin saber de su antijuridicidad.
118. Tal como indicó la Comisión, Enel llevó a cabo el acto de concentración de manera deliberada, pese a encontrarse tramitando un procedimiento de autorización previa al cual se sometió bajo el pleno entendimiento que su operación no podía ser realizada sin el aval de la autoridad. En consecuencia, la intencionalidad de Enel en la realización de la conducta infractora es evidente.
119. Si bien de un recuento de los elementos analizados se aprecia que no se ha determinado la existencia de una ganancia ilícita o beneficio ilegalmente obtenido que permita una cuantificación aproximada de la multa base, debe recordarse que en ejercicio de su facultad de determinación de sanciones, la autoridad administrativa se encuentra facultada a utilizar su discrecionalidad –reconocida por el Tribunal Constitucional⁶⁶–, debiendo valorar conjuntamente

⁶⁶ Como señala Nieto, "(...) basta con la voluntad de la acción, que –desde esta perspectiva– es lo único imprescindible. Es decir, que el sujeto tiene que querer el resultado (voluntariedad) aunque no sea preciso que sea consciente de la malicia del mismo y, aún así, lo desee." En: NIETO GARCÍA, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 340.

⁶⁶ En la Sentencia emitida en el Expediente 2192-2004-AA/TC, el supremo colegiado de interpretación de la Constitución, reconoció lo siguiente:

"En efecto, es en el seno de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio"



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0794-2011/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 010-2009/CLC

los demás criterios de graduación desarrollados con el fin de arribar a la multa óptima.

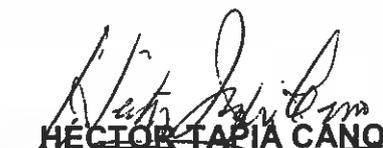
120. En tal sentido, considerando todos los factores de graduación analizados, esto es, por un lado, la ausencia de daño a la competencia y las medidas comerciales y societarias adoptadas por Enel para reducir el impacto de la infracción y, de otro lado, la existencia de intencionalidad en la comisión de la conducta y la importancia que tiene para la autoridad dar las señales adecuadas para que los agentes no realicen de manera temeraria infracciones que puedan ser susceptibles de afectar el proceso competitivo, esta Sala considera que una sanción suficientemente desincentivadora dentro del umbral permitido por el artículo 6 de la Ley 26876, consiste en imponer a Enel una multa de 100 (cien) UIT.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI del 7 de enero de 2010, en el extremo que halló responsable a Enel S.p.A. por infringir lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, al haber realizado el acto de concentración notificado el 21 de abril de 2009, luego de presentada su solicitud pero antes de que se expida una decisión por parte de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

SEGUNDO: declarar la nulidad de la Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, en el extremo que impuso a Enel S.p.A. una multa ascendente a 1000 (mil) Unidades Impositivas Tributarias e, integrándola, fijarla en 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias.

Con la intervención de los señores vocales Héctor Tapia Cano, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre, María Soledad Ferreyros Castañeda y Virginia Rosasco Dulanto.


HÉCTOR TAPIA CANO
Vicepresidente