

# Control de Concentraciones en el Sector Eléctrico y Gasista

Natalie Pérez Arangurí<sup>(\*)</sup>

*Actualmente toda la economía se encuentra interconectada superando todo tipo de barreras. Es en este escenario donde las empresas buscan ampliar su participación en el mercado y así obtener mayores beneficios y crecer económicamente. Para lograrlo utilizan diversos mecanismos y estrategias comerciales, es aquí que con el objetivo de proteger a la Competencia el Derecho interviene controlando las concentraciones empresariales.*

*El mercado eléctrico no es ajeno a este crecimiento y a dicho control, es por esto que a través del presente trabajo se busca ahondar en el tema y plantear la manera en cómo debe implementarse este control en el Perú sin que este llegue a ser perjudicial para los agentes.*

## I. Introducción

En el mundo actual, en donde la mayor parte de la economía, sino toda, se encuentra interconectada, superando fronteras territoriales, estatales o políticas, existe una clara tendencia a que las empresas (con posibilidad de hacerlo) busquen ampliar sus beneficios, como cualquier agente económico racional haría. Ello se lleva a cabo a través de diversos mecanismos o estrategias comerciales, una de las cuales es la concentración empresarial, ello entendido como veremos más adelante como la toma o cambio de control estable de una parte o de la integridad de una empresa. Lo cual claramente implica que la empresa en cuestión amplíe su cuota de participación en el mercado, volviéndose así, normalmente, más robusta económicamente y consiguiendo por tanto el fin último de cualquier agente en el mercado, tener mayores beneficios.

Es aquí donde el Derecho interviene, con la bandera de la protección a la Competencia en el mercado, exigiendo una revisión previa de las

---

(\*) Abogada egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho de los Sectores Regulados por la Universidad Carlos Tercero de Madrid..

concentraciones, de tal forma que se eviten daños al funcionamiento del mismo, los cuales replicarían en daños a los agentes que en el actúan. Es importante tener en cuenta que las operaciones de este tipo generan diversas consecuencias, es así que no implican necesariamente efectos negativos para el mercado, es por ello que el análisis previo busca dilucidar este extremo y sólo limitarla cuando genere perjuicios significativos para la competencia; como bien señala Del Guayo, López y Hancher:

*“Estas operaciones generan múltiples efectos individuales, que alcanzan a los accionistas de las compañías implicadas y a sus trabajadores, pero también al conjunto de inversores y consumidores, así como a cualquier empresa que proporcione bienes o servicios sustitutivos y complementarios, e incluso a la hacienda pública.*

*A nivel agregado, el efecto final de una operación de concentración depende de cuál es su aportación a la eficiencia de las empresas envueltas en la misma, y de hasta qué punto afecta negativamente al resto de la sociedad. Esto último depende, fundamentalmente, de su influencia sobre el nivel de competencia existente en los mercado en que operan las compañías (...)”<sup>1</sup>*

Ahora bien, el mercado eléctrico es uno de los más importantes en cualquier parte del mundo, no sólo por la relevancia del servicio que se presta y la necesidad imperante de la sociedad de contar con este, como buen servicio de interés general que es; sino que también por la elevada cantidad de dinero que dentro de este mercado se intercambia. Así cualquier cambio de control empresarial que se realice en este mercado repercutirá expansivamente en los agentes que se encuentran involucrados en este, por lo que resulta de relevancia suprema manejar con el debido cuidado su funcionamiento, claro está que ello no implicará una intervención desmesurada de la regulación, sino la mínima indispensable para que exista la debida protección.

Es así que para nadie será un secreto que una operación de concentración en el mercado eléctrico impactaría de manera económica, tanto así a las empresas implicadas en ella, como en los usuarios, competidores y demás agentes de este mercado, en suma a la sociedad en general de una u otra manera.

---

1 DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, LÓPEZ MILLA, Julián y HANCHER, Leigh, 2006. *Competencia y Regulación. Un análisis de la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA*. 1ra ed. Madrid: Editorial Dilex. ISBN 84-88910-76-2

Es por ello que a través del presente trabajo se buscará explorar las concentraciones en el sector eléctrico, iniciando por aportar una base teórica, desde la justificación de la existencia de este tipo de controles, como la regulación sobre la materia tanto a nivel comunitario como español, para posteriormente llegar a un análisis jurisprudencial de la aplicación de las disposiciones señaladas; adicionalmente se buscará extraer aportes de este tipo de regulación, ciertamente más avanzada, para el mercado peruano, de manera que se pueda comparar cómo se viene desarrollando y que puntos podrían servir en este último como lecciones aprendidas para poner en práctica, esto teniendo en cuenta que el caso peruano es bastante particular en la materia en tanto el control de concentraciones se aplica únicamente en el mercado de la electricidad.

## II. Consideraciones previas

Lo mencionado en el apartado precedente, en relación a la acción de las empresas a buscar concentraciones a efectos de generar a su vez mayores beneficios, en puridad, se encuentra acorde con las disposiciones comunitarias y nacionales en relación al modelo económico de mercado como lo son la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, la creación de un mercado común en el interior de la Unión Europea (UE) y demás disposiciones que regulan el actuar económico de los actores en el mercado. Sin embargo, esto no implica, como en cualquier rama del derecho, libertades absolutas, sino que se hace necesario contar con ciertos límites con el objeto de preservar el buen funcionamiento del mercado, en tal sentido se pronuncia Montoya Pardo, cuando señala, en relación a la maximización de beneficios de las empresas a costa de los consumidores que:

*“Este proceso se repite de manera ágil y permanente, de modo que se hace necesaria la institucionalización de mecanismos que defiendan la legitimidad y transparencia de este proceso económico, ante la posibilidad de que las empresas, gracias a su poder de mercado o a su capacidad de concretar acuerdos, puedan defraudar este andamiaje – que da sustento al sistema – y que conocemos como libre competencia.”<sup>2</sup>*

---

2 MONTOYA PARDO, Milton Fernando, 2012. *Casos de Concentraciones Empresariales en el Sector Energético Europeo*. 1ra ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. ISBN 9789587108293.

Es así que se puede resolver la duda inicial de si es correcto que el Estado limite las libertades mencionadas anteriormente con el objeto de preservar el funcionamiento correcto del mercado, entendido ello como evitar que existan abusos de posiciones dominantes o prácticas exclusorias. Ello, claramente es no solo factible, sino necesario, en tanto el Estado tiene el deber de velar por el buen funcionamiento del mercado, lo cual implica también el control de concentraciones. Sobre el particular el profesor Tomás de la Quadra sostiene que:

*“La regulación del fenómeno de las concentraciones pone a prueba la capacidad de los juristas para preservar las legítimas finalidades que el Estado moderno espera de la competencia y que, por eso mismo, no puede permitir que pueda ser puesto en peligro por una dinámica de concentraciones que conduzca a la negación de la competencia misma.”<sup>3</sup>*

Como veremos más adelante, el mercado eléctrico se encuentra regulado especialmente en tanto servicio de interés general, ello no obsta que se encuentre sujeto también a las normas de competencia, ahora bien, la aplicación de estas normas implican la existencia de un mercado en el que los agentes se encuentren sujetos a presiones competitivas<sup>4</sup>.

A efectos de comprender mejor esta afirmación, imaginemos el mercado eléctrico bajo el antiguo esquema de manejo enteramente estatal, en este escenario, la aplicación de las normas de competencia no tendrían relevancia alguna, sobre todo porque estas disposiciones vienen a realizar una función correctiva, es decir *ex post*, dejando al mercado desarrollarse y solo interviniendo cuando se detecte una vulneración a la competencia; sin embargo, a efectos de crear un ambiente pasible de ser competitivo, se incorporan los elementos regulatorios (regulación tarifaria, obligaciones técnicas mínimas, supervisión, etc.) pero también en este ámbito actúa el control de concentraciones, dando su aporte a contar con un mercado en el que la competencia esté presente.

---

3 QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la, 1999. *Prólogo [el control de las concentraciones de empresas en Europa]*. 1ra ed. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado. ISBN 84-340-1108-5.

4 GARAYAR, Emiliano, 2006. *La Política de Concentraciones en el Sector de la Energía*. En: GARAYAR, Emiliano, et al. *Control de Concentraciones Empresariales*. Madrid: Dykinson, [consulta: 07 de junio de 2016]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/control-concentraciones-sector-energia-295370>.

### III Regulación de concentraciones

El presente apartado está destinado a explorar la regulación existente en materia de control de concentraciones, iniciando por establecer qué tipo de regulación es la más conveniente (ex ante o ex post), para luego, teniendo claro ello, proceder a establecer cuál es la regulación sobre la materia, tanto a nivel comunitario como nacional, así también se realizará un comentario en relación a la regulación en la legislación peruano, ello con el fin de contar con los elementos teóricos que posteriormente ayudarán al análisis jurisprudencial comparado y al establecimiento de los posibles aportes tomados de la legislación española.

#### 3.1. La regulación de concentraciones ¿Ex ante o ex post?

Si bien en la mayoría de países es ampliamente aceptado el control de concentraciones desde una perspectiva previa a la concreción del mismo, existen algunos que no se encuentran alineados a esta visión, este es el caso de Perú, como ya veremos más adelante. Es por ello que considero relevante traer a colación los argumentos a favor y en contra de este tipo de disposiciones a fin de lograr una posición al respecto que aportará posteriormente en el sentido de qué cuestiones pueden ser tomadas para enriquecer el sistema peruano.

Así, alguno de los más fervientes defensores de que el control de fusiones o concentraciones empresariales no debe ser previo es el Doctor Alfredo Bullard, quien sostiene que introducir en el sistema legal peruano el control de concentraciones traería más perjuicios que beneficios, ello en tanto para él, el análisis que podrían realizar los funcionarios encargados no es más que una proyección o pre juzgamiento en relación al comportamiento de ciertos agentes en algo tan volátil como es el mercado, así también sostiene que no hay estudios que arrojen, de manera convincente y clara, que los controles de fusiones permiten hacer una discriminación adecuada en relación a qué concentración será positiva para el mercado y cuál no<sup>5</sup>.

Para él, las concentraciones y desconcentraciones forman parte del proceso natural del mercado, y la libertad del mercado para poder actuar, repercute en una mejora en la economía, lo cual a su vez implica mayores beneficios para los consumidores, como fin último de la normativa sobre competencia. Desde

---

5 BULLARD GONZÁLES, Alfredo, 2012. Control de Fusiones peligroso proyecto. Sentencia Previa. En: Diario El Comercio Perú. Lima.

luego, esta última idea es innegable e irrefutable; sin embargo, qué tan absoluta debe ser esta “libertad para actuar en el mercado”.

Algunos otros autores<sup>6</sup> han sostenido, en el mismo sentido, que no necesariamente una concentración implicará el abuso por parte de las empresas involucradas de su poder de mercado, incluso si este fuera bastante elevado. Ello dependerá, de diversos factores como lo son, las particularidades del mercado, los planes empresariales que tengan las implicadas, el comportamiento de la demanda, las barreras de ingreso al mercado en cuestión, entre muchos otros. Por ello, sostienen que realizar una limitación ex ante, resulta siendo un control válido pero innecesario en algunas ocasiones, podría lograrse lo mismo realizando una verificación de la actuación real de las partes en el mercado, ello no sólo evitará minar fusiones que podrían resultar positivas para la competencia, sino que implicarán ahorros en costos innecesarios (recursos estatales, tiempos, recursos de las empresas implicadas, entre otros).

En esta línea de razonamiento se sostiene que *“uno de los puntos más débiles del control de concentraciones empresariales es el mínimo resultado que tiene sobre el gran universo que pretende abarcar”, por lo que se trataría de “un enorme y costoso procedimiento preventivo para detectar posibles “enfermedades” -los efectos dañinos sobre el mercado- que afectan solamente a un porcentaje menor al 2% de pacientes que evalúa”*<sup>7</sup>.

Otros argumentos que se suman a la posición contraria al control previo de concentraciones, postulan que este tipo de actuaciones puede abrir las puertas a intervenciones políticas en el desarrollo de la economía, así también se sostiene que la incertidumbre generada por las variables decisiones sobre las concentraciones podrían llevar a un desincentivo para que los agentes inviertan, lo que a su vez podría tener un impacto negativo en la economía. Se sostiene asimismo que el control de concentraciones es poco efectivo, en tanto no controla las actuaciones anticompetitivas que los agentes podrían tener, siendo en este sentido altamente innecesaria su implementación.

---

6 ROLDAN BARRAZA, Nicole, 2012. *Control de Fusiones: Evaluando la conveniencia de su aplicación en el Perú. RAE Jurisprudencia*. Lima: dic. 2012. Pp 43 – 66.

7 QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo, 1998. ¿Rezando entre tinieblas? El credo del control de concentraciones empresariales. *Themis*. Lima: No. 39. Pp 223-235. ISSN 1810-9934.

Del otro lado, se encuentran los argumentos destinados a señalar que el control previo de concentraciones es positivo y necesario a efectos de mantener un correcto funcionamiento del mercado en competencia, asegurando que las concentraciones que se lleven a cabo se encuentren en la medida de lo posible de vicios intrínsecos. Es importante destacar que las políticas de este tipo no buscan analizar la integridad de estas operaciones sino aquellas que por su relevancia pueden causar un impacto significativo en el mercado, a tal efecto se establecen ciertos estándares sobre los cuales se procederá a realizar el control, estos estándares dependerán de lo que cada legislación establezca, de acuerdo a la realidad económica en la que se desarrollan.

Uno de los argumentos más sonados en contra del control ex ante es que este desincentivaría las inversiones y el desarrollo o fortalecimiento del mercado, al respecto se debe tener en cuenta que la prosperidad económica debe ir de la mano de actuaciones conforme a las políticas de competencia, ello no quiere decir desde luego que por el sólo hecho de tener poder de mercado está proscrita la concentración entre empresas, sino que se analizará por especialistas las posibles consecuencias. Se debe considerar adicionalmente que los controles buscan normalmente que las concentraciones se lleven a cabo, a tal efecto se prefiere establecer condicionamientos a la operación antes que rechazar de plano estas acciones, salvo se trate de actividades que sean altamente ofensivas de la competencia.

En tal sentido, los inversores no sólo tendrán la tranquilidad de que, en tanto se actúe con espíritu de competencia, su operación no debería tener ningún problema, sino que adicionalmente sabrán que actúan en un mercado en el que se vigila que las concentraciones de los agentes no creen afectaciones contrarias a las normas de juego del mercado; siendo así contrariamente a lo que establecen los detractores de esta regulación, estas aportan seguridad jurídica para los actores, en tanto saben que el “partido” se juega con árbitros que aplican reglas claras.

Como se ha señalado, únicamente serán vetadas aquellas operaciones que impliquen daños incontrolables para el mercado o la competencia, esto es usado como vimos antes para sostener que estas disposiciones resultan operativamente ineficientes, pero tengamos en cuenta que justamente esto es lo que se busca, desincentivar que los agentes realicen concentraciones con fines perversos. Es así que, mientras menos concentraciones sean rechazadas (luego de una evaluación seria) más éxitos se estarán logrando en el mercado.

Por otro lado, la actuación ex post no resulta tan efectiva como se señala en tanto si una operación de concentración realiza actividades contrarias a la competencia, deshacer la concentración, si bien materialmente factible, resulta altamente complicada en lo que a sus efectos se refiere. Tal vez este es el principal argumento para preferir un control previo, y es que una vez producido el daño será imposible revertir en su totalidad la situación al estado anterior.

Por último, en relación al argumento referido al elevado coste que implica la implementación de este tipo de controles, debemos sostener que ello no es una condición intrínseca de estos, sino que dependerá de los límites en cuotas de mercado o monetarias que se establezcan para la revisión, así *“si el límite es muy bajo los costos administrativos resultarán elevados toda vez que el número de casos sujetos a evaluación será muy alto. Por otro lado, si el límite es demasiado alto, ninguna operación se someterá al control, y por tanto el esquema resultará ineficiente”*<sup>8</sup>. Por ello, en tanto haya una fijación de los límites con una visión de la realidad y de las necesidades de la economía que se regula, los costes no deberían ser un inconveniente, claro está que también debe implementarse procedimientos simples, expeditivos y transparentes.

Es así que podemos concluir que el control previo de concentraciones, resulta un mecanismo positivo para asegurar la competencia efectiva en el mercado, siempre que se estructure de una manera adecuada, no sólo a través de cuerpos normativos que tengan muy en cuenta la realidad del ámbito de aplicación, sino también de una adecuada capacitación a los funcionarios encargados de aplicarlos, procurando de esta forma que el control de concentraciones cumpla con los objetivos que busca, es decir asegurar un mercado en competencia.

### **3.2. Nivel Europeo**

#### **3.2.1. Reglamento 139/2004**

En el ámbito europeo la regulación del control de concentraciones tiene su nacimiento en el año 1989 con el Reglamento 4064/89, el cual introdujo las

---

8 OLIVOS CELIS, Milagros K, 2012. El Control Previo de las Concentraciones empresariales en una economía social de mercado: Análisis del Caso Peruano. *Contexto Revista de Derecho y Economía*. Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Económico, Lima: N°36, pp 95 – 113. ISSN 0123-6458

normas necesarias para verificar si las concentraciones empresariales que en esos tiempos se llevaban a cabo resultaban compatibles con el mercado común, así también otorgaba competencia exclusiva a la Comisión para realizar la evaluación correspondiente, sin perjuicio de prever mecanismos de remisión entre los Estados Miembros y la Comisión. Posteriormente, el reglamento mencionado sufrió ciertas modificaciones introducidas por el Reglamento 1310/97, las modificaciones consistieron en reducir los umbrales de notificación a efectos de hacer lo propio con el número de notificaciones múltiples (presentadas en varios estados miembros).

Por otro lado, el Reglamento 1310/97 amplió el concepto de “concentración”, incluyendo en el a las empresas en participación con plenas funciones<sup>9</sup>.

Actualmente, se encuentra vigente el Reglamento 139/2004, del 20 de enero de 2004, esta norma introdujo algunas novedades a la regulación antes mencionada. En el presente apartado se expondrán las principales disposiciones en conexión con las novedades implementadas a raíz de su entrada en vigencia.

Para iniciar, el Reglamento 139/2004 define, en el artículo 1, el ámbito de aplicación, el mismo que es “*todas la concentraciones de dimensión comunitaria*”, siendo así, cabe analizar dos aristas de este apartado, por un lado qué se debe entender por “dimensión comunitaria” y qué es “concentración”. En relación a la dimensión comunitaria, el Reglamento establece una serie de umbrales y excepciones para aquellas concentraciones que sin cumplir los umbrales<sup>10</sup> también deban ser evaluados bajo las disposiciones del Reglamento. A continuación se detallan:

---

9 NAVARRO VARONA, Edurne y BACHES OPI, Sergio, 2004. El Nuevo Sistema Comunitario De Control De Concentraciones. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez* [en línea]. Madrid: N°8/2004, pp 37 - 50. [consulta: 10 de junio de 2016]. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1234/documento/trib03.pdf?id=2028>.

10 A efectos de poder tener una mayor comprensión de la tabla antes presentada, es importante tener en cuenta que, de acuerdo al artículo 5 del Reglamento, el volumen de negocios total incluirá los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios por las empresas afectadas durante el último ejercicio correspondientes a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, del impuesto sobre el valor añadido y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios. No teniendo en cuenta las transacciones que hayan tenido lugar entre las empresas contempladas en el numeral 4 del artículo 5 ya mencionado.

**Tabla 1. Umbrales Comunitarios para el Control de Concentraciones**

| <b>Dimensión Comunitaria (DC)</b> | <b>Volumen de Negocios Total</b>                                 | <b>Escala</b>          | <b>Empresas implicadas</b>                       |
|-----------------------------------|--|------------------------|--|
| DC                                | > 5000 MM €  | Mundial                | Conjunto   |
| DC                                | >250 MM €  | Comunitaria            | Individualmente (al menos 2 empresas implicadas) |
| <b>Excepción</b>                  | +2/3 volumen de negocios total comunitario en un Estado Miembro. |                        |  |
| DC                                | >2500 MM €   | Mundial                | Conjunto   |
| DC                                | >100 MM €  | c/u 3 Estados Miembros | Conjunto   |

| <b>Dimensión Comunitaria (DC)</b> | <b>Volumen de Negocios Total</b>  | <b>Escala</b>          | <b>Empresas implicadas</b>                       |
|-----------------------------------|---|------------------------|--|
| DC                                | >25 MM €  | c/u 3 Estados Miembros | Individualmente (al menos 2 empresas implicadas) |
| DC                                | >100 MM €   | Comunitaria            | Individualmente (al menos 2 empresas implicadas) |
| <b>Excepción</b>                  | c/u empresas afectadas realice +2/3 volumen de negocios total comunitario en un Estado Miembro. |                        |  |

\*Elaboración propia.

Por su parte, en lo referido a lo que se debe entender como “concentración”, el reglamento establece que este concepto implica el cambio duradero del control de la empresa como consecuencia de fusiones de empresas anteriormente independientes o de la adquisición de empresas, cabe señalar que en el numeral 4 del artículo 3, se hace la precisión de que la creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración comprendida en el concepto de “adquisición” antes mencionado.

Ahora bien, en relación a las novedades introducidas por esta norma, se debe destacar en primer lugar el nuevo criterio sustantivo para la evaluación de las concentraciones. Al respecto, se debe tener en cuenta que el Reglamento

del 89 disponía que el criterio de evaluación debía ser el de *dominancia*, el mismo que basaba el análisis en la creación o reforzamiento de una posición de dominio en el mercado o mercados afectados, verificando el perjuicio que la concentración podía causar a la estructura del mercado común<sup>11</sup>. Sin embargo, este criterio era bastante rígido a los ojos de la Comisión, en tanto era un requisito previo ineludible, cuya ausencia impedía prohibir una concentración, que pudiera afectar el mercado sin crear o reforzar una posición de dominio. Es por ello que la Comisión propone posteriormente asumir un criterio más flexible y empleado en los Estados Unidos, este es el criterio de "*disminución sustancial de la competencia*" ("*DSC*"), como su nombre lo indica lo que se analiza en este caso son los efectos que la concentración bajo análisis tendrá sobre la competencia en los mercados afectados.

De esta manera se buscaría cubrir el espacio que el criterio de *dominancia* no lograba abarcar. Finalmente, en el Reglamento 139/2004 se adoptó un criterio "híbrido" que une los dos antes explicados, así vemos que en su artículo 2 se establece que se prohíben aquellas concentraciones susceptibles de obstaculizar la competencia de forma significativa en general, haciendo una referencia expresa a la creación o reforzamiento de la posición de dominio como un ejemplo característico en donde podrían encontrarse estas obstaculizaciones; sin embargo, no limita la evaluación a ello. Siendo así, actualmente, se pueden prohibir aquellas concentraciones que sin implicar la creación o refuerzo de la posición de dominio, generen efectos dañinos para la competencia de manera relevante.

Otra novedad introducida por el Reglamento 139/2004 es que es posible que las propias partes puedan solicitar la remisión de una concentración que podría tener dimensión comunitaria a un Estado miembro o viceversa, de tal manera que la operación sea revisada por aquella autoridad que se encuentre en mejor situación para el análisis. Anteriormente, sólo estaban facultados a llevar a cabo esta solicitud de remisión los Estados Miembros y la Comisión.

En relación a los poderes de investigación, la Comisión en la actualidad tiene nuevas facultades que le permiten llevar a cabo sus funciones de manera más profunda y documentándolas operaciones con mucho más detalle. Entre las facultades introducidas se destacan<sup>12</sup>:

---

11 NAVARRO VARONA, Edurne y BACHES OPI, Sergio. Op. Cit.

12 NAVARRO VARONA, Edurne y BACHES OPI, Sergio. Op. Cit.

- a. Solicitar información a las empresas partícipes, bien mediante solicitud simple de información o mediante decisión.
- b. Entrevistar, no sólo a los representantes de las empresas, sino a cualquier persona física o jurídica que acceda.
- c. Precintar locales, libros o documentos de las empresas de manera excepcional y por un periodo limitado a lo indispensable.

La Comisión podrá adoptar determinadas decisiones frente a las operaciones analizadas, así en caso considere que la concentración cumple con las disposiciones del Reglamento, la declarará compatible con el mercado común. Otra opción es que la Comisión incorpore condiciones u obligaciones adicionales que busquen garantizar que las operaciones sean compatibles con el mercado interior. Por último, la Comisión podrá declarar incompatible una concentración en caso compruebe que esta obstaculice de forma significativa la competencia en el mercado común o impliquen comportamiento de coordinación de comportamientos entre empresas.

En este apartado, se introducen ciertas facultades a efectos de dotar a la Comisión con armas para poder actuar ante concentraciones ejecutadas cuando se hayan declarado incompatibles con el mercado común o cuando hayan sido ejecutadas contraviniendo las condiciones impuestas para la realización de la concentración en cuestión, a tal efecto podrá solicitar a las empresas la disolución total de la concentración o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, de tal forma que se restablezca la situación anterior. Por su parte, se faculta a la Comisión para adoptar medidas cautelares para restaurar la competencia efectiva en aquellos supuestos en los que la concentración sea ejecutada en contravención de la obligación de suspensión (artículo 7 del Reglamento 139/2004) que se tiene hasta antes de que se autorice la operación.

### 3.2.2. Directrices sobre la evaluación de concentraciones horizontales

Otro dispositivo de ámbito comunitario son las Directrices sobre la evaluación de concentraciones horizontales de 05 de febrero de 2004, estas en su numeral 5 señalan que:

*“El objetivo de la presente Comunicación es proporcionar orientación sobre el modo en que la Comisión evalúa las concentraciones cuando las empresas afectadas son competidores reales o potenciales en el mismo mercado de referencia”.*

En tal sentido, las Directrices buscan ser una especie de guía para las empresas que se encuentran involucradas en operaciones de concentración horizontal, así también aportan a crear cierta seguridad jurídica y predictibilidad en la aplicación del Reglamento 139/2004. Entendiendo que las concentraciones horizontales tienen mucho más riesgo de conseguir consecuencias negativas para la competencia, en tanto se trata de empresas que al estar en el mismo estadio de la cadena productiva, deberían encontrarse compitiendo, no obstante lo que se hace con las operaciones de concentración horizontal es justamente lo contrario, eliminar competidores en el mercado, trayendo consigo riesgos de aumentos de precios, reducción de calidad o estancamiento tecnológico<sup>13</sup>.

Tal vez lo más relevante de las Directrices es su previsión de dos tipos de indicadores para evaluar las concentraciones, estos son:

- a. La cuota de mercado.- Se introduce un criterio indiciario a efectos de presumir a partir de qué cuota una concentración podrá generar una obstaculización en el mercado. Así, un porcentaje de cuota de mercado superior al 50% hará suponer que existe una posición de dominio suficiente como para afectar la competencia en el mercado en cuestión, por su parte cuando nos encontremos ante una concentración que genere una cuota de mercado que no supere el 25%, se considerará que es improbable que origine una concentración que genere los efectos negativos que se buscan evitar.
- b. El índice “Herfindahl - Hirschman” (IHH).- Este índice busca medir el grado de concentración que existe en determinado mercado, específicamente la variación que hay a partir de la concentración. Al igual que el caso de la cuota de mercado, las Directrices establecen umbrales debajo de los cuales resultará improbable que existan daños a la competencia, estos son:
  - Después de la concentración se obtenga un  $IHH < 1000$ .
  - Después de la concentración se obtenga un  $IHH 1000 < 2000$ , y un  $\Delta < 250$
  - Después de la concentración se obtenga un  $IHH > 2000$ , y un  $\Delta < 150$ .

---

13 NAVARRO VARONA, Edurne y BACHES OPI, Sergio. Op. Cit.

- Cabe señalar que los umbrales de IHH se encuentran condicionados a no pocas excepciones, las cuales podrían *“desvirtuar la seguridad jurídica que la misma debería proporcionar a las empresas”*<sup>14</sup>.

### 3.2.3. Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales

Las Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales, del 18 de octubre de 2008, cubren la parte que se encontraba pendiente de desarrollar luego de las Directrices mencionadas en el numeral precedente. Así, en este documento se encuentra referido a aquellas concentraciones en las que las empresas afectadas operen en mercados de referencia distintos. El documento contiene diversas características de este tipo de concentraciones, entre las cuales, las más destacadas son:

- La probabilidad de obstaculizar la competencia de forma significativa es menor que las concentraciones horizontales, en tanto no suponen una pérdida de competencia entre las empresas que se concentran.
- Ofrecen un margen sustancial para las eficiencias significativas, las cuales serán beneficiosas para la competencia. Ejemplos de estas situaciones son: Disminución de precios y aumento de producción, en tanto la empresa integrada puede obtener mayores beneficios (internalización de márgenes dobles), disminución de costes de transacción y posibilidad de mejorar la coordinación en cuanto al diseño del producto, organización del proceso de producción y las ventas.
- La obstaculización de la competencia derivada de este tipo de concentraciones será generada a partir de la creación o consolidación de una posición dominante. A tal efecto se prevén dos formas: efectos no coordinados (bloqueo de insumos y bloqueo de clientes, para ello se evaluará la capacidad, el incentivo y el probable impacto en la competencia de los bloqueos) y efectos coordinados (entre las empresas concentradas).
- Se establecen umbrales bajo los cuales será improbable que la Comisión concluya que una concentración no horizontal será problemática para la competencia en el mercado. Sin embargo, es importante destacar que

---

14 NAVARRO VARONA, Edurne y BACHES OPI, Sergio. Op. Cit

estos márgenes no son considerados presunción legal. Los umbrales antes comentados son: cuota de mercado de la nueva entidad en cada uno de los mercados afectados es inferior a 30% y el IHH es inferior a 2,000, esto tras la concentración.

Las Directrices hacen una clasificación de las concentraciones no horizontales en dos grandes grupos:

- a. Concentraciones Verticales.- Operaciones que atañen a empresas que operan en distintos niveles de la cadena de suministro, como lo son las concentraciones entre fabricantes y distribuidores, proveedores y clientes. En el campo de los efectos no coordinados podrían encontrarse las acciones destinadas al cierre de mercado restringir acceso a productos o servicios que tienen carácter de insumos, incrementando costes en el mercado descendente, dando lugar a mayores precios para los consumidores, o impedir que los rivales reales o potenciales en el nivel superior del mercado, accedana una base suficiente de clientes y reducir su capacidad de incentivo para competir. Otro tipo de efectos no coordinados, podrían presentarse en tanto se tenga acceso a información comercialmente sensible relativa a las actividades ascendentes o descendentes de sus rivales.

Por su parte, en relación a los efectos coordinados, se darán cuando los competidores estén en condiciones sin necesidad de concluir un acuerdo en el sentido del artículo 101 TFUE, evitando así la presión competitiva recíproca normal, mediante un sistema coherente de amenazas recíprocas.

- b. Concentraciones Conglomerales.- Referidas a las operaciones que se realizan entre empresas cuya relación no es ni horizontal, ni vertical, más bien se trata de empresas que operan en mercados estrechamente relacionados, como los proveedores de productos complementarios o que pertenecen a la misma gama de productos.

Nuevamente se analizan los efectos no coordinados referidos al cierre del mercado, pueden darse como consecuencia de la combinación de productos en mercados relacionados, vinculación y venta por paquetes, utilizando para ello la sólida posición de dominio en el mercado de uno de los productos sobre el otro. De otro lado, en relación a los efectos coordinados, se debe destacar que incluso puede haber una conducta anticompetitiva, no encontrándose dentro de lo definido en el artículo 101 TFUE.

### 3.3. Nivel Español

A nivel español, el control de concentraciones se encuentra regulado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, Ley de Defensa de la Competencia, y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

Al igual que el caso de la regulación comunitaria, en el ámbito español se hacen necesarios dos elementos para que una operación se encuentre sujeta a este tipo de control, por un lado que se encuentre dentro de la definición de concentración y por otro que cumpla con los umbrales mínimos establecidos, una vez más se hace disponer de umbrales que actúen como línea de partida para considerar que una concentración podrá generar efectos negativos relevantes en el mercado. En este sentido se pronuncia MARCOS y SÁNCHEZ cuando sostienen que:

*“(...) y con el propósito de dotar de cierta seguridad y certidumbre jurídica a las empresas, se establecen unos umbrales cuantitativos que aseguren que las autoridades sólo supervisan aquellas operaciones que, por importancia relativa (i.e. por la cuota de mercado de que gocen las partes de la operación) o su volumen absoluto (cifra de negocios generada por las partes de la concentración), sean más susceptibles de alterar de modo significativo la dinámica competitiva de los mercados afectados.”<sup>15</sup>*

En relación a la definición de “concentración” la LDC contiene una definición muy similar a la establecida en el Reglamento 139/2004, así el factor principal es el cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas, haciendo referencia principalmente a los contratos de fusión, la adquisición y a la creación de una empresa en participación, tal como el Reglamento 138/2004 también menciona.

Por su parte, en relación a los umbrales, cabe señalar que en tanto se debe de evaluar la cuota de mercado que tienen las empresas involucradas en la operación, es indispensable determinar previamente el mercado relevante en el que se realizan las operaciones, ello ciertamente resulta complejo por las dificultades prácticas que ello implica, así también es importante destacar que se tratará de un criterio no objetivo en su totalidad, sino que dependerá de la

---

15 MARCOS, Francisco y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert, 2007. El Sistema de Control de Concentraciones Empresariales en la Nueva Ley de defensa de la Competencia [en línea]. Disponible en: [http://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof\\_blog/files/francisco\\_marcos.pdf](http://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof_blog/files/francisco_marcos.pdf) [consulta: 10 de junio de 2016].

interpretación que el funcionario que evalúe la operación tenga para definir el mercado relevante en cada caso.

Así para que una operación sea revisada por la CNMC, deberá previamente cumplir con, al menos, una de las siguientes características:

- Cuota en el mercado relevante a nivel resultante > 30%.
- Excepción: Volumen de negocios en España < 10 MM € + cuota de mercado (individual o conjunta) < 50%.
- Volumen de negocios global en España conjunto > 240 MM € + mínimo 2 participantes individualmente volumen de negocios > 60 MM €.

Como se puede prever, aquellas concentraciones que superen los umbrales antes mencionados y a su vez también los umbrales comunitarios, serán analizadas en el ámbito comunitario por regla general, salvo que la concentración haya sido objeto de una remisión.

Al igual que en la regulación comunitaria, en la legislación española, las empresas involucradas tienen la obligación de suspender la operación hasta que la CNMC haya resuelto favorablemente la misma (art. 9 LDC), salvo cuando se trate de una concentración que a su vez sea una oferta pública de adquisición de acciones (OPA) admitidas a negociación en una bolsa de valores autorizada por la CNMV, en este caso se podrá notificar luego de presentada la solicitud de autorización de la oferta a la CNMV. Adicionalmente a la obligación de suspensión, las empresas tienen la obligación de notificación (conjuntamente las involucradas en una fusión e individualmente la adquirente del control exclusivo de una empresa), en caso esta obligación sea incumplida, la CNMC de oficio requerirá a las partes la notificación dentro del plazo de 20 días, pasados los cuales, en caso de incumplimiento, se procederá a iniciar un expediente de control de concentraciones, sin perjuicio de las multas y sanciones que se podrán imponer por el incumplimiento de la obligación mencionada, así también estas operaciones no podrán beneficiarse del silencio administrativo positivo contemplado en el artículo 38 de la LDC.

En relación al criterio de valoración sustantiva de las operaciones de concentración, la LDC parte del mismo supuesto que el Reglamento 139/2004, es decir del criterio DSC, en tanto la CNMC valorará la *“posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado*

*nacional*”, así no se encuentra sujeta únicamente al incremento o creación de poder de mercado, teniendo así la libertad de poder evaluar aquellas concentraciones que sin cumplir con esto último puedan generar perjuicios para la competencia de manera significativa.

Por último, más allá de la decisión que la CNMC tome en relación a las concentraciones analizadas (prohibirla, autorizarla sin condicionamientos o supeditar su autorización al cumplimiento de ciertas condiciones), el Consejo de Ministros podrá en caso de rechazo o autorización con condiciones, recibir el expediente y podrá evaluarlo bajo una óptica de interés general, en la LDC se incluye un listado de criterios que el Consejo de Ministros podría emplear para justificar que una concentración debe ser autorizada teniendo en cuenta el interés general, sin embargo este listado no es limitativo, con lo cual se deja a su criterio incluir nuevos supuestos en los que la operación debería ser aprobada. Al respecto, esta herramienta resulta demasiado amplia y que inserta un elemento político en el análisis, y que en estricto debería ser puramente técnico y objetivo, así también teniendo en cuenta que el concepto de “interés general” es subjetivo, indeterminado y susceptible de ajustarse a un abanico infinito de valoraciones según las circunstancias<sup>16</sup>, esta posibilidad de revisión por el Consejo de Ministros resta en lo que a seguridad jurídica se refiere. En este sentido se pronuncia MONTOYA Prado:

*“A nuestro juicio, la consagración normativa de la intervención política en el sistema de control de concentraciones ha sido desafortunada por diversas razones. En primer lugar, de acuerdo con el Preámbulo de la LDC, la misma se sustenta en cinco principios fundamentales, entre los cuales destacamos los dos siguientes: la garantía de seguridad jurídica de los operadores económicos y la independencia en la toma de decisiones. En este sentido, la intervención del Gobierno en el control de las concentraciones económicas, es una actuación que – a nuestro entender— resulta incompatible con los dos principios anteriormente mencionados cuya defensa persigue la LDC<sup>17</sup>.”*

### 3.4. Perú

Como se adelantó en la introducción de este trabajo, en el Perú la regulación en materia de concentraciones es aún incipiente, tan es así que el único

---

16 MONTOYA PARDO. Op. Cit.

17 MONTOYA PRADO. Op. Cit.

sector que tiene normativa sobre la materia es el eléctrico, esto surgió a partir de la liberalización del sector en el año 1992, segmentando el sector en tres: (i) generación, actividad liberalizada, (ii) transmisión y (iii) distribución, estas dos últimas actividades reguladas, sujetas a la fijación tarifaria por el organismo regulador del sector (OSINERGMIN). Se dice que la justificación para que este sector en particular tenga este tipo de regulación descansa en que los precios que se establezcan en generación serán usados posteriormente para la fijación de las tarifas en transmisión y distribución, impactando así en los consumidores finales:

*“Bajo este modelo, dado que los precios de la energía eléctrica determinados en el mercado competitivo no regulado de generación son utilizados como referentes para la fijación tarifaria de distribución, la tarifa regulada a cargar a los usuarios debe aproximarse al costo económico de producir la electricidad demandada.”<sup>18</sup>*

Es así que, mediante el Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, de 18 de noviembre de 1997, se regula en el Perú las concentraciones en el sector eléctrico, cabe destacar un punto relevante, y es que la ley expresamente prevé lo siguiente:

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

Así, el control única y exclusivamente se encuentra previsto para las concentraciones verticales y horizontales, dejando de lado las concentraciones conglomerales. Esta limitación, como se ha visto no se encuentra presente en la regulación europea y española, en las que se habla de concentraciones en sentido amplio, evitando poner una camisa de fuerza a efectos de que el ente encargado de realizar las revisiones tenga la libertad suficiente para lograr el objetivo encargado, que es proteger la competencia en el mercado. Sin

---

18 SALINAS RIVAS, Sergio, 2006. La Ley Antimonopolio y Antioligopolio en el sector eléctrico: ¿sobreregulando el mercado? En: *Ius et Veritas*. Lima. Año 16, no. 33. Pp. 151 – 160.

embargo, en el Perú, esta disposición hará imposible que una concentración intersectorial o conglomeral sea controlada, ello claro está es consecuencia de que el control de concentraciones no se encuentre implementado en la generalidad de actividades, generando ello que exista el riesgo latente de que se realicen las concentraciones que tantos pronunciamientos han originado entre empresas generadoras de electricidad y empresas del sector del gas natural a nivel mundial. Recordemos que en el Perú el mercado del gas natural es bastante nuevo y recién se está implementando la masificación de este hidrocarburo. Sin perjuicio de esto, como ya mencionamos anteriormente, más temprano que tarde, el Perú se enfrentará a este problema por la alta conexión existente entre estas industrias.

A efectos de realizar el control preventivo, al igual que las normativas analizadas en los numerales precedentes, en el Perú también se imponen dos requerimientos, uno que se trate de una concentración, conforme a la definición de la ley, y el cumplimiento de ciertos umbrales en ella establecidos.

En relación a la definición de concentración, la legislación peruana hace un listado bastante amplio de las situaciones en las que se considerará que estamos ante este tipo de operaciones<sup>19</sup>, haciendo referencia como fórmula general a *“cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa”* o *“cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren”* empresas. Como se puede apreciar la definición es más extensa que la comunitaria y la española, pero carece de un elemento importante, como lo es que el cambio de control no es limitado en su ámbito temporal, dejando libre a cualquier tipo de variación en él, recordemos que a tal efecto se establece en el Reglamento 139/2004 y en la LDC que se tratará de cambios estables.

---

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

Por su parte, en relación a los umbrales, la Ley 26876, señala que ello dependerá del poder de mercado que tenga cada empresa, para cuyo cálculo se usará como base únicamente los ingresos combinados de las empresas involucradas respecto del total de ingresos de la industria, los cuales deberán ser puestos a disposición del público en una base de datos manejada por el regulador, OSINERGMIN. Como se puede apreciar, en la legislación peruana, no hay un umbral en relación a la concentración del mercado en particular, como se pretende hacer con el índice IHH a nivel comunitario. Los umbrales establecidos en el Perú son los siguientes:

- a. Concentraciones horizontales 15%
- b. Concentraciones verticales 5%

Ahora bien, el INDECOPI, entidad competente para llevar a cabo el control de concentraciones en el Perú, podrá luego del análisis considerar las operaciones de concentración como autorizadas sin condiciones, rechazadas o autorizadas sujetas a condiciones, es decir en este aspecto es similar al ámbito europeo y al español; sin embargo no se contempla la intervención de una entidad política como el Consejo de Ministros como si lo hace la normativa española.

Por último, en caso de incumplimiento de la Ley bajo análisis, el INDECOPI se encontrará facultado para podrá imponer las siguientes sanciones:

- Declarar la ineficacia del acto de concentración; es decir, dicho acto jurídico no tendrá efecto legal alguno.
- Dictar un mandato de desconcentración parcial o total para deshacer la operación de concentración, en concurrencia con una posible suspensión del derecho de voto adquirido con inobservancia de la Ley.
- Imponer una multa de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos de las empresas infractoras.

Como se puede apreciar, la legislación peruana es mucho menos desarrollada que la española y que la europea, por lo cual requiere una actualización, teniendo como modelo a normativas más avanzadas y trabajadas en base a los distintos escenarios que la aplicación en la realidad aportan.

#### IV. Sector eléctrico

A lo largo de los años, el sector eléctrico ha tenido ciertamente una evolución profunda en su manera de organización, ella de la mano también del tipo de estado que cada país tiene. En la actualidad en la mayoría de países, este sector ha sido objeto de procesos de liberalización, procurando un régimen de competencia para aquellas actividades que por su esencia lo permiten, como son la generación y la comercialización, y por su parte, aquellas actividades en las que no es posible introducir competencia, por tener características de monopolios naturales<sup>20</sup>, han sido configuradas como actividades reguladas, así también se organizan mercados mayoristas, regidos por la oferta y demanda, que son administrados por un operador independiente. Adicionalmente, de manera general el sector se encuentra supervisado por un Organismo Regulador, que como tal está pensado para gozar de independencia del Gobierno y de los agentes del mercado, a efectos de realizar un gestión adecuada.

Es así que el papel del Estado en este sector ha evolucionado de la siguiente manera:

*“(...) se ha pasado de un modelo intervencionista del Estado a un esquema de liberalización de servicios, en el que el Estado no se reserva la titularidad de estas actividades, ni las gestiona de manera directa, sino que se limita a ser un garante de unas condiciones jurídicas que se deben respetar y a velar por su cumplimiento”<sup>21</sup>.*

---

20 “(...) se dice que emerge un monopolio natural cuando la tecnología de producción, como por ejemplo costos fijos elevados, provoca que los costos totales en el largo plazo declinen al aumentar la producción. En tales industrias dice la teoría, un solo productor eventualmente será capaz producir a un costo más bajo que cualquier otro par de productores, por lo tanto creándose un monopolio “natural”. El resultado serán precios más altos si más de un productor sirve a ese mercado. Más aún, se dice que la competencia causaría inconvenientes al consumidor dada la construcción de infraestructura redundante, por ejemplo, excavaciones en las calles para el tendido de líneas dobles de gas o agua potable”. DILORENZO THOMAS J. “The myth of Natural Monopoly”, en *The Review of Austrian Economics*, Editorial Springer Netherlands, vol. 9, n2, Amsterdam, 1996. En [[http://mises.org/journals/rae/pdf/RAE9\\_2\\_3.pdf](http://mises.org/journals/rae/pdf/RAE9_2_3.pdf)].

21 MONTOYA. Op Cit.

Para algunos autores<sup>22</sup> este modelo de organización del mercado eléctrico es conocido como “regulación para la competencia”, y tiene las siguientes características:

- Separación de actividades en la industria eléctrica, como señalamos anteriormente, existe independencia entre las actividades (generación, transporte, distribución y comercialización).
- Libertad de entrada, esto limitado a aquellas actividades donde es posible la competencia (generación y comercialización).
- Libertad de contratación y formación competitiva de precios, por la ley de la oferta y la demanda.
- Libertad de acceso a las redes por parte de terceros. Este derecho implica la obligación de aquellos titulares de las actividades antes catalogadas como monopolios naturales (transporte y distribución), de permitir el acceso a terceros, penalizando la negativa, es así que los derechos de exclusiva de los propietarios sobre la red desaparecen.
- Creación de comisiones de regulación, como también se ha adelantado líneas arriba, se requiere que esta comisión sea independiente no sólo del Gobierno sino de los propios agentes del mercado. Estas Comisiones tendrán facultades regulatorias, sancionatorias, inspectivas, en general de control sobre los agentes del sector.

Es importante mencionar las características propias del sector eléctrico, características muy específicas que ayudarán a tener una visión global de por qué el mercado está organizado de la manera descrita y por tanto la razón por la que resulta de tanta importancia el control de concentraciones en el mismo. Así, a decir de DEL GUAYO, LÓPEZ y HANCHER<sup>23</sup>, estas son:

- a. La electricidad es un producto muy difícil de almacenar en grandes cantidades (y cuando ello es posible, implica un coste muy elevado).

---

22 DE LA CRUZ FERRER, J “La liberalización de los Servicios Públicos y el Sector Eléctrico”. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 369 y ss. Y ARIÑO ORTIZ, G. “Principios de Derecho Público Económico”. Editorial Colmenares, Fundación de Estudios de Regulación, Tercera Edición, Granada, 2004, pp.716.

23 DEL GUAYO CASTIELLA, LÓPEZ MILLA,y HANCHER. Op Cit.

- b. Este producto presenta gran homogeneidad.
- c. La elasticidad de la demanda es muy reducida (prácticamente nula a corto plazo), permitiendo que se pueda prever el consumo.

Teniendo clara la historia del mercado así como sus características, podemos señalar que si bien se ha buscado realizar la separación de actividades<sup>24</sup>, este mercado tiene una estructura oligopolista (pocos vendedores), lo que nos lleva a afirmar a su vez que existe gran poder de mercado por parte de los pocos agentes que en el intervienen, esto en tanto estos agentes tendrán capacidad para influir en las cantidades y precios del mercado, generando situaciones de interdependencia estratégica, o lo que es lo mismo, influencia recíproca en las tomas de decisión.<sup>25</sup>

Todo lo hasta aquí descrito, nos lleva a advertir que el sector eléctrico tiene gran concentración de por sí, en tanto su estructura oligopolista, es así que claramente, la regulación del control de concentraciones cobra especial importancia.

## V. Sector gas natural

Al igual que en el sector eléctrico, el sector gasista ha pasado por una evolución hasta llegar a tener un esquema muy similar al primero, en el que se ha introducido competencia en todos los sectores posibles, limitando los sectores regulados a los que son considerados como monopolios naturales, en los que la competencia no puede darse naturalmente. Así, las actividades en este mercado se encuentran separadas de la siguiente manera:

---

24 Las razones por las que el Mercado eléctrico cuenta con Fuertes posiciones dominantes podrían ser por un lado que antes del proceso de liberalización existían grandes concentraciones horizontales, con las que no se ha podido acabar del todo; y por otro lado, la propia reestructuración del sector ha dado lugar a diversas operaciones de fusión o adquisición. HOPE, E. "Market Dominance and Market Power in Electric Power Markets – A Competition Policy Perspective". Report to the Swedish Competition Authority. Disponible en: [http://www.kkv.se/bestall/pdf/forsk\\_rap\\_2005-3.pdf](http://www.kkv.se/bestall/pdf/forsk_rap_2005-3.pdf)

25 Según DEL GUAYO, LÓPEZ y HANCHER, la existencia de poder de mercado es consustancial a la idea de oligopolio

### Ilustración 1. Separación de Actividades en el Sector de Gas Natural



\*Fuente: BP Statistical review of world energy 2003.

El servicio del gas natural tiene ciertas particularidades, derivadas de sus especiales características tanto del producto en sí y del mercado en el que se desarrolla, específicamente podemos resaltar las siguientes:<sup>26</sup>

- Relativas al producto: homogeneidad del gas. Almacenabilidad limitada y costosa.
- Dificultades para diferenciar el producto: competencia en precio.
- Por el lado de la demanda: baja elasticidad-precio y predictibilidad de la demanda.
- Por el lado de la oferta: oferentes con cartera de contratos de aprovisionamiento. Dificultades para transmitir a la demanda las rigideces contractuales. Altas barreras de acceso.

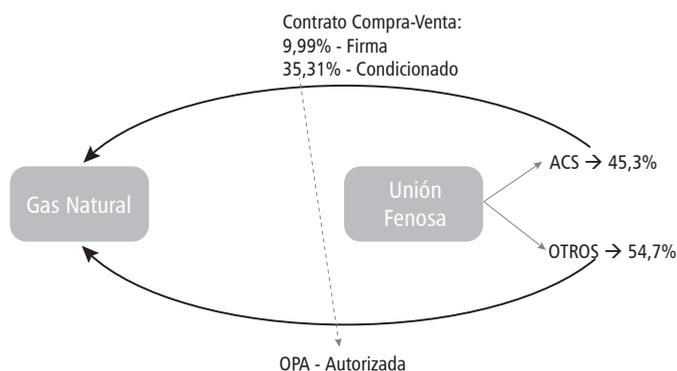
Cabe señalar también que, al igual que el sector eléctrico, el sector gasista es por naturaleza oligopolista, teniendo pocos actores en las diversas escalas de producción.

26 ATIENZA SERNA, LUIS Y DE QUINTO ROMERO, JAVIER, 2004. "Regulación y competencia en el sector del gas natural en España. Balance y propuestas de reforma". Fundación Alternativas. Disponible en: <http://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/regulacion-y-competencia-en-el-sector-del-gas-natural-en-espana-balance-y-propuestas-de-reforma>.

## VI. Desarrollo Jurisprudencial - Español: Opa Gas Natural Unión Fenosa

Tal vez la operación más reciente y relevante, de dimensión nacional, en la que se han visto involucrados los mercados eléctricos y gasíferos es la que se llevó a cabo en el año 2008, en la que participaron las empresas Gas Natural SDG S.A. (Gas Natural) y Unión Fenosa S.A. (Unión Fenosa). Es por ello, que considerando que en ella se recogen las tendencias más actuales en lo que al análisis de este tipo de operaciones se refiere considero pertinente basar el estudio en esta. Inicialmente se realizará un recuento de la operación y de las características de cada una de las empresas antes de llevarse a cabo la concentración, a efectos de determinar la relevancia que implicaba esta operación, posteriormente se comentará la evaluación de la operación y la decisión final. Contando con estos antecedentes destacaremos los elementos más novedosos o llamativos de esta operación.

### Ilustración 2. – Esquema de Adquisición de Unión Fenosa por Gas Natural



\*Elaboración propia.

#### 6.1. Características de la operación y de las empresas implicadas

La operación se inicia cuando Gas Natural notifica el 03 de septiembre de 2008, a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (DICNC), la operación consistente en que Gas Natural adquiriera el control exclusivo de Unión Fenosa. El mecanismo que Gas Natural pretendía usar para hacerse del control sería, en una primera instancia firmar un contrato de Compra Venta con la empresa Actividades de Construcción y Servicios S.

A. (ACS), con el fin de adquirir el 45.3% de las acciones de Unión Fenosa, esta adquisición se realizaría en dos partes, primero únicamente el 9,99%, a la firma del contrato, y posteriormente, a la aprobación de la operación por parte de las autoridades pertinentes se procedería con la adquisición de la diferencia, es decir del 3,31% restante del Capital Social de Unión Fenosa. Se presenta un gráfico de la estructura planteada a continuación (Ilustración 2).

En relación al posicionamiento de las empresas participantes en la concentración, en los mercados de electricidad y gas, debemos señalar que ambas tenían, en distintas proporciones, participaciones bastante relevantes, por un lado Unión Fenosa participaba con mayor importancia en el mercado eléctrico, siendo en general la tercera empresa más importante; por su parte, Gas Natural era el principal operador en el sector de gas. Veamos a continuación la distribución en detalle:

**Tabla 2. Cuota de Mercado de Unión Fenosa y Gas Natural**

| ACTIVIDAD                     | CUOTA DE MERCADO |             |
|-------------------------------|------------------|-------------|
|                               | UNIÓN FENOSA     | GAS NATURAL |
| Generación eléctrica          | 11,20%           | 6%          |
| Distribución eléctrica        | 15%              | 1%          |
| Comercialización eléctrica    | 10% - 20%        | 10%         |
| Aprovisionamiento gas natural | 10% - 20%        | 60%         |
| Distribución gas natural      | 0,10%            | 70% - 80%   |
| Suministro gas natural        | 0% - 10%         | 84%         |

\*Elaboración propia.

Como se ha podido apreciar, estas empresas contaban con gran importancia en el sector energético en general, sector que como hemos comentado líneas arriba, tiende por naturaleza a ser oligopolista, por lo que encontrar una empresa situada en el tercer lugar en el sector eléctrico implica una relevancia de proporciones, y ni qué decir de aquella situada en el primer lugar como lo es Gas Natural. Es por ello que podemos concluir que la concentración entre estas debe ser, desde luego, objeto análisis a efectos de determinar si podría traer consecuencias significativas en detrimento de la competencia en el mercado.

Teniendo en cuenta lo comentado anteriormente, la DICNC elaboró un informe que fue transferido al Consejo de la CNC (CCNC), la cual, el 07 de noviembre de 2009, dictó una Resolución en Primera Fase, disponiendo iniciar la segunda fase del procedimiento, en tanto consideró que la concentración podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional, ello conforme con lo dispuesto por el artículo 57.2 de la LDC<sup>27</sup>.

Es así que la CCNC inicia su análisis definiendo los mercados relevantes sobre los cuales la operación podría tener efectos, ya sean estos positivos, negativos o poco relevantes, para ello realiza una revisión extensa y detallada, uno a uno de los mercados posibles de cada actividad (electricidad y gas natural), tanto en el ámbito del producto como de la ubicación geográfica. Con esto definido, se procede a establecer qué posibles efectos sobre la competencia en los mercados relevantes podrían darse. A modo de resumen, se presenta la siguiente tabla en la que se apreciarán no sólo los mercados relevantes, sino también los impactos que, de acuerdo al informe de la DICNC podrían generarse como consecuencia de la concentración de Gas Natural y Unión Fenosa.

---

27 Artículo 57. ***Instrucción y resolución en la primera fase.***

1. Recibida en forma la notificación, la Dirección de Investigación formará expediente y elaborará un informe de acuerdo con los criterios de valoración del artículo 10, junto con una propuesta de resolución.
2. Sobre la base del informe y de la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictará resolución en primera fase, en la que podrá:
  - a) Autorizar la concentración.
  - b) Subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes.
  - c) Acordar iniciar la segunda fase del procedimiento, cuando considere que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional.
  - d) Acordar la remisión de la concentración a la Comisión Europea de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y el archivo de la correspondiente notificación. En este caso, se notificará dicha remisión al notificante, indicándole que la competencia para adoptar una decisión sobre el asunto corresponde a la Comisión Europea de acuerdo con la normativa comunitaria y que, por tanto, la operación no se puede beneficiar del silencio positivo previsto en el artículo 38.
  - e) Acordar el archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley.

**Tabla 3. Mercados Relevantes y Efectos sobre la Competencia – Opa Unión Fenosa y Gas Natural**

| MERCADO PRODUCTO   | MERCADO GEOGRÁFICO   | EFFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA  | ATENUADO   |
|--|--|--|--|
| Exploración, desarrollo y explotación de yacimientos   | EEE, Rusia y Argelia (mínimo). Podría ser mundial.                     | No significativos (Producción en España 1% gas consumido)  |  |
| Aprovisionamiento al país mediante contratos a largo plazo (gasoductos o GNL) entre importadores (oferentes) y suministradores (demandantes).  | EEE y países productores de cuencas mediterránea y atlántica (mínimo). | Riesgos:<br>Desaparición de competidor significativo (Unión Fenosa).<br>Suministradores con menos opciones de aprovisionamiento.   | Entrada de Medgaz, pro-competitivo. Capacidad de regasificación posibilita aprovisionamiento de GNL. |
| Trading no regulado entre suministradores (físico y financiero). GNL a corto plazo principalmente.   | Nacional (podría reducirse)  | Agrava escaso almacenamiento subterráneo y penalización exceso almacenamiento en regasificadoras:<br>Desaparición de competidor significativo (Unión Fenosa).<br>Reducción de incentivos a flexibilidad (más capacidad de almacenamiento, economías de escala e internalización de intercambios con Unión Fenosa). | - Entrada de Medgaz.   |
| Infraestructuras de la red básica de gas:<br>Importación: gasoductos internacionales y terminales de regasificación.<br>Almacenamiento: depósitos subterráneos y en terminales de regasificación.<br>Red de transporte básica de alta presión. | Nacional (podría reducirse)  | Marginal<br>No refuerza posición de dominio. Ambas participan en mismas regasificadoras y ENAGAS actúa como Operador del Sistema.<br>Independencia de ENAGAS - Gas Natural tiene 5% de participación (derechos políticos limitados al 1%).   |  |
| Redes de Distribución: desde la de transporte hasta el consumidor final.   | Regional   | Riesgos:<br>Gas Natural será el único operador de la red de distribución en varias provincias - aumenta poco su cuota de mercado pero desincentiva entrada de nuevos.  |  |

| MERCADO PRODUCTO  | MERCADO GEOGRÁFICO         | EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA   | ATENUADO  |
|---|----------------------------|--|---|
| <p>Suministro minorista: entrega a clientes finales</p>   | <p>Nacional</p>            | <p>Riesgos:<br/>Grandes Clientes y Pequeños clientes (residenciales y PYMES): Pérdida de presión competitiva significativa por desaparición de Unión Fenosa, acrecentamiento de solapamiento suministro de gas y electricidad.<br/>Centrales Ciclo Combinado: Mejora posición como demandante.</p> | <p>Grandes clientes: Mercado más dinámico y competitivo.<br/>Entrada en funcionamiento de Medgaz.<br/>No previsible estrategia de subida de precios.<br/>CCC:<br/>No aumenta su cuota como suministrador (Unión Fenosa no es oferente).<br/>Mayor autoabastecimiento de competidores por Medgaz.<br/>Gas Natural no puede modificar unilateralmente contratos de suministro existentes.<br/>Exceso oferta gas en mercado.</p> |
| <p>Mercado mayorista de producción de energía eléctrica: intercambios de electricidad en mercado organizado (spot excepto restricciones), en contratos bilaterales (físicos y financieros) en contratación a plazo.</p> | <p>Nacional Peninsular</p> | <p>- Riesgos por aumento de concentración en el mercado, incremento de probabilidad de coordinación con otros operadores dominantes (Iberdrola y Endesa).</p>  | <p>Precios spot: Mantiene tercera posición en mercado.<br/>Se prevé incremento de oferta y reducción de demanda.<br/>No incentivos para usar capacidad de afectar precio - necesario retirar mucha producción.<br/>Coordinación: No hay total simetría en carteras.<br/>Guerra de precios perjudicial para Iberdrola Endesa y nueva empresa.</p>  |

| MERCADO PRODUCTO  | MERCADO GEOGRÁFICO | EFFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA   | ATENUADO |
|---|--------------------|---|----------|
| Resolución de restricciones técnicas: asignación por el Operador del Sistema a centrales de producción de cantidades de electricidad para hacer viable la programación del mercado mayorista. | Local o Regional   | Riesgos:<br>Refuerza posición en ciertas zonas (Campo Gibraltar, Huelva, Levante Norte, etc).<br>Coincide con Iberdrola y Endesa en ciertas zonas (Cataluña) aumentando riesgo de coordinación. |          |
| Redes de Distribución de electricidad: Desde el transporte al consumidor final.   | Local o Regional   | No significativos   |          |
| Suministro minorista electricidad: entrega a clientes finales   | Nacional           | No significativos   |          |

\*Elaboración propia.

Así, en resumen podemos decir que las afectaciones principales a la competencia serían<sup>28</sup>:

- a. Reforzamiento del poder de mercado de Gas Natural en los mercados de gas españoles. En razón a:
  - Mayor tamaño e integración vertical.
  - Reducción de flexibilidad para aprovisionamiento de sus rivales.
  - Desaparición de Unión Fenosa como competidor independiente.
- b. Reducción de la competencia en los mercados mayoristas de electricidad, por el mayor grado de concentración en los mercados.
- c. Integración de dos competidores cercanos en los mercados de suministro minorista de gas y electricidad. Como consecuencia de:
  - Fuerte presencia simultánea en gas y electricidad.
  - Solapamiento de redes de distribución de gas y electricidad.

28 ABRIL, Eduardo, 2016. Presentación "Los Mercados en el Sector de la Energía: Control de Concentraciones" Master en los Sectores Regulados – Universidad Carlos III de Madrid.

Es importante destacar que la notificación realizada por Gas Natural realizó contenía propuestas de compromisos realizados por la propia empresa, con el fin de evitar los posibles daños a la competencia que pudieran generarse a partir de la operación de concentración. Los compromisos consistían básicamente en<sup>29</sup>:

- Desinvertir redes de distribución de gas natural con 600.000 puntos de distribución.
- Desinvertir una cartera de 600.000 clientes (residenciales y PYMES) de gas natural ligada a las redes de distribución desinvertidas.
- Desinvertir centrales de ciclo combinado por un total de 2.000 MW de potencia de generación de electricidad en funcionamiento.
- Desinvertir su participación del 5% en el capital social de Enagás y salir de su Consejo de Administración en el plazo de un mes.
- [...] de ENI con Unión Fenosa Gas en España.
- Mantener [...] entre GAS NATURAL y Unión Fenosa Gas Comercializadora, S.A., [...].
- Salir del Consejo de Administración de Cepsa en el plazo de un mes y no acceder a la información comercial sensible de esta empresa mientras
- REPSOL ostente el control conjunto sobre GAS NATURAL.

Adicionalmente, Gas Natural sostenía que la concentración implicaba eficiencias relacionados con ahorros de costes fijos, así también ahorros derivados del mayor poder de negociación de la entidad resultante. Al respecto, para la DICNC estas eficiencias no eran suficientemente relevantes o significativas para considerarlas suficientes para compensar los efectos negativos derivados de la concentración que se pretendía llevar a cabo,

---

29 Informe DICNC, Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*, página 139 – 140. Disponible en: <https://www.cnmec.es/eses/cnmec/ficha.aspx?num=C/0098/08&ambito=Concentraciones>

adicionalmente no había certeza de que las eficiencias fueran trasladadas a los consumidores finales<sup>30</sup>.

## 6.2. Decisión Final

En base al Informe presentado por la DICNC, el CCNC emitió la Resolución del Expediente C-0098/08, el 11 de febrero de 2009, subordinando la autorización de la operación de concentración al cumplimiento de los compromisos propuestos por Gas Natural.

## 6.3. Aspectos Resaltantes

Más allá de la decisión final que adoptó el CCNC en relación a la operación de concentración entre Gas Natural y Unión Fenosa, existen algunos aspectos destacables de la resolución y en general del procedimiento llevado a cabo en su momento.

### 6.3.1. Análisis multidisciplinario

De la resolución revisada, podemos apreciar que el CCNC emplea diversos mecanismos para llegar a la conclusión de que la operación de concentración podría tener consecuencias significativamente perjudiciales para la competencia en caso no se cumpla con las condiciones ya comentadas.

Así, nos adherimos a la posición planteada por Montoya Prado:

*“De esta manera, la combinación de diversos mecanismos de análisis, sumada al estudio de las condiciones de entrada al mercado y el contexto regulatorio/institucional del sector, aporta mayores elementos de juicio al evaluador para la toma de una decisión adecuada a la complejidad del sector.”<sup>31</sup>*

Esto es especialmente relevante en mercados como los energéticos en los que no es suficiente evaluar niveles de concentración, sino que es necesario introducir al análisis elementos propios de estos mercados, como lo son “la estructura y dinámica cambiante del mercado pertinente para el suministro

---

30 Informe DICNC Op. cit. pp125.

31 MONTOYA PRADO. Op. Cit.

de gas y electricidad, transmisión, servicios auxiliares, almacenamiento y suministro para clientes finales<sup>32</sup>.

**Tabla 4. Herramientas de Análisis empleadas por la CNC en la OPA entre Unión Fenosa y Gas Natural<sup>33</sup>**

| HERRAMIENTAS EMPLEADAS   | PRINCIPALES RESULTADOS  |
|--|---|
| Análisis de concentración (potencia total disponible)                                | HHI status quo = 1.743 HHI con fusión = 1.906<br>Variación HHI = 163<br>(inferior a umbral de CE de 250)  |
| Análisis de concentración (potencia disponible de tecnologías retirables marginales) | HHI status quo = 1.810 HHI con fusión = 2.151<br>Variación HHI = 341<br>(inferior a umbral de CE de 150)  |
| Análisis de pivotalidad  | Pivotalidad GN y UF en el status quo = 0<br>El nuevo grupo tendría un grado de pivotalidad relevante en un 5,92% de las horas (superior al umbral de 5% del test de Sheffrin) |
| Simulaciones de Energía (modelo de oligopolio)                                       | Mercado con fusión muestra aumento poco significativo del precio medio anual (aumento entre 0% y 2,6%, dependiendo del precio relativo gas natural / carbón)                  |

### 6.3.2. Análisis conjunto de diversos tipos de concentración

Como ya se ha mencionado anteriormente, existen tres tipos de concentraciones: horizontales, verticales y conglomerales; estas son agrupadas por la legislación de la UE en dos grandes grupos Horizontales y No horizontales.

De lo visto en el informe de la DICNC y de la Resolución del CCNC, podemos advertir que las autoridades hacen un análisis conjunto de los tres tipos de concentraciones, y es que en la realidad, una operación de concentración empresarial no necesariamente se limitan a un solo tipo, y es trabajo de los organismos de competencia, desmenuzar la operación a efectos de cubrir integralmente la operación y sus posibles efectos. Si bien en la Resolución no se hace explícita esta diferencia, a efectos académicos es interesante ver cómo en esta operación (y en general este tipo de concentraciones) tiene una implicancia tan amplia que abarca los tres tipos de concentraciones:

32 GUAYO LOPEZ HANCHER. Op. Cit.

33 Informe DICNC Op. cit. pp125.

a. Efectos horizontales:

- Aumento de los niveles de concentración en casi todos los mercados relevantes afectados.
- Desaparición de Unión Fenosa como competidor independiente en el mercado de gas en España.
- Mayor grado de concentración en los mercados mayoristas de electricidad.

b. Efectos verticales:

- Gas Natural adquiere mayor capacidad e incentivos para actuar estratégicamente en el mercado de generación eléctrica.
- Mayor tamaño e integración vertical en el mercado de gas en España.
- Reducción de flexibilidad para aprovisionamiento de gas de sus rivales en España.

c. Efectos de conglomerado:

- Integración de redes puede fomentar permanencia de consumidores con un mismo grupo empresarial y por tanto barreras a la entrada (fuerte presencia de gas y electricidad).
- Fuerte presencia simultánea en gas y electricidad.

Es así que la posibilidad de que la autoridad de competencia pueda controlar la generalidad de tipos de concentración, implican a su vez que le permita brindar una protección tan amplia como es necesaria de la competencia.

### 6.3.3. Intervención de autoridades distintas a las de competencia

- De la lectura de la resolución y del informe, se pueden resaltar dos hechos importantes relacionados con la intervención de las autoridades distintas a las de competencia:

- Por un lado se aprecia que la CNC solicita a la CNE su opinión en relación a la operación, a efectos de contar con sus aportes, en calidad de autoridad sectorial, cumpliendo de esta forma con el Principio de Concentración, que tantas veces hace falta en las relaciones entre las autoridades de competencia y las de regulación, y que hasta llevó a justificar para algunos la creación de la CNMC. Es así que este es un elemento destacable y que debería ser aplicado en otras evaluaciones de operaciones de concentración.
- El otro aspecto resaltante es que en esta operación, a diferencia de muchas de las analizadas anteriormente por la CNC, el Consejo de Ministros no tuvo una intervención, restando de esta manera el elemento político que en los apartados iniciales del trabajo se criticaba, es así que la resolución termina siendo, como debería, una evaluación meramente técnica, aportando de esta forma seguridad jurídica para los inversores y creando predictibilidad para la sociedad en relación a las decisiones de la autoridad en materia de concentración. Al igual que el caso anterior, consideramos que este es un aspecto a repetir en próximas ocasiones.

## **VII. Aplicación de estructura española a mercado peruano**

Como ya se ha mencionado anteriormente, el control de concentraciones en Perú no se encuentra desarrollado como en España, únicamente se ha regulado en el mercado eléctrico, limitando su aplicación a las concentraciones verticales y horizontales.

Por su parte, como se señaló en el numeral 3.1 del presente documento, es necesario que las autoridades de competencia realicen un control de concentraciones previo a que estas se lleven a cabo, principalmente porque ello evita que efectos perjudiciales significativos para la competencia se presenten, efectos que muy probablemente no puedan ser retrotraídos en su totalidad una vez producidos.

Es así que en el Perú se hace necesario implementar un sistema serio y de amplia aplicación para el control de concentraciones, sobre todo teniendo en cuenta que la economía peruana tiene una tendencia al crecimiento, lo cual implica que llegarán más inversionistas y que ello podrá dar lugar también a operaciones de concentración que podrán llevar a consecuencias negativas

para la competencia. Es así que a efectos de que la economía y el bienestar derivado de ella sea positivo no sólo para las empresas sino en general para todo el mercado, es necesario que hayan ciertas “armas” manejadas por autoridades competentes, no sólo a efectos de sancionar, sino también para desincentivar conductas que puedan ser perjudiciales.

Específicamente en el mercado energético es necesario que existan estos controles por los elementos particulares técnicos, que a su vez derivan en particularidades en el comportamiento de los agentes que se desarrollan en estos mercados, principalmente por la característica de ser oligopolistas y por el gran volumen económico que una concentración en ellos puede implicar. Es en base a ello que el propio legislador peruano introdujo la regulación de concentraciones en el mercado eléctrico; sin embargo, actualmente se hace necesario ampliar esta regulación a ámbitos que tienen las mismas características, como lo es el sector gasista. Si el razonamiento que justifica la existencia de control de concentraciones en electricidad es ampliamente aceptado, no vemos por qué esta regulación no puede ser repetida en un mercado con características generales ampliamente similares. Otra “batalla” un poco más compleja es la de introducir el control de concentraciones de manera general, pero más allá de la complejidad es necesaria.

Ahora bien, otro aspecto que debe ser considerado al implementar la regulación en Perú es que se introduzca el control de la generalidad de tipos de concentraciones, no imponiendo una limitación innecesaria, como se realiza en la legislación sobre control de concentraciones en el sector eléctrico, únicamente para concentraciones horizontales y verticales. La autoridad de competencia debe tener la flexibilidad para analizar una concentración en todas sus aristas, verticales, horizontales y conglomerales, esto dará una protección global de la competencia. Como se ha comentado, el mercado de gas en el Perú aún está en desarrollo, pero su integración con el mercado eléctrico viene ya en camino, y es imperativo que la misma se desarrolle en el marco de una sana política de competencia.

## VII. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo se han visto desde distintas ópticas la regulación en materia de control de concentraciones empresariales, aterrizando

específicamente en el sector energético, de todo lo comentado podemos proponer como conclusiones generales las siguientes:

- a. Las concentraciones empresariales pueden generar diversidad de consecuencias y estas últimas estar relacionadas con diversos agentes. En particular, en lo referido a la competencia, las consecuencias pueden ser positivas o negativas. El sistema de control de concentraciones, busca justamente limitar los efectos negativos que podrían derivarse de este tipo de operaciones, salvaguardando la competencia efectiva en los mercados implicados.
- b. Existen dos formas que implementar el sistema de control de concentraciones empresariales, *ex ante* y *ex post*. El primero de ellos es el aceptado en la mayoría de legislaciones, entendemos que por ser más beneficioso para la competencia. Si bien existen múltiples argumentos a favor y en contra de uno y otro, pero en suma, podemos concluir que el sistema de protección *ex ante* brinda una mejor protección a la competencia, siempre que se estructure sobre una base jurídica seriamente elaborada y que haya una correcta capacitación a los funcionarios encargados de su aplicación. El control de concentraciones *ex ante* resulta positivo sobre todo teniendo en cuenta que las consecuencias de una concentración muy difícilmente podrán ser revertidas en su integridad; así también, se debe tener en cuenta que el impacto disuasivo que este tipo de control tiene, puede llegar a ser positivo y hasta educativo para los inversores.
- c. Una de las principales críticas al control *ex ante* de concentraciones es que las agencias de competencia deben hacer un ejercicio de adivinación en relación a los efectos que una concentración podrá causar en el mercado; sin embargo podemos sostener que (i) las operaciones sujetas al control es un universo limitado, ello en base a los umbrales establecidos por cada legislación; (ii) los profesionales encargados de este control cuentan cada vez con más herramientas de diversa índole que los ayudan a determinar si una operación de gran envergadura podrá o no causar efectos perjudiciales para la competencia, desde luego no es un trabajo sencillo sin embargo es posible; (iii) esto es tan factible que las propias empresas implicadas en las operaciones de concentración pueden proponer las condiciones que a su juicio pueden ser necesarias para no afectar la competencia.

- d. La intervención política en el control de concentraciones es altamente perjudicial, en tanto no aporta seguridad jurídica, ni predictibilidad a los agentes que pudieran verse sometidos a esta regulación, es por ello que resulta sumamente recomendable que el control se base en elementos puramente técnicos.
- e. El control previo de concentraciones debe implementarse en el Perú de modo que el funcionario encargado pueda llevar a cabo un control global, es así que esta deberá no sólo abarcar los diversos mercados, sino que deberá poder recoger todos los tipos de concentración que se pudieran dar.

## IX. Bibliografía

DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, LÓPEZ MILLA, Julián y HANCHER, Leigh, 2006. *Competencia y Regulación. Un análisis de la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA*. 1ra ed. Madrid: Editorial Dilex. ISBN 84-88910-76-2.

MONTOYA PARDO, Milton Fernando, 2012. *Casos de Concentraciones Empresariales en el Sector Energético Europeo*. 1ra ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. ISBN 978958710829 3.

QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la, 1999. Prólogo [el control de las concentraciones de empresas en Europa]. 1ra ed. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado. ISBN 84-340-1108-5.

GARAYAR, Emiliano, 2006. La Política de Concentraciones en el Sector de la Energía. En: GARAYAR, Emiliano, et al. *Control de Concentraciones Empresariales*. Madrid: Dykinson, [consulta: 07 de junio de 2016]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/control-concentraciones-sector-energia-295370>.

BULLARD GONZÁLES, Alfredo, 2012. Control de Fusiones peligroso proyecto. Sentencia Previa. En: *Diario El Comercio Perú*. Lima.

ROLDAN BARRAZA, Nicole, 2012. Control de Fusiones: Evaluando la conveniencia de su aplicación en el Perú. *RAE Jurisprudencia*. Lima: dic. 2012. Pp 43 – 66.

QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo, 1998. ¿Rezando entre tinieblas? El credo del control de concentraciones empresariales. *Themis*. Lima: No. 39. Pp 223- 235. ISSN 1810-9934.

OLIVOS CELIS, Milagros K, 2012. El Control Previo de las Concentraciones empresariales en una economía social de mercado: Análisis del Caso Peruano. *Contexto Revista de Derecho y Economía*. Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Económico, Lima: N°36, pp 95 – 113. ISSN 0123-6458.

NAVARRO VARONA, Edurne y BACHES OPI, Sergio, 2004. El Nuevo Sistema Comunitario De Control De Concentraciones. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez* [en línea]. Madrid: N°8/2004, pp 37 - 50. [consulta: 10 de junio de 2016]. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1234/documento/trib03.pdf?i d=2028>.

MARCOS, Francisco y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert, 2007. El Sistema de Control de Concentraciones Empresariales en la Nueva Ley de defensa de la Competencia [en línea]. Disponible en: [http://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof\\_blog/files/francisco\\_marcos.p df](http://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof_blog/files/francisco_marcos.pdf) [consulta: 10 de junio de 2016].

SALINAS RIVAS, Sergio, 2006. La Ley Antimonopolio y Antioligopolio en el sector eléctrico: ¿sobreregulando el mercado? *Ius et veritas*. Lima. Año 16, no. 33. Pp. 151 – 160.

DE LA CRUZ FERRER, J “La liberalización de los Servicios Públicos y el Sector Eléctrico”. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 369 y ss. Y ARIÑO ORTIZ, G. “Principios de Derecho Público Económico”. Editorial Colmenares, Fundación de Estudios de Regulación, Tercera Edición, Granada, 2004, pp.716.

HOPE, E. “Market Dominance and Market Power in Electric Power Markets – A Competition Policy Perspective”. Report to the Swedish Competition Authority. Disponible en: [http://www.kkv.se/bestall/pdf/forsk\\_rap\\_2005-3.pdf](http://www.kkv.se/bestall/pdf/forsk_rap_2005-3.pdf)

ATIENZA SERNA, LUIS Y DE QUINTO ROMERO, JAVIER, 2004. “Regulación y competencia en el sector del gas natural en España. Balance y propuestas de reforma”. Fundación Alternativas. Disponible en: <http://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/>

regulacion-y-competencia-en-el-sector-del-gas-natural-en-espana-balance-y-propuestas-de-reforma.

ABRIL, Eduardo, 2016. Presentación *“Los Mercados en el Sector de la Energía: Control de Concentraciones”* Master en los Sectores Regulados – Universidad Carlos III de Madrid.

Informe DICNC, Expediente de Concentración C/0098/08, Gas Natural/Unión Fenosa. Disponible en: <https://www.cnmc.es/es-es/cnmc/ficha.aspx?num=C/0098/08&ambito=Concentraciones>.

**ABREVIATURAS**

|           |   |
|-----------|---|
| LDC       | Ley de Defensa de la Competencia  |
| CNMC      | Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia  |
| MM €      | Millones de Euros   |
| TFUE      | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea   |
| IHH       | Índice “Herfindahl-Hirschman”   |
| DSC       | Disminución Sustancial de la Competencia  |
| DC        | Dimensión Comunitaria   |
| OPA       | Oferta Pública de Adquisición   |
| CNMV      | Comisión Nacional del Mercado de Valores  |
| OSINERMIN | Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería Perú  |
| INDECOPI  | Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Perú |
| DICNC     | Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia                                  |
| ACS       | Actividades de Construcción y Servicios S.A.  |
| CCNC      | Consejo de la CNC   |
| CNC       | Comisión Nacional de la Competencia   |
| CNE       | Comisión Nacional de la Energía   |