



Percy Samaniego



Control de estructuras en el sector eléctrico: Algunas lecciones aplicables a la Nueva Ley General de Concentraciones Empresariales



1. INTRODUCCIÓN

Las agencias de competencia a nivel mundial, por lo general, cuentan con al menos tres herramientas para proteger la libre competencia en el mercado, estas son: el control de estructuras, el control de conductas y la abogacía de la competencia.

El control de estructuras tiene por objeto evaluar *ex ante* determinadas operaciones de concentración a fin de determinar si pueden afectar las condiciones de competencia teniendo en características del mercado. Por su parte, el control de conductas tiene por objeto evaluar *ex post* la forma cómo los agentes en el mercado actúan a fin de sancionar prácticas colusorias o el abuso de posición de dominio.

Adicionalmente, existe consenso en que la intervención de la agencia de competencia no se limita a aplicar la ley, sino que también que dicha autoridad está facultada a promover la competencia y, en específico, abogar por ella. Esta función es la denominada abogacía de la competencia que “se refiere a aquellas actividades realizadas por la autoridad de competencia, relacionadas con la promoción de un entorno competitivo para las actividades económicas, a través de mecanismos distintos a los de exigir el cumplimiento de la ley (*enforcement*), principalmente mediante sus relaciones con otras entidades gubernamentales y para aumentar la conciencia pública sobre beneficios de la competencia” (Grupo de Trabajo sobre Abogacía, 2002).

En nuestro país el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) ha vigilado la libre competencia a través del control de conductas, en base a lo establecido, inicialmente, en el Decreto Legislativo No. 701, Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Dicha norma fue la primera en nuestro ordenamiento en combatir las prácticas contrarias a la libre competencia y se mantuvo vigente hasta julio del 2008, mes en el que entró en vigor el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Esta última norma es la que actualmente contiene las disposiciones vinculadas a la persecución de conductas contrarias a la libre competencia.

En lo que respecta a la abogacía de la competencia, durante la vigencia del Decreto Legislativo 701, la Comisión de Libre Competencia ya ejercía esta facultad en sus decisiones (Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI, 2004). Así, por ejemplo, la referida autoridad consideró que, en un caso particular, la actuación del Estado, a través de sus autoridades, estaba generando un contexto que no era deseable para la competencia. Posteriormente, con el Decreto Legislativo 1034, y en particular con la modificación del Decreto Legislativo 1205, se otorgó facultades a la Comisión para elaborar informes realizando recomendaciones a entidades de la administración pública. Además, se dispuso que dichos informes sean enviados a las entidades involucradas las cuales están obligadas a responder - en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles desde su notificación, bajo responsabilidad - explicando su posición en relación con las propuestas planteadas por la Comisión. Las recomendaciones también serán comunicadas a la Presidencia del Consejo de Ministros y al Ministerio de Economía y Finanzas.

Por su parte, en lo que se refiere al control de estructuras, a partir de la publicación de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (en adelante, LASE) se establece un 'procedimiento de autorización previa' con el objeto de evaluar aquellos actos de concentración que se realicen únicamente en el mercado eléctrico peruano. Esta situación cambió en junio de este año en virtud de la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (en adelante, Ley de Concentraciones) que dispone – por primera vez en nuestra historia- el control de concentraciones empresariales en todos los sectores económicos. Si bien es cierto la Ley de Concentraciones – una vez en vigor- derogó la LASE, no es menos cierto que esta última norma, luego de cerca 24 años de aplicación, nos ha dejado ciertas lecciones que podemos trasladar al nuevo régimen de control de estructuras.

2. ALGUNAS LECCIONES DE LA LASE

A continuación, a partir de la evaluación realizada por la autoridad en casos concretos en el sector eléctrico, presentaremos algunos criterios usados por el Indecopi cuando aplicó la LASE pero que, en nuestra opinión, pueden ser de utilidad también durante la vigencia de la reciente Ley de Concentraciones.

2.1. Metodología: análisis cualitativo y análisis cuantitativo

Una primera lección que se podrá extrapolar para aplicar la nueva Ley de Concentraciones es la metodología utilizada consistentemente por el Indecopi para determinar si una operación en concreto debía ser notificada, previamente a su realización, de acuerdo con las exigencias de la LASE.

Al respecto, en reiterada jurisprudencia el Indecopi estableció que para determinar si una operación debía ser obligatoriamente notificada se requería realizar dos tipos de análisis: (i) uno cuantitativo, para establecer si las empresas involucradas superan los umbrales previstos en la LASE; y, (ii) otro cualitativo, con el objeto de determinar si la operación analizada podía ser calificada como un ‘acto de concentración’ en términos de la referida norma. Si la operación analizada superaba ambos análisis entonces se concluía que la operación estaba dentro del ámbito de aplicación de la LASE y, por ello, los agentes intervinientes debían notificar la operación y el Indecopi debía evaluar su impacto en el mercado eléctrico.

Esta metodología puede seguir siendo usada a fin de determinar la obligación de notificar una operación de acuerdo con la nueva Ley de Concentraciones. En efecto, los agentes económicos deberán analizar si la operación analizada puede ser considerada como un acto de concentración según se define el artículo 5.1 de la Ley de Concentraciones⁴¹; es decir, si dicha operación supone la transferencia o cambio de control de un agente económico que realiza actividades en el país (análisis cualitativo) y luego, solo en caso que se supere el anterior análisis, se deberá realizar el análisis cuantitativo que consistirá en calcular si los agentes intervinientes en dicha operación superan – de manera concurrente- los dos umbrales previstos en el artículo 6 de la Ley de Concentraciones⁴². Si se verifica

⁴¹ “Artículo 5. Operaciones de concentración empresarial

5.1 Es todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella (..)” (Congreso del Perú, 2021)

⁴² De acuerdo con el artículo 6 de la Ley de Control de Concentraciones se deben cumplir simultáneamente los siguientes umbrales:

“Artículo 6. Umbral para el control previo de operaciones de concentración empresarial

6.1 Una operación de concentración empresarial se sujeta al procedimiento de control previo cuando de manera concurrente se cumpla lo siguiente:

a. La suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a ciento dieciocho mil (118 000) unidades impositivas tributarias (UIT).

que efectivamente se superan los dos umbrales podremos concluir que la operación de concentración debe ser notificada obligatoriamente al Indecopi⁴³.

Es importante recalcar que los análisis antes descritos – sin importar el orden – deben ser superados de manera concurrente para que la operación se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Concentraciones.

2.2. La determinación del control. Manifestaciones y tipos

Un aspecto clave para la aplicación de las normas sobre concentraciones empresariales es determinar si una operación genera un cambio de control en uno o más agentes económicos y también los efectos que la operación puede tener en la estructura del mercado. A diferencia de la norma vigente⁴⁴ la LASE no contaba con una definición de ‘control’ por lo que, a nivel reglamentario, se remitió a la regulación emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP⁴⁵ para llenar ese vacío.

La definición de control que fue usada cuando estaba vigente la LASE y la que actualmente se halla contenida en la Ley de Concentraciones hay estrechas similitudes pues ambas, al establecer qué debe entenderse por control, ponen énfasis en la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que son de mucha utilidad -y muy didácticos – diversos pronunciamientos-que se detallan más adelante- emitidos por el Indecopi en el que se analizan los aspectos más relevantes sobre el control, sus tipos y la forma cómo este se puede materializar. Estos criterios, adoptados cuando se aplicaba la LASE, también pueden ser utilizados para entender la nueva Ley de Concentraciones.

b. El valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial hayan alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a dieciocho mil (18 000) unidades impositivas tributarias (UIT) cada una.” (Congreso del Perú, 2021).

⁴³ Una de las novedades que trae la Ley de Concentraciones es que los agentes económicos pueden realizar una notificación voluntaria cuando la operación de concentración no supere el análisis cuantitativo; es decir, cualquiera de los dos umbrales previstos en la norma.

⁴⁴ “Artículo 3. Definiciones

Para efectos de la aplicación de la presente ley, se tienen en cuenta las siguientes definiciones:(...)

2. Control: Es la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico mediante (i) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa, o (ii) derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, determinando directa o indirectamente la estrategia competitiva” (Congreso del Perú, 2021).

⁴⁵ “Artículo 9.- Control

Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de la persona jurídica” (Superintendencia de Banca y Seguro, 2000)

a) Características del Control

Al igual que en muchas otras jurisdicciones en nuestro país se exige que la operación evaluada, para ser considerada como un acto de concentración, genere un cambio de control permanente y que éste suponga la posibilidad de tener influencia decisiva en el quehacer comercial de una empresa.

Sobre la necesidad de que el cambio de control sea permanente o continuo, la Sala ha señalado “que se refiere a la existencia de un cambio estable y duradero en la estructura de control. Para que un cambio sea permanente será preciso que la nueva situación de las empresas involucradas refleje una unidad de dirección no transitoria, es decir, que exista un verdadero grupo que pueda ofrecer comportamientos estratégicos comunes de forma no ocasional” (Resolución 0794-2011-SC1-INDECOPI , 2011, pág. 12).

Por su parte, con relación a que la modificación de control- como consecuencia de la operación- debe producir un cambio decisivo o preponderante, la Sala, siguiendo decisiones de la autoridad europea, ha señalado 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” (Resolución 0794-2011-SC1-INDECOPI , 2011, pág. 12). De ello se sigue – continúa la Sala- que la adquisición de control implica la adquisición de un nivel de injerencia respecto de la estrategia competitiva de una empresa.

Para determinar en un caso concreto el régimen de control en una empresa y luego evaluar si éste varía con ocasión de la operación de concentración notificada, la Comisión (Resolución 016-2006/CLC-INDECOPI, 2006) (Resolución 034-2014/CLC-INDECOPI, 2014) ha tomado en cuenta los siguientes aspectos:

- El número de accionistas titulares de las acciones de la empresa que será objeto de la concentración (y su participación);
- Qué decisiones puede adoptar la JGA según estatutos o convenio de accionistas;
- El mecanismo de elección de los directores en la Junta General de Accionistas; y,
- El quórum y mayorías establecidas en su Estatuto (respecto del directorio). En este último punto también analiza las decisiones que pueden adoptarse según el número de directores.

Es importante anotar que, de manera ejemplificativa, la Sala ha enumerado algunas decisiones relevantes para el derecho de la competencia y,

consecuentemente, aquellas que otorgan el control de la empresa. Estas son: 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) (Resolución 0794-2011-SC1-INDECOPI , 2011, pág. 12).

Por su parte, la Comisión ha detallado una lista referencial que llevarían a concluir que se ostenta control: “decisiones tales como la dirección y administración del negocio, la aprobación de la gestión y de los resultados económicos, la definición del programa de inversiones, la aprobación del presupuesto, la apertura de sucursales y agencias, la autorización de actos o contratos que involucren un valor económico equivalente a US \$ 100,000 dólares, etc.” (Resolución 002-1998-INDECOPI-CLC, 1998, pág. 3)

Por el contrario, para la Secretaría Técnica las siguientes decisiones no implican ostentar el control de una empresa pues están relacionadas a la propia existencia de la empresa y se encuentran referidas en gran medida a la protección de los intereses de las minorías dentro de una sociedad, por lo que los estatutos sociales les confieren derechos de veto sobre ellas, para defender sus inversiones. Así, por ejemplo, modificación de estatutos, aumento o reducción del capital, liquidación o venta de la empresa o inversiones menores (Informe 011-2001-INDECOPI-CLC, 2001).

b) Formas de control

El Indecopi, al igual que en otras latitudes, ha señalado que el control puede ser exclusivo o conjunto (Resolución 034-2014/CLC-INDECOPI, 2014)⁴⁶. El primero de ellos implica, según la referida autoridad, que una sola persona pueda ejercer individualmente influencia decisiva en el desempeño competitivo de la empresa, sin requerir para ello de otros factores o voluntades. Ello sucedería, por ejemplo, cuando un único accionista, gracias a su participación, puede designar a los miembros del directorio y/o principales funcionarios que son los que establecerán las políticas comerciales y estrategia de la empresa.

En suma, la estrategia comercial dependerá de una sola voluntad (el accionista mayoritario o aquel que tenga derechos para ello) sin requerir el concurso de los otros. La posibilidad de decidir unilateralmente la marcha comercial de la empresa es la característica más relevante este tipo de control.

Por su parte, el control conjunto se dará cuando dos o más personas tienen la posibilidad de ejercer influencia decisiva en la marcha estratégica de la empresa.

⁴⁶ Cabe indicar que en dicho pronunciamiento se hace referencia a otras resoluciones en las que se adoptó el mismo criterio. Estas son: (Resolución 016-2002-INDECOPI/CLC, 2002), (Resolución 016-2006/CLC-INDECOPI, 2006), (Resolución 058-2009/CLC-INDECOPI, 2009), entre otras.

En este escenario, las decisiones vinculadas con la estrategia competitiva deben ser adoptadas de manera conjunta entre dos o más personas ya sea porque estas tienen una participación accionaria en la empresa que le otorga derechos equivalentes para tomar decisiones vinculadas con el negocio o debido a que han suscrito un pacto de accionistas en los que se ha estipulado que la toma de decisiones debe ser consensuada entre dos o más accionistas (Resolución 019-2019/ST-CLC-INDECOPI, 2019).

El control conjunto también se presenta cuando uno de los accionistas tiene la posibilidad de bloquear o vetar determinadas decisiones (control negativo) que están relacionadas con la estrategia de la empresa. En estos casos quien usualmente ostenta esta prerrogativa es un accionista minoritario que, pese a tener esa cualidad dentro de la empresa, tiene el suficiente poder para bloquear algunas decisiones o nombramiento de su socio mayoritario.

Cabe indicar que el control conjunto no solo puede deberse a razones jurídicas como las comentadas porque es posible, y así lo ha admitido el Indecopi, que “independientemente de los estatutos u otros acuerdos formales entre los accionistas, un agente económico puede en la práctica influenciar la estrategia competitiva de otro, ejerciendo dicho control en función a una serie de situaciones de hecho”. (Resolución 019-2019/ST-CLC-INDECOPI, 2019, págs. 21-22).

Identificar el tipo de control (es decir, si nos encontramos ante un control exclusivo o un control conjunto) no es algo meramente académico pues su utilidad práctica es claramente verificable. Así, por ejemplo, la identificación del tipo de control que existe en una empresa podría ayudarnos advertir que el paso de control conjunto a control exclusivo puede ser un acto de concentración sujeto a aprobación si se cumplen los otros requisitos exigidos por la Ley de Concentraciones⁴⁷.

Adicionalmente, a diferencia de la LASE, la Ley de Concentraciones hace referencia al ‘control conjunto’ para precisar, en el literal c del artículo 5.1⁴⁸, que este deberá presentarse para considerarse como un acto de concentración cuando dos empresas competidoras constituyen una empresa en común o suscriben un acuerdo asociativo. Lo mismo sucede en el artículo 18, cuando establece quiénes

⁴⁷ A manera de ejemplo: (Resolución 058-2009/CLC-INDECOPI, 2009) (Resolución 027-2011/CLC-INDECOPI, 2011) y (Resolución 034-2014/CLC-INDECOPI, 2014).

⁴⁸ “Artículo 5. Operaciones de concentración empresarial

5.1 Es todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella. Dichas concentraciones pueden producirse a consecuencia de las siguientes operaciones:
(...).

c. La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí de una empresa en común, joint venture o cualquier otra modalidad contractual análoga que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos, de tal forma que dicho agente económico desempeñe de forma las funciones de una entidad económica autónoma.” (Congreso del Perú, 2021)

están obligados a presentar la solicitud de autorización en el caso que la operación que se ejecute supongan la adquisición de un control conjunto⁴⁹.

Por su parte, el reglamento de la Ley de Concentraciones también se refiere al paso de control exclusivo del control conjunto como una operación notificable a través del procedimiento simplificado que permitirá una decisión, en principio, más rápida⁵⁰.

Como se puede advertir, los criterios utilizados en aplicación de la LASE respecto del control, la forma cómo se materializa y el tipo podrán ser usados, en nuestra opinión, cuando se aplique la nueva Ley de Concentraciones.

2.3. Oportunidad de notificación: ¿Puedo cerrar la operación y no ejecutar actos de control mientras culmina la evaluación de la autoridad?

Tanto la LASE como el régimen actual -previstos por la vigente Ley de Concentraciones⁵¹- establecen un control ex ante, es decir, previo de los actos de concentración. En esa línea, expresamente ambas normas establecían la obligación de obtener la autorización del Indecopi antes de que la operación de concentración sea ejecutada. Incluso, en caso de incumplimiento, ambas normas preveían sanciones a quienes hubieran ejecutado la operación sin solicitarla

⁴⁹ “Artículo 18. Agentes económicos que presentan la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial

Tratándose de una operación de concentración empresarial que constituya una fusión o adquisición de un control conjunto, la solicitud de autorización se presenta de manera conjunta por los agentes económicos intervinientes en dicha operación. En los demás casos, la solicitud se presenta por el agente económico que adquiera el control de la totalidad o de parte de uno o varios agentes económicos” (Congreso del Perú, 2021).

⁵⁰ “Artículo 10. Procedimiento administrativo de solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial

10.1 Los agentes económicos pueden presentar la solicitud simplificada de autorización de la operación de concentración empresarial cuando se cumpla alguno de los siguientes supuestos:
(...)

b) Cuando la operación de concentración empresarial genere que un agente económico adquiera el control exclusivo de otro agente económico sobre el cual ya tiene el control conjunto” (Poder Ejecutivo, 2021).

⁵¹ “Artículo 10. Efectos de las concentraciones empresariales sujetas a solicitud de autorización

10.1 Una operación de concentración empresarial que deba ser sometida al procedimiento de control previo conforme a lo dispuesto por el numeral 6.1 del artículo 6 no surte efecto jurídico” (Congreso del Perú, 2021)

“Artículo 23. Inejecución de las operaciones de concentración empresarial sujetas a control previo

23.1 La ejecución de las operaciones de concentración empresarial comprendidas en el numeral 6.1 se suspende hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo.

23.2 La ejecución de una operación de concentración empresarial comprendida en el numeral 6.1, sin haber presentado la solicitud de autorización correspondiente o sin haber esperado hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo, acarrea la nulidad de los actos que se deriven de dicha ejecución, los cuales no surten efectos jurídicos, sin perjuicio de las consecuencias legales que se apliquen, según lo previsto por la presente ley y su reglamento.

23.3 Tratándose de una operación de concentración empresarial comprendida en el numeral 6.1 que se realice a través de una oferta pública de adquisiciones en el mercado de valores, es requisito previo el pronunciamiento de la entidad competente para que los agentes económicos puedan iniciar el procedimiento respectivo ante la Superintendencia del Mercado de Valores. Asimismo, obtiene el pronunciamiento previo de la autoridad competente para realizar la operación de concentración empresarial que origine la obligación de formular una oferta pública de adquisición posterior.” (Congreso del Perú, 2021).

autorización de la autoridad o sin esperar que ésta se pronuncie luego de la notificación.

Más allá de las prohibiciones expresas previstas en las normas consideramos relevante comentar un procedimiento seguido hace algunos años en el que se sancionó a una empresa por haber ejecutado una operación de concentración empresarial sin haber esperado la decisión de la autoridad. Si bien la empresa investigada reconoció que la operación de concentración se había ejecutado en el extranjero afirmó que los efectos en el país de la operación no se habían materializado debido a que no se habían realizado cambios en la administración de las empresas peruanas involucradas en la operación ni se habían adoptado decisiones sobre la gestión de éstas. Por ello, en su entendimiento, en la medida que tomó las medidas correspondientes la operación de concentración no había sido capaz de afectar las condiciones de competencia en el mercado peruano.

Al respecto, tanto la Comisión como la Sala coincidieron que, por definición, un acto de concentración nacía únicamente con la modificación de la estructura de control como consecuencia de la operación sin que sea relevante si el adquirente ejerza o no las facultes adquiridas gracias a la operación. En suma, era suficiente verificar – para efectos de la LASE- que producto de la operación se había modificado la estructura del control y que el adquirente podía ejercitar potencialmente el control adquirido.

Sobre el particular, de manera enfática la segunda instancia señaló que “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”. (Resolución 0794-2011-SC1-INDECOPI, 2011, pág. 14).

Tal como se puede desprender de lo afirmado por la Sala, será suficiente que la operación de concentración sea ejecutada y que la estructura de control varíe para que se considere que se ha incumplido la norma no siendo necesario que el nuevo adquirente ejecute actos o tome decisiones en la gestión de la empresa objetivo.

Lo que no ha sido objetado por la autoridad, aunque no se ha realizado un análisis explícito especial sobre ello, es que determinadas operaciones de compra de acciones se cierren si es que los derechos políticos serán retenidos por el vendedor hasta luego de la decisión de la autoridad (Resolución 038-2017/CLC-INDECOPI, 2017, pág. 6) o se transfieren las acciones a esquemas intermedios independientes como fideicomisos (Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI, 2018, pág. 7). La lógica en estos casos es que, pese a la disposición de las acciones

y cierre de las operaciones, los derechos políticos requeridos para ejercer el control no fueron transferidos al adquirente sino hasta luego de que la autoridad autorizó el acto de concentración.

2.4. Operaciones de concentración ejecutadas en el extranjero con efectos en el país

Una discusión vinculada con el principio territorialidad se dio en el procedimiento comentado en el numeral anterior (Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI, 2018) en el que se impuso una sanción a una empresa que no esperó el pronunciamiento del Indecopi para ejecutar la concentración.

En ese caso, la operación de concentración no se limitaba a las empresas que realizaban actividades en el país sino más bien era una transacción que afectaba a varias jurisdicciones entre las que se encontraba en el Perú.

Una vez advertida que la operación de concentración se había ejecutado en España y que, con ello, se había modificado el control de empresas que realizaban actividades en el país, la Comisión inició un procedimiento sancionador. La empresa imputada señaló – como uno de sus argumentos de defensa -que “las normas solo son de aplicación en el territorio en que se dictan y, por lo tanto, no podrían alcanzar a aquellos actos realizados fuera del territorio en que fueron dictadas, o, en todo caso, solo podrían alcanzar a los efectos que se suscitaran en el territorio en que fueron dictadas” (Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, 2010, pág. 12). Asimismo, dado que aún no ejercía actos de control en las empresas ubicadas en el Perú, la operación realizada en el extranjero no había generado efectos en el mercado.

Es importante precisar que la LASE establecía claramente que era aplicable a los actos de concentración realizados en el extranjero pero que involucraban empresas que desarrollan actividades eléctricas en el Perú⁵². Esta disposición fue invocada por la Comisión para desestimar los argumentos de la empresa imputada. Adicionalmente, y esto es lo importante, la Comisión precisó que la disposición prevista en la LASE no colisiona con el principio de territorialidad (...), “puesto que, en el caso de los actos de concentración, los efectos de dichas operaciones son inmediatos en todos aquellos lugares donde las empresas que se concentran operan directa o indirectamente” (Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, 2010, pág. 15). Es decir, como resultado de la realización del acto de concentración, la modificación permanente en la estructura de control de las empresas involucradas, y de todas aquellas bajo su control, se presenta

⁵² “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” (Congreso del Perú, 1997).

inmediatamente, sin interesar si el acto se realizó en el extranjero o en el territorio nacional. La segunda instancia adoptó el mismo criterio con realización a este aspecto de la controversia (Resolución 0794-2011-SC1-INDECOPI, 2011).

El criterio adoptado por el Indecopi en sus dos instancias es uno que no variará con la entrada en vigor de la nueva Ley de Concentraciones dado que ésta también acoge la “teoría de los efectos” por la que el ámbito de aplicación incluye los actos de concentración realizados en el Perú sino también aquellos ejecutados en el extranjero y estén vinculados a empresas que desarrollan actividades económicas en el país⁵³.

2.5. Adquisición de activo productivo ‘subutilizado’

La LASE⁵⁴ cuando estuvo vigente - al igual que la actual Ley de Concentraciones⁵⁵ –consideraba la adquisición de activos productivos como actos de concentración por lo que si se superaban los umbrales exigidos correspondía que al adquirente notifique la operación a efectos de obtener la autorización por parte de la agencia de competencia.

La discusión en otros países se ha dado por entender en qué casos nos encontramos frente a un activo productivo y en qué caso no; sin embargo, en nuestro país, una empresa que adquirió un activo (central térmica) alegó, con el objeto de que la operación no sea considerada como un acto de concentración, que al activo que adquiriría estaba subutilizado por lo que no suponía una verdadera concentración empresarial.

Sobre el particular, la Comisión rechazó la alegación realizada y consideró que la operación constituía un acto de concentración en los términos establecidos en la

⁵³ “Artículo 2.- Se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la presente ley:
1. Los actos de concentración empresarial, conforme a los umbrales previstos en la presente ley, que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, incluyendo actos de concentración que se realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a agentes económicos que desarrollan actividades económicas en el país” (Congreso del Perú, 2021)

⁵⁴ Sobre el particular, la LASE dispone que serán considerados como actos de concentración, entre otros, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica por virtud de la cual se concentren activos en general que se realice entre agentes económicos, sin incluir el crecimiento de una empresa por inversión propia o financiado con recurso de terceros que no participan en el desarrollo de actividades en el sector. Por su parte, el artículo 10 del Reglamento LASE establecía que:
“Artículo 10.- Adquisición de activos productivos. Se considerarán como activos productivos aquellos bienes que a la fecha de realización de la operación se encuentren bajo el control de las Empresas que Desarrollan Actividades, ya sea porque son de su propiedad o debido a cualquier acto, contrato o figura jurídica que así lo permita. La adquisición de activos productivos sólo se encuentra sujeta al procedimiento de autorización previa si los mismos permiten mediante su adquisición incrementar la participación de la empresa o grupo que los adquiere en el desarrollo de Actividades, considerándose el valor de mercado de los mismos en la fecha en que se realice la Notificación.” (Poder Ejecutivo, 1998)

⁵⁵ “Artículo 5. Operaciones de concentración empresarial
5.1 Es todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella. Dichas concentraciones pueden producirse a consecuencia de las siguientes operaciones:
(...)
d. La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.” (Congreso del Perú, 2021)

LASE, pues la norma solo prevé la condición de activo productivo y no su grado de utilización a efecto del análisis y la autoridad no puede realizar una valoración distinta a lo establecido por la norma. (Resolución 007-2014/CLC-INDECOPI, 2014, pág. 5).

Consideramos que ese criterio también sería adoptado en la actualidad pues la Ley de Concentraciones también hace referencia a “activos productivos” sin mencionar su grado de utilización.

Finalmente, al igual que la LASE, el nuevo régimen -para facilitar el entendimiento de los agentes económicos- define qué debe entenderse por “Activos productivos operativos”. Ello, resulta de suma importancia en la medida que, para efectos del derecho de competencia, solo son importantes las operaciones que involucren activos a los que se le puede atribuir un ingreso, renta o volumen de negocio.

2.6. Control conjunto como requisito para que se configure un acto de concentración en el caso de constitución de consorcios, nuevas sociedades y *joint venture*

De acuerdo con la LASE se consideraba como un acto de concentración aquellas operaciones que conferían el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación "joint venture", asociación en participación o esquemas similares.

Como se puede advertir no existía ninguna exigencia legal adicional a este tipo de contratos asociativos por lo que podría considerarse que su sola suscripción podría suponer un acto de concentración en términos de la LASE. Sin embargo, con buen criterio la Comisión consideró que se requería – en el caso de un consorcio- que los integrantes de éste ostenten control conjunto en este nuevo ente. En esa oportunidad, la Comisión consideró que “*la conformación del Consorcio Transmantaro S.A. no constituye una operación de concentración en los términos de la Ley N° 26876, ya que los socios fundadores del Consorcio no detentan un control conjunto de las decisiones de gestión empresarial, sino que las mismas responden a la voluntad unilateral de Hydro Québec International Inc. Sin embargo, la Comisión también considera que cualquier acuerdo o acto posterior que tenga por objeto u efecto modificar la estructura de control del Consorcio, permitiendo el paso de un control exclusivo a un control conjunto, configuraría una operación de concentración que debería ser notificada a efectos de obtener la autorización respectiva.*” (Resolución 002-1998-INDECOPI-CLC, 1998, pág. 3).

El criterio transcrito, como se ha señalado, fue aplicado con ocasión de un consorcio; sin embargo, consideramos que también se aplicaría para la creación de nuevas personas jurídicas por agentes que antes fueron independientes o para un *joint venture*. En esos supuestos se requiere -para ser considerados como actos de concentración- que los conformantes controlen de manera conjunta la nueva sociedad, el consorcio o el *joint venture*, pues de lo contrario, la estructura del mercado no se habría modificado.

La Ley de Concentraciones es más explícito respecto al tipo de control que debe existir en la empresa en común, *el joint venture* o esquema similar, pues expresamente señala que dichas operaciones serán consideradas como concentración siempre que impliquen la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos y que estos nuevos agentes deben conducirse en el mercado como una entidad económica autónoma.

2.7. Adquisición de mayoría por accionista que comparte el control conjunto

La adquisición de acciones es una forma en la que se puede materializar un acto de concentración. Sin embargo, se requiere que, como consecuencia de dicha adquisición, se modifique el control dentro de la empresa. Si en ese elemento no hay posibilidades que la estructura del mercado sea modificada.

Lo mencionado anteriormente no varía si gracias a la adquisición uno de los accionistas que ostenta el control conjunto logra obtener más del cincuenta por ciento de las acciones pues podría suceder que, por estatutos o pacto de accionistas, se requieran de por porcentajes más altos que la mayoría simple para adoptar decisiones vinculadas a la estrategia comercial. También podría suceder que el accionista que adquiere las acciones ya ejerza el control conjunto y que esta nueva compra no le permita ejercer más facultades dentro de la empresa.

En un caso como el comentado, la Comisión señaló que la operación no podía ser considerada como un acto de concentración en términos de la LASE debido a que “la mayor participación en el capital social que obtiene Cono Sur como consecuencia de la operación notificada no le otorga mayor influencia sobre las decisiones competitivas de Generandes; por ejemplo, no resultaría suficiente para que eligiera un director adicional a los cuatro que designa en la actualidad. De acuerdo a lo expuesto, la Comisión de Libre Competencia considera que el grado de control que a la fecha detenta Cono Sur sobre las decisiones de Generandes no se verá modificado substancialmente como consecuencia de la operación notificada.” (Resolución 015-1998-INDECOPI-CLC, 1998, pág. 6)

Como bien se estableció en la decisión citada cualquier acto que no varíe el control de una empresa estará fuera del ámbito de aplicación del control de estructuras pues dicho acto u operación no será considerado como un acto de concentración. Dicha conclusión no varía con la Ley de Concentraciones.

2.8. Operaciones al interior de un grupo empresarial

A diferencia de la LASE, la Ley de Concentraciones expresamente establece que no se considerará actos de concentración, entre otros, al “crecimiento corporativo de un agente económico como resultado de operaciones realizadas exclusivamente al interior del mismo grupo económico” (Congreso del Perú, 2021).

La razón que subyace esta disposición es que las empresas que conforman un mismo grupo económico responden a una decisión común pues conforman una unidad económica y de negocios. Por ello, cualquier operación entre empresas al interior de un grupo no modificará la estructura del mercado pues, independiente de la forma como se reorganicen, siempre obedecerán al poder de decisión de su controlador.

Lo mencionado anteriormente también se aplicará en el caso de transferencia de activos entre empresas que conforman un mismo grupo empresarial, incluso si son estatales. Ese fue el criterio adoptado por la Comisión cuando analizó la solicitud de aprobación de un acto de concentración presentada por una empresa estatal que consistía en la adquisición de una central hidroeléctrica de propiedad de otra empresa estatal. En dicha oportunidad la Comisión declaró improcedente la solicitud debido a que consideró que ambas empresas se encontraban bajo el control directo del FONAFE, y por tanto no era entre entes independientes, por lo que la transferencia de la central hidroeléctrica constituía un cambio en la titularidad formal de un activo al interior de un grupo económico (Resolución 082-2009/CLC-INDECOPI, 2009)⁵⁶.

Como hemos señalado, la Ley de Concentraciones explicita la exclusión de estas operaciones realizadas dentro de un grupo empresarial; sin embargo, consideramos que era relevante precisar que también estarán incluidas en esa excepción la operación que tengan por objeto la transferencia de activos entre empresas del mismo grupo empresarial.

⁵⁶ La Comisión señaló: “el FONAFE puede decidir sobre la aprobación del presupuesto de EGEMSA y de ELSE, la aprobación de sus normas de gestión, la designación de los representantes en sus respectivas juntas generales de accionistas, entre otros, es posible afirmar que ambas empresas se encuentran bajo el control directo del FONAFE; por lo que la transferencia de la Central Hidroeléctrica Hercca constituye un cambio en la titularidad formal de un activo al interior de un grupo económico.” (Resolución 082-2009/CLC-INDECOPI, 2009, pág. 6)

3. CONCLUSIONES

Por primera vez en nuestro país se ha establecido un control de estructuras en todos los sectores de la economía. Si bien un régimen de este tipo es novedoso para la mayoría de los agentes económicos no podemos olvidar que en nuestro país la LASE, desde 1997, estableció el control previo de concentraciones en el sector eléctrico.

Teniendo en cuenta los años en los que estuvo vigente la LASE es posible extraer muchos criterios y analizar no pocos casos evaluados por el Indecopi que, sin duda, nos facilitarán el entendimiento de la reciente Ley de Concentraciones.

BIBLIOGRAFÍA

Congreso del Perú. (19 de Noviembre de 1997). Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Ley 26876. Lima, Perú: Editora Oficial El Peruano.

Congreso del Perú. (7 de enero de 2021). Ley 31112. Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. Lima, Perú: Editorial Oficial El Peruano.

Grupo de Trabajo sobre Abogacía. (2002). Comisión Federal de Competencia Económica. Obtenido de <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/05/abogacia.pdf>

Informe 011-199-INDECOPI-CLC (Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia 17 de Octubre de 2001).

Poder Ejecutivo. (16 de octubre de 1998). Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI. Lima, Perú: Editora Oficial El Peruano.

Poder Ejecutivo. (4 de Marzo de 2021). Reglamento de la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. Decreto Supremo N° 039-2021-PCM. Lima, Perú: Editora Oficial El Peruano.

Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, Expediente 010-2009/CLC (Comisión de Defensa de la Libre Competencia 7 de Enero de 2010).

Resolución 002-1998-INDECOPI-CLC, Expediente 002-1998-CLC (Comisión de Libre Competencia 26 de Febrero de 1998).

Resolución 007-2014/CLC-INDECOPI, Expediente 004-2013/CLC (Comisión de Defensa de la Libre Competencia 25 de Febrero de 2014).

Resolución 015-1998-INDECOPI-CLC, Expediente 004-1998/CLC (Comisión de Libre Competencia 23 de Diciembre de 1998).

Resolución 016-2002-INDECOPI/CLC, Expediente 006-2002-CLC (Comisión de Libre Competencia 29 de Agosto de 2002).

Resolución 016-2006/CLC-INDECOPI, Expediente 011-2005-CLC (Comisión de Libre Competencia 8 de Marzo de 2006).

Resolución 019-2019/ST-CLC-INDECOPI, Expediente 001-2019/CLC-CON (Comisión de Defensa de la Libre Competencia 21 de Junio de 2019).

Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI, Expediente 001-2003/CLC (Sala de Defensa de la Competencia 4 de Junio de 2004).

Resolución 027-2011/CLC-INDECOPI, Expediente 001-2011/CLC (Comisión de Defensa de la Libre 1 de Abril de 2011).

Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI, Expediente 003-2017/CLC-CON (Comisión de Defensa de la Libre Competencia 25 de Abril de 2018).

Resolución 034-2014/CLC-INDECOPI, Expediente 003-2014/CLC (Comisión de Libre Competencia 12 de Agosto de 2014).

Resolución 038-2017/CLC-INDECOPI, Expediente 001-2017/CLC-CON (Comisión de Defensa de la Libre Competencia 8 de Mayo de 2017).

Resolución 058-2009/CLC-INDECOPI, Expediente 004-2009/CLC (Comisión de Libre Competencia 16 de Julio de 2009).

Resolución 0794-2011-SC1-INDECOPI, Expediente 010-2009/CLC (Sala de Defensa de la Competencia No. 1 5 de Abril de 2011).

Resolución 082-2009/CLC-INDECOPI, Expediente 013-2009/CLC (Comisión de Defensa de la Libre 26 de Noviembre de 2009).

Superintendencia de Banca y Seguro. (28 de junio de 2000). Normas especiales sobre vinculación y grupo. Resolución 445-2000. Lima, Perú:

https://intranet2.sbs.gob.pe/intranet/INT_CN/DV_INT_CN/1315/v1.0/Adjuntos/0445-2000.r.pdf

SOBRE EL AUTOR

Percy Samaniego Pimentel es Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociado Senior en Santivañez Abogados. Cuenta con un máster en Economía y Regulación de Servicios Públicos por la Universidad de Barcelona.