

Artículo original

**REFORMA DE LA LEY DE CONCENTRACIONES EN EL
PERÚ**

REFORM OF THE MERGER LAW IN PERU

Bryan Kevin Castillo del Prado¹
Universidad de Barcelona

RESUMEN

El acuerdo de concentración en el mercado es, sin duda, una situación que puede conllevar a una posición de dominio creando ineficiencia en los mercados, en ese sentido, las agencias reguladoras se han encargado de establecer procedimientos y reglas para una adecuada regulación cuando las empresas buscan fusionarse. A propósito, en el Perú, una ley de tal naturaleza se circunscribía únicamente al mercado eléctrico, no obstante, la reciente aprobación de una nueva ley de concentraciones aplicada a todos los sectores ha modificado el procedimiento y la técnica utilizada por la agencia de competencia. Al respecto, el presente trabajo versará sobre el análisis del procedimiento en el acuerdo de concentración en el mercado eléctrico solicitado con la anterior ley de concentraciones y contrastar su resultado con la nueva ley. Asimismo, se realizará un esfuerzo en la comparación con el procedimiento establecido por la Federal Trade Commission (en adelante FTC), a efectos de evaluar las fortalezas y debilidades del nuevo marco normativo del control de concentraciones en Perú.

¹ Magíster en economía, regulación y competencia de los servicios públicos con especialidad en servicios de red: energía y telecomunicaciones y, servicios territoriales: agua y transporte, por la Universidad de Barcelona (España). Abogado por la Universidad Privada de Tacna. Cuenta con estudios de regulación ambiental en la Universidad de Colonia (Alemania) y estudios concluidos en la maestría de Gestión Pública por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, trabaja como funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones y de forma independiente como investigador.

Palabras clave: Operación de concentración; Control previo, Mercado de electricidad; Mercado peruano; Kallpa y Samay I.

ABSTRACT

Merger agreements in the market can undoubtedly lead to a dominant position, creating inefficiencies. Regulatory agencies have thus established procedures and rules for proper regulation when companies seek to merge. In Peru, such a law was previously limited to the electric market. However, the recent approval of a new merger law applicable to all sectors has changed the procedure and technique used by the competition agency. This paper analyzes the procedure of merger agreements in the electric market under the previous merger law and contrasts its outcome with the new law. Additionally, a comparison with the procedure established by the Federal Trade Commission (FTC) will be made to assess the strengths and weaknesses of Peru's new regulatory framework for merger control.

Keywords: Merger operation; Prior control; Electricity market; Peruvian market; Kallpa and Samay I.

1. INTRODUCCIÓN

Las empresas de los distintos sectores económicos siempre han querido obtener el poder absoluto en el mercado. Aquel poder que le permita manipular, a diestra y siniestra, los distintos tipos de variables que juegan un rol importante en el mercado: el precio, la cantidad a producir, establecer barreras de entrada al mercado, etc. A su par, el gobierno ha tratado de frenar estos resultados a través de leyes que impidan la concentración del mercado.

En la Unión Europea, Rolf Knieper (1976, p. 268) menciona lo siguiente: “un fenómeno económico de nuestra época -de mayor importancia- lo constituye, sin lugar a dudas, la modificación de la estructura de los mercados en muchos sectores económicos por causa

de la concentración empresarial. Se trata -hay que apresurarse a decirlo- de un fenómeno social que se produce no sólo en el ámbito nacional, en el comunitario e, incluso, más allá del espacio territorial europeo”. Definitivamente esta afirmación se consideraría válida para el caso sudamericano.

La normativa referida a las concentraciones en el Perú inicia con una primera ley de competencia, el Decreto Legislativo 701 en 1991, el cual en su artículo 1 menciona que “tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores”. Sin embargo, cabe precisar que esta norma fue derogada en el año 2008.

Posteriormente, se realiza una actualización a la norma a través de la publicación de la Ley 26876 “Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico”, con la particularidad que sería un complemento al Decreto Legislativo 701, y su uso sería enfocado al sector eléctrico.

Luego de 24 años de la última publicación de una normativa referida a la concentración empresarial en el Perú, se publica la Ley 31112 “Ley que establece el control previo de operación de concentración empresarial”. Esta ley deroga a la Ley 26876 y se convierte en la nueva Ley vigente de Control Previo de Concentración Empresarial.

Teniendo presente que después de que una ley haya permanecido por mucho tiempo vigente en el sector, una nueva normativa debe ofrecer una actualización considerable cuyos objetivos deban ser claros y concisos y, además, ofrezca las herramientas que permitan al público objetivo desarrollarse adecuadamente.

Es así como, teniendo en cuenta que la actual normativa de Concentraciones en el Perú es relativamente nueva (2021), a la fecha, tan solo contamos con algunos pocos casos que permitan vislumbrar el desarrollo de una solicitud de operación de Concentración. En este contexto, el objetivo del presente trabajo es analizar un caso en

específico desarrollado por la autoridad de Competencia en el Perú (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi) con la antigua norma de Concentraciones en el Perú y utilizar las herramientas que ofrece la nueva Ley de Concentraciones para conocer cual hubiera sido su posible resultado.

A su vez, agregaremos un análisis del caso en mención con las herramientas que provee la Federal Trade Commission (FTC), agencia de protección al consumidor y de la eliminación y prevención de prácticas anticompetitivas de los Estados Unidos, para conocer también cuales hubieran sido los posibles resultados utilizando dichos lineamientos. Todo este trabajo se desarrollará con los datos proveídos por la autoridad de la competencia en el Perú (Indecopi).

Finalmente, el lector podrá encontrar en el presente trabajo un comentario crítico respecto a la disposición de la actual Ley de Concentraciones en el Perú y sus principales diferencias respecto a la anterior.

2. MÉTODO DE ANÁLISIS

La metodología a utilizar en el presente artículo consiste en presentar el caso de Kallpa y Samay I y su repercusión en el sector eléctrico respecto a la operación de concentración solicitada por los grupos empresariales Grupo ISQ e IC Power. Este caso será presentado en el marco de la antigua normativa referida a la ley de concentraciones en el Perú “Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico” – Ley 26876, la cual estuvo vigente hasta junio del 2021- (en adelante, antigua ley de Concentraciones), con la cual fue evaluada para determinar su nivel de concentración.

A partir de la presentación de este caso, se realizará un análisis del posible resultado que se obtendría con la nueva normativa referida a la ley de Concentraciones en el Perú “Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial” –Ley 31112, la cual entro en vigencia en junio del 2021- (en adelante, nueva ley de

Concentraciones), y se realizará un contraste de este resultado con la antigua normativa de concentraciones.

3. CASO: KALLPA Y SAMAY I

3.1. Antecedentes

El caso “Kallpa y Samay I” representa un caso de concentración vertical y horizontal que solicitaron² las empresas ISQ Fund I y ISQ Fund II, ambas pertenecientes al “Grupo ISQ”, frente a la Comisión de Defensa de Libre Competencia del estado peruano. La operación de concentración significaría que ambas empresas adquirirían el 100% de las acciones de Inkia Americas Ltd, quien es titular del 100% de las acciones de “IC Power Holding (Kallpa) Ltd” y quien a su vez es titular del 74.84% de acciones de las empresas “Kallpa Generación S.A.” y “Samay I S.A.”

Estas dos (2) últimas empresas corresponden a las empresas por la cual se solicitó la operación de concentración. Ambas empresas son generadoras eléctricas; y, teniendo presente que el “Grupo ISQ”, cuenta con empresas generadoras³ y 1 transmisora dentro del sector eléctrico, la mencionada operación de concentración amerita un proceso de evaluación exhaustivo para evitar la concentración del mercado.

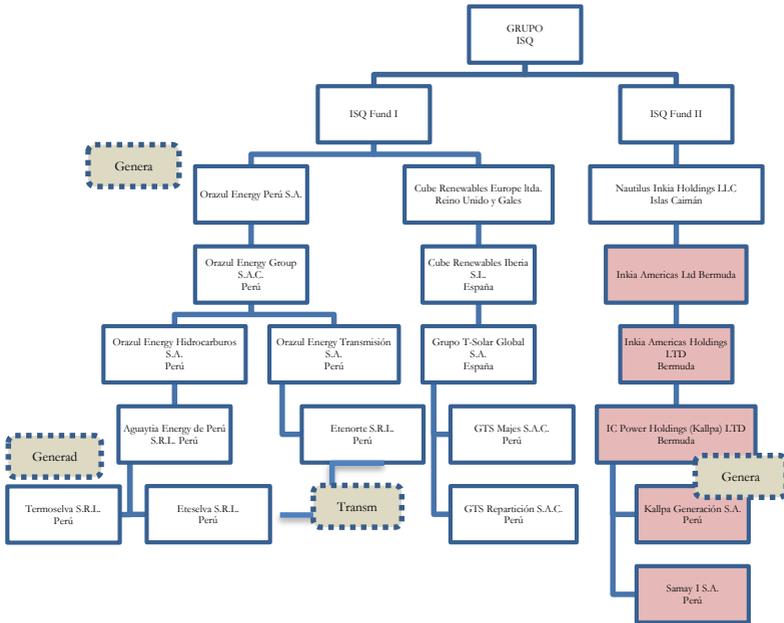
3.2. Principales datos

La operación de concentración solicitada por las empresas ISQ Fund I y ISQ Fund II involucra que estas empresas adquieran a las empresas “Kallpa Generación S.A.” y “Samay I S.A.”; por lo que, su estructura organizacional después de la fusión quedaría de la siguiente manera.

² La solicitud de concentración fue realizada con fecha 27 de noviembre de 2017

³ Exactamente el “Grupo ISQ” cuenta con 4 empresas generadoras: “Orazul Energy Perú”, “Termoselva”, “GTS Majes” y “GTS Reparición”

Gráfico 1: Estructura Empresarial del Grupo ISQ y la fusión



Fuente: Indecopi
Elaboración Propia

En el gráfico 1 se puede apreciar la estructura empresarial del Grupo ISQ (ISQ Fund I y ISQ Fund II) y, además, se observa como quedaría su estructura una vez realizado la operación de concentración⁴. Con esta estructura se puede apreciar las fusiones a nivel vertical y horizontal teniendo en cuenta las empresas generadoras y transmisoras.

⁴ Cuadros con relleno de color rojo claro.

A partir de esta información, se realizó un análisis de las posibles consecuencias de esta fusión en los distintos mercados del sector eléctrico en las que participan las empresas involucradas; por lo que, se abordó los siguientes mercados: Spot, Usuarios Libres, Contratos para usuarios regulados y Transmisión.

El análisis que se realizó fue encontrar el nivel de concentración generado en el mercado a partir de la fusión de las empresas del presente análisis, utilizando el método de HHI⁵, el cual es una medición que permite determinar el nivel de concentración de un mercado a partir de la participación de cada uno de ellos. Su fórmula es como sigue a continuación:

Este indicador se calcula mediante la fórmula

$$HHI_t = \sum_{i=1}^n s_{i,t}^2 = s_{1,t}^2 + s_{2,t}^2 + s_{3,t}^2 + \dots + s_{n,t}^2$$

Donde:

- n : Total de empresas
- HHI_t : Índice de Herfindahl y Hirschman
- S_{i,t} : Cuota de mercado de la empresa “i”

Además, se debe conocer también la clasificación que utiliza la institución de defensa de la competencia del estado peruano respecto al análisis del HHI.

Cuadro 1: Clasificación del mercado según el índice de concentración HHI

Valor del índice	Categoría	Comentarios
HHI < 1500	Mercado no concentrado	Las operaciones de concentración que se realicen en un mercado no

⁵ Índice Herfindahl-Hirschman (HHI)

		concentrado tienen pocas probabilidades de tener efectos adversos sobre la competencia y, generalmente, no requieren de mayor análisis
1500 < HHI < 2500	Mercado moderadamente concentrado	Las operaciones de concentración que se realicen en un mercado moderadamente concentrado que impliquen una variación del HHI mayor a 100 puntos requerirán de un análisis más exhaustivo por los efectos que puedan generar en la competencia
HHI > 2500	Mercado altamente concentrado	Las operaciones de concentración que se realicen en un mercado altamente concentrado que impliquen una variación del HHI entre 100 y 200 puntos, requerirán mayor análisis por los efectos no competitivos que puedan generar. Si la variación del HHI es mayor a 200 puntos, se presumirá que es probable que se incremente el poder de mercado. Esta presunción podrá ser refutada con evidencia que demuestre lo contrario.

Fuente: Horizontal Merger Guidelines. Federal Trade Commission - Department of Justice (2010)
 Elaboración propia

Mercado Spot

El mercado Spot del sector eléctrico comprende el mercado mayorista de corto plazo y el cual se encuentra comprendido únicamente por empresas generadoras. En este mercado se comercializa la producción de energía eléctrica producido por las empresas generadoras.

Cuadro 2: Entregas de energía al Mercado Spot de las Empresas Integrantes del COES (GWh), 2017

Grupo	Empresa	Entrega de energía (Gwh)	Participación Individual	Participación del grupo	
				Antes	Después
Estado	Electro Perú	6,891.70	14.08	21.42	21.42
	Empresa de Generación Eléctrica Arequipa S.A. - Egasa	1,379.69	2.82		
	Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. - Egemsa	1,211.56	2.48		
	Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. - San Gabán	744.78	1.52		
	Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A. - Egesur	253.49	0.52		
ISQ	Orazul Energy Perú S.A.	2,172.53	4.44	4.86	17.66
	Termoselva S.R.L.	123.42	0.25		
	GTS Repartición S.A.C.	39.94	0.08		
	GTS Majes S.A.C.	43.23	0.09		
IC Power	Kallpa Generación S.A.	5,629.18	11.50	12.80	
	Samay I S.A.	635.09	1.30		
Total HHI		48,929.66	100	100	1,414.18

Fuente: COES
Elaboración propia

En el cuadro 2 se puede apreciar la información referida a las entregas de energía por parte de las empresas generadoras en el mercado spot. También se aprecia el apartado de participación de mercado antes y después de la operación de concentración en la cual se aprecia que el HHI posterior a la concentración no supera el umbral de 1,500 y el cual, de acuerdo con el cuadro 1, podemos decir que no existe una concentración en el mercado spot.

Mercado de Usuarios Libres

Los usuarios libres dentro del mercado eléctrico son aquellos usuarios que se encuentran conectados al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) y cuya potencia contratada de servicio supera los 0.2 MW (mega watts). Estos usuarios tienen una particularidad y es que si la capacidad contratada oscila entre 0.2 MW y 2.5 MW, podrán elegir qué tipo de usuario ser; es decir, usuario libre o usuario regulado.

Cuadro 3: Ventas de energía eléctrica de generadores y distribuidores a usuarios libres (GWh), Octubre 2017

Grupo	Empresa	Gwh	Participación Individual	Participación del grupo	
				Antes	Después
Estado	Electricidad del Perú - Electroperú S.A.	3,500.96	17.15	21.64	21.64
	Empresa de Generación Eléctrica Arequipa S.A. - Egasa	24.49	0.12		
	Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. - Egemsa	174.28	0.85		

	Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. - San Gabán	173.63	0.85		
	Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A. - Egesur	0.43	0.00		
	Empresa Regulada de Servicio Público de Electricidad - Electro Oriente S.A.	47.85	0.23		
	Electro Sur Este S.A.A.	27.81	0.14		
	Electrosur S.A.	5.19	0.03		
	Electrocentro S.A.	12.65	0.06		
	Electronoreste S.A.	190.84	0.94		
	Electro Norte S.A.	22.53	0.11		
	Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronortemedio SA - Hidrandina	142.95	0.70		
	Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad de Puno S.A.A.	12.46	0.06		
	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste SA	80.61	0.39		
ISQ	Orazul Energy Perú	224.45	1.10	1.63	16.18
	Termoselva S.R.L.	108.36	0.53		

IC Power	Kallpa Generacion	2,969.32	14.55	14.55	
.
.
.
Total HHI		20,409.45	100	100	100
				1,686.12	1,733.57

Fuente: COES

Elaboración propia

En el cuadro 3 se aprecia las ventas de energía eléctrica de generadoras hacia usuarios libres. Así mismo, también se aprecia su participación individual en dicho mercado; así como también, la participación del mercado grupal antes y después de la operación de concentración solicitado por las empresas del Grupo ISQ.

Al respecto, se puede apreciar que la participación de mercado de los grupos empresariales ISQ (Orazul Energy Perú S.A. y Termoselva S.R.L.) e IC Power (Kallpa Generación S.A.) ascendía a 1.63% y 14.55%, respectivamente. Y, producto de la operación de concentración, el porcentaje de participación grupal para la fusión quedaría en 16.18%.

En ese caso, como se puede observar en el cuadro, se realizó el cálculo del HHI obteniendo como resultado 1,686.12 antes de la operación de concentración y 1,733.57 puntos después de la concentración y que si lo contrastamos con nuestro cuadro 1, el resultado se encuentra entre el rango que indicaría una moderada concentración en el mercado.

A pesar de este resultado, INDECOPI sustentó que este mercado experimentó un importante dinamismo. Además de ello, el precio de la energía ha seguido una tendencia a la baja. Con estas variables, a pesar de que el HHI se haya incrementado ligeramente a partir de la operación de concentración, la autoridad de competencia determinó que dicha operación tendría una baja probabilidad de tener efectos adversos en el mercado de usuarios libres.

Mercado de contratos para usuarios regulados

Los usuarios regulados son aquellos usuarios cuya potencia contratada no supera los 0.2 MW y, además, el precio pagado por el servicio se encuentra regido bajo un esquema de regulación por precios. Veamos como esta operación de concentración podría traer consecuencias en el mercado para usuarios regulados.

Cuadro 4: Compromisos de ventas de energía a usuarios regulados, 2017

Grupo	Empresa	Total	Participación Individual	Participación del grupo	
				Antes	Después
Estado	Electricidad del Perú - Electroperú SA	2,566.04	10.37	16.96	16.96
	Empresa de Generación Eléctrica Arequipa S A - Egasa	840.06	3.4		
	Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S A - Egemsa	332.14	1.34		
	Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. - San Gabán	250.91	1.01		
	Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A. - Egesur	206.88	0.84		

ISQ	Orazul Energy Perú	939.12	3.80	7.30	26.55
	Termoselva	867.80	3.51		
IC Power	Kallpa Generacion	4,762.25	19.25	19.25	
.
.
.
Total HHI		24,741.36	100.00	100.00 1,538.54	100.00 1,819.69

Fuente: COES

Elaboración propia

Como se puede apreciar en el cuadro 4 observamos los compromisos de ventas de energía en el mercado regulado. Se observa que el resultado del HHI para medir el grado de concentración en el mercado pasa de 1,538.54 puntos antes de la operación de concentración a 1,819.69 puntos después de dicha operación. Significando un incremento de 281 puntos en el HHI.

Si ubicamos este resultado de HHI posterior a la operación de concentración en el cuadro 1 observamos que el mencionado resultado se encontraría en el umbral de “mercado moderadamente concentrado”. Ante esta situación, la autoridad de competencia determina que si bien existe un incremento del HHI se debe de tener en cuenta que el mercado regulado se rige bajo las normas de regulación; por lo que, se podría limitar los posibles efectos que la concentración pudiera ocasionar.

A esto se suma, que la energía que se entrega a los usuarios regulados proviene principalmente a partir de la suscripción de contratos entre las empresas generadoras y distribuidoras. En estos contratos se establecen los plazos de suministros, precio de potencia, fórmulas de actualización de los precios, etc.

Por lo que, a pesar del incremento del HHI en 281 puntos, la autoridad de la competencia determina que los efectos de la operación de

concentración en el mercado de usuarios regulados no se verían reflejados, toda vez que es un mercado que se encuentra limitado por la regulación.

Análisis de fusión vertical

Finalmente, el último resultado que se podría obtener a partir de la operación de concentración del presente caso corresponde a la fusión vertical. En esta apartado, el principal problema que podría generarse sería el de la restricción al uso de la red de transmisión para las empresas generadoras con la intención de favorecer a algunas.

Al respecto, la autoridad de competencia manifiesta que no se observaron incentivos por parte del Grupo ISQ – IC Power a tener la intención de privilegiar el acceso a sus redes de transmisión a las empresas generadoras adquiridas debido a que las redes de transmisión, propiedad del Grupo ISQ, no se encuentran conectadas con las empresas generadoras del Grupo IC Power (Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI, párr. 104).

3.3. Resultados del caso

Finalmente, la autoridad de competencia concluyó que el caso de operación de concentración por parte del Grupo ISQ en la cual adquiriría a las empresas Kallpa y Samay I del Grupo IC Power no representaría un riesgo a la competencia en los distintos mercados previamente descritos; por lo que, de acuerdo con la antigua ley de concentraciones, se daría por concluido la evaluación y se otorgaría la autorización para la operación de concentración sin ninguna condición.

4. DIFERENCIA ENTRE LA ANTIGUA Y NUEVA LEY DE CONCENTRACIONES EN EL PERÚ

El 7 de enero de 2021 se publicó la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de control empresarial, cuyas Disposiciones Complementarias Derogatorias establecieron derogar la Ley N° 27876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Cabe precisar que esta nueva ley entró en vigencia el 14 de junio de 2021, tras la adecuación normativa necesaria dispuesta en la referida norma.

Cuadro 3: Diferencias entre la Ley N° 26876 y la Ley N° 31112

LEY N° 26876 (antigua ley)	LEY N° 31112 (nueva ley)
Exclusivamente para el sector eléctrico	Aplicable a todas las industrias
El umbral para determinar si se necesitaba autorización previa era de 15% para los casos de concentración horizontal y de 5% para los actos de concentración vertical.	Valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de las empresas involucradas haya alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior, un valor igual o superior a 118 000 UIT.
	Valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de al menos dos de las empresas involucradas hayan alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior, un valor igual o superior a 18 000 UIT cada una.
La determinación del umbral dependía del tipo de concentración (vertical u horizontal)	La determinación del umbral es independiente del tipo de concentración.
La autoridad de competencia tenía la posibilidad aprobar la operación de concentración con ciertas condiciones establecidas de oficio.	Las condiciones establecidas por la autoridad de competencia pueden basarse en compromisos ofrecidos por los agentes involucrados o pueden ser efectuadas de oficio.

Elaboración propia

En líneas generales, el nuevo sistema de control de operaciones en el Perú se puede describir de la siguiente forma (Alliende Serra, 2020):

- Se trata de un sistema mixto (con notificación obligatoria o voluntaria) de dos fases. En la primera fase se otorga a la autoridad de competencia (Indecopi) la posibilidad de conocer el mercado e investigarlo. De otro lado, la segunda fase tiene lugar, únicamente, si se han encontrado riesgos competitivos derivados de la operación o si se requiere una revisión más a fondo, lo que dota de una mayor celeridad al sistema debido a que las concentraciones menos complejas y que supongan menos riesgos se aprobarán antes que aquellas que requieran un mayor análisis.
- A fin de evaluar los riesgos anticompetitivos como consecuencia de las concentraciones, Indecopi debe considerar la existencia de “*una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados*”, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.1 de la Ley N° 31112. Es oportuno mencionar que dicho estándar es similar al empleado en la Unión Europea.
- Las autoridades competentes son la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de Indecopi, en primera instancia; y la Sala Especializada competente del Tribunal de Indecopi en segunda y última instancia.
- Contempla la imposición de sanciones y medidas correctivas para los agentes que no cumplan con la obligación de notificar, o de no materializar la concentración antes que Indecopi adopte una decisión.
- A diferencia del procedimiento previsto en la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, la fijación de los umbrales se realiza conforme a las ventas de los grupos empresarial o de la empresa adquirida, en lugar de efectuar un cálculo mediante la participación de mercado de las empresas.

Asimismo, cabe destacar que, de acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley N° 31112, una operación de concentración empresarial es todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella, como consecuencia de las siguientes operaciones:

- Fusión de dos o más agentes económicos que eran independientes antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.
- Adquisición, por parte de uno o más agentes económicos, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.
- 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.
- Adquisición, por un agente económico, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 6.1 de la referida Ley, una operación de concentración empresarial se encuentra sujeta al procedimiento de control previo cuando, de forma concurrente, suceda lo siguiente:

- 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).
- 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.

Conforme a lo detallado de forma precedente, se puede concluir que, en la actualidad, no existe un marco legal exclusivo que regule el control de concentraciones en el sector eléctrico, sino que las concentraciones en este sector deben ser reguladas conforme a lo previsto en la nueva ley de Concentraciones, que regula el control de concentraciones en todas las industrias. Asimismo, otro cambio significativo es que, a fin de evaluar la necesidad de iniciar el procedimiento de control previo (notificación) ya no se evaluará la participación en el mercado de los agentes involucrados, sino que se tendrá en cuenta los ingresos brutos anuales o el valor de los activos de estos agentes.

En este extremo, es preciso destacar que los umbrales fijados en la antigua ley de Concentraciones, basados en la participación del mercado, permitían una evaluación más adecuada de los potenciales efectos competitivos de una operación; sin embargo, no otorgaban suficiente seguridad jurídica a los agentes a fin de determinar si estos se encontraban obligados o no a notificar a la autoridad de competencia la operación de concentración (Coloma Ríos, 2016). En ese sentido, el legislador peruano ha optado por la implementación y cambio a umbrales en base a parámetros más objetivos, como son los ingresos anuales o el valor de los activos de los agentes involucrados pues contienen criterios más objetivos.

5. CASO KALLPA Y SAMAY I CON LA NUEVA LEY DE CONCENTRACIONES EN EL PERÚ

Una vez conocido el caso “Kallpa y Samay I” y su resultado utilizando la antigua ley de Concentraciones, el verdadero reto del presente trabajo es aproximar cuales habrían sido los posibles resultados si esta operación de concentración se hubiera suscitado con la nueva ley de

Concentraciones. Para este escenario, se desarrollará el caso utilizando el procedimiento descrito en la nueva ley.

Antes de iniciar con el análisis del presente escenario, es imprescindible precisar que se debe tener en cuenta que la nueva ley de Concentraciones del Perú, como se indicó al inicio del presente trabajo, entró en vigencia en junio de 2021 por lo que, al ser una nueva normativa, a la fecha existen muy pocos casos que resuelven el tema de concentraciones. Estos casos servirán de *input* para el análisis que vendrá a continuación.

Control de Umbrales

Como se desarrolló en el numeral 4 del presente documento, la obligación de notificar la operación de concentración a la autoridad de competencia se genera siempre y cuando dicha operación supere los umbrales previstos en la normativa vigente (vid. art. 6 de la Ley N° 31112). En ese sentido, y como se detalló precedentemente, uno de los principales cambios en la nueva normativa es que estos umbrales pasaron de ser calculados en torno al poder de mercado, a ser calculados en base a los ingresos anuales y al valor de los activos de las empresas involucradas en la operación de concentración.

A continuación, analizaremos si, bajo la aplicación de la nueva ley de Concentraciones, también hubiera sido necesario notificar la operación de concentración al superar los umbrales previstos.

En ese sentido, y como se ha mencionado previamente, una operación se encuentra sujeta al control previo cuando se cumplan de forma concurrente las condiciones previstas en los literales a) y b) del artículo 6.1 de la nueva ley de Concentraciones. Sin embargo, en este extremo, se debe tener en cuenta que cada uno de estos literales (que deben cumplirse de forma concurrente) tienen dentro de sí diversas condiciones alternativas que deben ser tenidas en cuenta para determinar la necesidad de la autorización previa por parte de la agencia de competencia.

Asimismo, es preciso destacar que si bien es necesario que se cumplan de manera concurrente las condiciones previstas en los literales a) y b) del artículo 6.1 de la nueva ley de Concentraciones, es suficiente que se cumpla alguna de las condiciones alternativas previstas en cada uno de estos literales por separado.

De esta forma, por ejemplo, se ha optado por evaluar el valor de los activos en el país de las dos empresas más grandes involucradas en la operación de concentración, a fin de determinar si se supera el umbral establecido en el literal a). Los datos han sido obtenidos de la Memoria Anual de las empresas correspondientes al año 2017:

Cuadro 4: Cálculo de Umbrales

Empresa	Valor de activos	Umbral individual	Umbral conjunto
Orazul Energy Perú	916,000,000	82,800,000	542,800,000
Kallpa	6,856,508,000	82,800,000	
TOTAL	7,772,508,000	-	

Elaboración propia

Nota: Se considera el valor de la UIT correspondiente al año 2022, que asciende a S/ 4600, por lo que 118 000 UIT equivalen a S/ 542,800,000 y 18 000 UIT equivalen a S/ 82,800,000.

Como se observa, el valor de los activos de las dos empresas más grandes involucradas en la operación de concentración supera tanto el umbral individual (18 000 UIT) como el umbral conjunto (118 000 UIT) previsto en la nueva ley de Concentraciones.

Por tal motivo, podemos concluir que, bajo este nuevo escenario, la operación de concentración del caso “Kallpa y Samay I”, también

hubiese necesitado la autorización previa de la Autoridad de Competencia para que sea efectiva.

Fase 1 de Control Previo

En principio, el procedimiento aplicable al trámite de solicitud de autorización de la operación empresarial es acompañado con los antecedentes para identificar la operación y los agentes involucrados, así como al grupo económico que pertenece cada una de las empresas (Art. 21.1 de la Ley N° 31112), lo cual es presentado ante la Secretaría Técnica, que revisa la solicitud de autorización e informa a las partes si se han cumplido o no los requisitos antes mencionados en un plazo de 10 días hábiles (Art. 21.2 de la Ley N° 31112). En el caso que se hayan satisfecho los requisitos, la Comisión determina si la operación de concentración empresarial podría tener o no efectos restrictivos y significativos en la competencia en el mercado en un plazo de 30 días hábiles (Art. 21.4 de la Ley N° 31112).

Una vez finalizada la evaluación por parte de la Comisión, si se evidencia que la concentración empresarial representa serias preocupaciones en la competencia en el mercado, se declara mediante una resolución, motivando los riesgos que la autoridad ha identificado, siendo consecuentemente, el fin de la primera fase de evaluación (Art. 21.5 de la Ley N° 31112).

En la Fase 1 de control previo se realiza un análisis de las condiciones de la competencia. En este caso, dependiendo de las empresas involucradas y el tipo de mercado, se procederá a analizar la operación de concentración horizontal y vertical. Para ello, y habiendo revisado la Resolución 098-2021/CLC-INDECOPI⁶, se pudo constatar que la autoridad de la competencia, para el caso de análisis de fusión

⁶ Caso de solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial presentada por Vinci S.A. en el marco de la Ley N° 31112 de fecha 17 de diciembre del 2021.

horizontal, realiza el análisis del cálculo del HHI⁷ y para el caso de fusión vertical⁸ lo que realiza la autoridad es verificar si la operación de concentración no supera el 30% de participación de mercado.

En nuestro caso en particular de “Kallpa y Samay I”, se puede observar que una vez la operación haya superado el umbral de acuerdo con los topes de la nueva ley de concentraciones, se hubiera procedido a pasar a la fase I de control previo, en cuyo caso se hubiera realizado la misma evaluación tomando en cuenta el análisis HHI, para el caso de fusión horizontal y el análisis de participación de mercado, para el caso de fusión vertical.

En conclusión, el resultado hubiera sido el mismo que el obtenido con la evaluación realizada con la antigua normativa; es decir, la operación de concentración no representaría una amenaza a la competencia. En ese caso, y encontrándonos bajo el escenario de la nueva ley de concentraciones en el Perú, la comisión hubiera concluido con la autorización de la operación de concentración, no existiendo la necesidad de proceder a la fase 2 del control previo, dando, de esta manera, por finalizado el análisis y cerrando el caso.

Fase 2 de Control Previo

Si de acuerdo con el análisis llevado a cabo en la fase 1, la Comisión comprueba que existen riesgos sustentables referidos a la restricción de la competencia en el mercado evaluado, la comisión explica su resultado a través de una resolución, la misma que daría por concluido la fase 1 de la evaluación de la operación de concentración e inicia la segunda fase del control previo (núm. 21.6, art. 21 de la Ley N° 31112).

⁷ Índice Herfindahl-Hirschman.

⁸ Para el análisis de la fusión vertical utiliza las directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales de la Comisión Europea y el borrador de la guía de fusiones verticales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, de acuerdo con lo indicado en la pg. 9 de la Resolución 098-2021/CLC-INDECOPI.

De acuerdo con la nueva ley de Concentraciones, la fase 2 representaría un análisis más exhaustivo en la cual se trataría de comprobar los posibles efectos restrictivos que generaría dicha operación de concentración a la competencia tanto en términos de horizontalidad y verticalidad.

Teniendo presente que la nueva ley de Concentraciones en el Perú es una normativa relativamente nueva, actualmente no se dispone de algún caso cuya Fase 2 de evaluación de Control Previo se encuentre finalizada. Sin embargo, se cuenta con un estudio⁹ el cual si bien ha pasado a la Fase 2 de Control Previo, está aún sigue en evaluación y; por lo tanto, no se dispone de la Resolución de la Fase 2.

En ese sentido, centrándonos específicamente en nuestro caso de estudio “Kallpa y Samay I”, el cual si hubiera sido evaluado con la actual normativa de Concentraciones, definitivamente no hubiera pasado a la Fase 2 de Control Previo, toda vez que, como se pudo apreciar en la Fase 1 de Control Previo, dicha operación de concentración no generaría problema alguno a la competencia en el mercado de acuerdo al análisis realizado.

6. COMPARACIÓN DE LOS LINEAMIENTOS DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION CON LA NUEVA LEY DE CONCENTRACIÓN

Posterior a la revisión del caso Kallpa y Samay I con la nueva normativa, se realizará un análisis del posible resultado que se hubiera obtenido si el presente caso hubiera sido desarrollado con los lineamientos de la Federal Trade Commission¹⁰.

⁹ Comunicado de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de fecha 12/04/2022 respecto al caso de operación de concentración empresarial entre Pharmaceutica Euroandina S.A.C. y Hersil S.A. Laboratorios Farmaceuticos.

¹⁰ Agencia Independiente de los Estados Unidos de América.

Como es conocido, la primera ley antimonopolista en los Estados Unidos de América fue el Acta Sherman del año 1890, cuya finalidad se construyó para combatir las concentraciones empresariales que afectaban la competencia en el mercado. Posteriormente en el año 1914, el Congreso de los Estados Unidos aprobó el Acta Clayton, la cual prohíbe específicas concentraciones, como las fusiones y adquisiciones de empresas que provocarían una distorsión en el mercado. La aprobación de la referida acta ha recibido a su vez constantes enmiendas, en 1936 con el Acta Robinson-Pitman, que prohíbe las prácticas comerciales discriminatorias, en 1976 a través del Acta Hart-Scott-Rodino, la cual impuso que toda empresa que busca fusionarse con otra debe notificar al gobierno previo a la fusión, para que dicha operación sea sometida a una investigación para determinar los efectos de la fusión en el mercado (Washington State. Office of the Attorney General, 2022).

En ese sentido, el Acta Hart-Scott-Rodino, obliga a las empresas a presentar ciertos documentos antes de realizar la fusión a fin de que la autoridad federal evalúe si la fusión cumple con las normas antimonopolistas.

Primer Paso: Notificación de presentación de un acuerdo propuesto

En principio no todas las concentraciones son perjudiciales para el mercado, en ese sentido, no todas requieren una presentación previa a la fusión. Para determinar estos valores mínimos, como se ha indicado se tienen los umbrales de presentación, en función del cambio en el producto nacional bruto¹¹. Además de esto la FTC ha elaborado las Guías del programa de notificación previa a la fusión¹².

¹¹Revised Jurisdictional Thresholds for Section 7A of the Clayton Act. <https://www.federalregister.gov/documents/2022/01/24/2022-01214/revise-jurisdictional-thresholds-for-section-7a-of-the-clayton-act>

¹²Premerger Introductory Guides. <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/statute-rules-formal-interpretations/premerger-introductory-guides>

Al respecto, el acuerdo debe tener un valor mínimo y las partes deben tener un tamaño mínimo, a esto se le conoce como los umbrales de presentación que son publicados anualmente por la FTC.

Ahora bien, en el caso de las concentraciones que requieran presentación, las empresas deben presentar información sobre su industria. Una vez completada la presentación, las partes deben esperar un plazo previo antes de consumir el trato¹³. Esta etapa de revisión de información también es aplicada en el caso de la nueva ley de concentraciones en el Perú.

Finalmente, si este primer paso de la FTC se utilizará para analizar nuestro caso en concreto de “Kallpa y Samay I”, definitivamente hubiera seguido el procedimiento de análisis de Umbrales, tal y como se realizó con la nueva normativa. Concluyendo de esta manera que la operación de concentración superó los umbrales; por lo que, sería necesario la presentación de la solicitud de la operación de concentración empresarial ante la autoridad de la competencia.

Segundo Paso: Autorización de una agencia antimonopolio

Las empresas que van a llevar a cabo el acuerdo de concentración se presentan ante la FTC y el Departamento de Justicia (DOJ); sin embargo, sólo una de estas agencias antimonopolio se encargará de la revisión, esto se conoce como el proceso de autorización. Una vez se autoriza a alguna de estas agencias, la agencia investigadora puede obtener información no pública de varias fuentes, incluidas de las partes del acuerdo u otras empresas participantes de la industria¹⁴.

Para el caso Kallpa y Samay I, la autoridad y competencia recae sobre el Indecopi, que a través de la Comisión de Defensa de Libre Competencia se encargará de la revisión del acuerdo de concentración.

¹³ Sección 7A de la Ley Clayton, 15 USC Sec. 18a.

¹⁴ Ley de la FTC, Sec. 3, 15 USC Sec. 43.

Paso tres: Vencimiento del periodo de espera o la agencia emite una segunda solicitud

Una vez terminada una revisión preliminar, la agencia puede:

1. Otorgar una terminación anticipada al periodo de espera
2. Permitir que expire el periodo de espera
3. Emitir una solicitud de información adicional a cada parte (Segunda Solicitud)

Si el periodo de espera expira, las partes pueden cerrar el acuerdo de concentración. Por otro lado, si la agencia ha determinado que necesita más información para evaluar el acuerdo propuesto, envía a ambas partes una solicitud de información adicional, esto extiende el periodo de espera y las empresas no pueden cerrar el acuerdo de concentración hasta que hayan cumplido el requerimiento de información.

En cuanto al caso Kallpa y Samay I, la nueva ley de concentraciones peruana sigue el mismo sentido sobre el periodo de espera de la FTC, al establecer un silencio administrativo positivo una vez vencido el periodo de revisión, esto significa que, si la Comisión de Defensa de la Libre Competencia no se ha pronunciado, las empresas podrán llevar a cabo el acuerdo empresarial.

Paso cuatro: Las partes cumplen sustancialmente con las segundas solicitudes

Ahora que las empresas han cumplido con la segunda solicitud, la agencia cuenta con 30 días adicionales para revisar y tomar medidas, si es necesario. Cabe señalar que, el periodo de tiempo de esta fase puede extenderse por acuerdo de las partes y el gobierno en un esfuerzo por resolver cualquier inconveniente presente.

Sobre el particular, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia a diferencia de la FTC, no realiza este paso en el procedimiento de evaluación de la concentración empresarial, dado que no requiere una segunda solicitud de información a las partes involucradas.

Paso quinto: El periodo de espera vence o la agencia impugna el acuerdo

Los resultados de esta etapa son:

1. Cerrar la investigación y dejar que el trato continúe sin oposición
2. Celebrar un acuerdo con las empresas que incluya disposiciones que restablecerán la competencia
3. Detener toda la transacción mediante la presentación de una orden judicial preliminar en un tribunal federal

Por tanto, salvo que la agencia presente una orden judicial que detenga la fusión, las empresas involucradas en el acuerdo podrán cerrar su trato al final del periodo de espera. Por el contrario, si las empresas consuman la transacción sin cumplir con los requisitos de información, la transacción devendría en ilegal, y la agencia puede buscar medidas cautelares y sanciones civiles.

Por último, para el caso Kallpa y Samay I, la Comisión de Libre Competencia dentro del plazo de revisión podrá: (i) aprobar el acuerdo de concentración; (ii) aprobar el acuerdo de concentración con el cumplimiento de condiciones, o; (iii) rechazar el acuerdo de concentración, en cuyo caso las empresas involucradas no podrán celebrar el referido acuerdo.

En ese sentido, las disposiciones de la nueva ley de concentraciones tienen una naturaleza similar a la Ley Clayton de los Estados Unidos de América, lo cual resulta en un poderoso incentivo para que las empresas, como en el caso de Kallpa y Samay I, presenten información que el gobierno necesita para evaluar los acuerdos de concentraciones en el mercado.

Análisis de Concentración con los lineamientos de la FTC

La FTC, para evaluar los posibles efectos competitivos de la fusión utiliza como un indicador útil la concentración del mercado, para esto considera el nivel de concentración de la fusión en sí mismas y el cambio en la concentración resultante antes y después de la fusión.

Sobre el particular, la FTC calcula el índice Herfindahl-Hirschman (HHI) de concentración del mercado. El HHI se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de las empresas individuales y se agrega un peso proporcionalmente mayor a las cuotas de mercado más grandes.

En relación a lo anterior, la FTC clasifica los mercados en tres tipos:

- Mercados no concentrados: HHI por debajo de 1500
- Mercados Moderadamente Concentrados: HHI entre 1500 y 2500
- Mercados altamente concentrados: HHI por encima de 2500

En ese caso, como se puede observar la FTC utiliza también la fórmula del HHI para el cálculo de las concentraciones de mercado, siendo esta medida también utilizada tanto por la antigua y nueva ley de Concentraciones en el Perú. En ese sentido, nuestro caso en particular hubiera recibido el mismo tratamiento y hubiera obtenido el resultado de aceptación de la operación de concentración.

Esto sucede ya que la nueva ley de concentraciones utiliza como referencia las directrices para la evaluación de las concentraciones de la FTC.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La nueva ley de concentraciones de Perú ha sido respuesta al vacío legal sobre los acuerdos de concentración en mercados diferentes al sector eléctrico (ley antimonopolio y antioligopolio del mercado eléctrico), toda vez que, actualmente, las empresas que buscan fusionarse deben observar previamente los umbrales de la nueva ley de concentraciones, y en el eventual caso que estos sean superados, deberán presentar una solicitud ante la autoridad de competencia que ejercerá funciones de evaluación y resolución sobre la procedencia de la operación de concentración.

Sobre el particular caso Kallpa y Samay I, fue presentado durante la vigencia de la ley antimonopolio y antioligopolio del mercado eléctrico, teniendo como resultado la aprobación de la autoridad de competencia sin condiciones. Al evaluar el caso, hipotéticamente planteado durante la vigencia de la nueva ley, se observa que teniendo en cuenta los ingresos netos anuales del último año fiscal y el valor de los activos, y comparándolos con los valores publicados por la autoridad de competencia se concluye que el referido caso sería aprobado en el mismo sentido que con la anterior ley.

Por último, se realizó un esfuerzo al contrastarlo con las reglas y procedimientos de evaluación del control de concentraciones de la Federal Trade Commission, teniendo en cuenta que los pasos establecidos por la agencia de Estados Unidos no son estrictamente los mismos de la nueva ley de concentraciones de Perú, no obstante, el resultado de este análisis implica la evaluación a través del HHI, concluyendo que la nueva ley de Concentraciones del Perú sigue los lineamientos y directrices de la Federal Trade Commission respecto a la operación de concentración de mercado

Con el propósito de realizar una evaluación adecuada por parte de la autoridad de competencia, los umbrales resultan significativos al momento de evaluar la operación de concentración, toda vez, que de estos dependerán las empresas involucradas para presentar una solicitud de operación ante la autoridad de competencia. Al respecto, la nueva ley de concentraciones de Perú ha establecido tales umbrales mediante un acto legislativo, motivo por el cual, una modificación de estos implicaría un procedimiento parlamentario, que generalmente, resulta engorroso por razones políticas y procedimentales. En ese sentido, a fin de obtener umbrales que se adecúen en el tiempo, se recomienda que la nueva ley de concentraciones pueda ser fortalecida con una revisión de umbrales periódica y, de otro lado, trasladar dicha facultad a la autoridad de competencia, lo que brindaría mayor dinamismo a esta última.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Washington State. Office of the Attorney General. (2022). *Guide to Antitrust Laws - Spanish*. <https://www.atg.wa.gov/guide-antitrust-laws-spanish#:~:text=En%201976%2C%20el%20Congreso%20aprob%C3%B3,la%20fusi%C3%B3n%20en%20el%20mercado>.
- Federal Trade Commission. (s.f.). *Premerger Notification and the Merger Review Process*. <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/mergers/premerger-notification-merger-review-process>
- Alliende Serra, M. (2020). El Nuevo Sistema de Control de Concentraciones Empresariales en Perú a la Luz de la Experiencia Chilena. *THEMIS Revista de Derecho*, 78, 279–303. <https://doi.org/10.18800/themis.202002.014>
- Coloma Ríos, F. (2016). *Fijación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile*. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/umbrales_operaciones_concentracion.pdf

Recibido: 22/04/2024

Aceptado: 21/05/2024