REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Constitucional

“EL SISTEMA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EX ANTE COMO UNA LIMITANTE AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DE ÁREA DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI EN EL SECTOR ELECTRICO”

Tesis presentado por la Bachiller:

Urrutia Orue, Karen Danitza

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho Constitucional

Asesor:

Mg. Mayta Coaguila Ronald

AREQUIPA- PERU

2018

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de "Santa María"

Jurado dictaminador N° 149
Expediente N. ° 20180000039293

Alumno:	**URRUTIA ORUE, KEREN DANITZA**
Asunto:	Dictamen para Borrador de Tesis
Maestría:	En Derecho Constitucional
Fecha:	05 de septiembre del 2018

Sr. Dr. Hugo Tejada Pradell
Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de "Santa María"

En cumplimiento de la Boleta de nombramiento de jurado dictaminador y dentro del plazo que señala el Reglamento de Graduación de Magister, procedo a emitir el siguiente dictamen:

Dictamen:

Visto el expediente N°20180000039293 de la Bachiller URRUTIA ORUE, KAREN DANITZA, que solicita Dictamen para el Borrador de Tesis titulado **"EL SISTEMA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EX ANTE COMO UNA LIMITANTE AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI"** con la que pretende optar el grado de Maestro en Derecho Constitucional, y, habiendo examinado el contenido, forma y anexos, este jurado emite dictamen favorable al considerar que el citado borrador reúne los criterios necesarios para su posterior defensa y sustentación.

Atentamente.

Ronald Mayta Coaguila
Docente de Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de "Santa María"

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DICTAMEN 20-18-BT

DE: Dra. Ana María Amado Mendoza
Docente de la Escuela de Postgrado de la UCSM
Dr. Jorge Luis Cáceres Arce
Docente de la Escuela de Postgrado de la UCSM
PARA: Dr. Hugo Tejada Pradell
Director de la Escuela de Postgrado de la UCSM
ASUNTO: Dictamen de Borrador de Tesis
Bachiller: Urrutia Orue, Karen

Recibido el Borrador de Tesis cuyo enunciado es: EL SISTEMA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EX ANTE COMO UNA LIMITANTE AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI, se hacen las siguientes observaciones:

- No se ha considerado el resumen y traducción a otro idioma, en el que se consigna los principales hallazgos de la investigación;
- En la introducción no se considera citaciones teniendo en cuenta que es la presentación del trabajo y en el deben alcanzarse las consideraciones del contenido de la investigación;
- Profundizar el desarrollo de las materias de acuerdo a los objetivos planteados para la investigación. Se entiende que el Capítulo III es el más importante por lo que no puede tener menos cantidad de páginas que los capítulos de mero desarrollo teórico;
- Las conclusiones dan respuesta a los objetivos;
- No se alcanza la propuesta.

Una vez superadas las observaciones el borrador podrá ser sustentado, salvo mejor parecer.

Arequipa, 04 de setiembre 2018

Dr. Jorge Luis Cáceres Arce
Docente Dictaminador

Ana María Amado Mendoza
Docente Dictaminadora

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

PRESENTACION

El sistema de control de concentraciones empresariales constituye una de las mas importantes expresiones del derecho de la competencia, en efecto esta herramienta le permite a la autoridad de la competencia (cuando el control es previo), impedir que se lleven operaciones que restrinjan indebidamente la competencia o bien autorizarlas en forma condicionada con el fin de que la autoridad pueda garantizar la preservación de la libre competencia en los mercados.

Así, la economía social de mercado sostiene que la organización de la economía de mercado solo puede mantenerse si este se sustenta teniendo como base la iniciativa privada y la competencia, organizada esta última como un programa estatal pues la teoría de esta concepción sostienen que no es posible el funcionamiento adecuado de un mercado y de la libre competencia sin que ambas se encuentren aseguradas por el ordenamiento estatal que asegure la libre competencia y controle la formación de concentraciones empresariales, refutando con esta afirmación a la teoría liberal que postula un mercado con mínima regulación estatal.

Bajo ese entendido el propósito de esta investigación es hacer una presentación del régimen de control de concentraciones empresariales ex ante en el sector eléctrico, para determinar su naturaleza y a partir de un análisis comprobar si esta vulnera o no el derecho a la libertad de empresa, determinando para ello la perspectiva jurisprudencial por parte de la Comisión de la Libre Competencia del INDECOPI – Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- órgano que sería el encargado de regular el control de concentraciones empresariales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Dedico la presente investigación a mis padres, mi novio y todos aquellos que me brindaron su apoyo constante.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

RESUMEN

El control de las concentraciones empresariales ha sido regularmente entendido como una intromisión estatal injustificada dentro de Estados con economías sumamente frágiles al considerársele como una práctica atentatoria del modelo impuesto de Economía Social de Mercado. Sin embargo, contrario a lo que pareciera, se ha demostrado que un efectivo control de dichas concentraciones colabora a generar un equilibrio entre los intereses de las compañías y los principios económicos de libre competencia y libertad de empresa. En cuanto a los modos para efectuar tal control, se tiene en principio el más común de ellos, el cual es el control ex post, que configura una evaluación de las concentraciones luego de haberse estas consumado, mientras que el caso menos habitual resulta el del control ex ante, el cual implica una evaluación de las concentraciones antes de su ejecución. A pesar de su impopularidad, el control ex ante de concentraciones empresariales ha demostrado tener un mejor resultado en la defensa del elemento social de la Economía Social de Mercado, lo que se ha evaluado en jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional peruano y se ha discutido en el Parlamento Nacional, donde aún aguardan proyectos de ley relativos a la implantación de este tipo de control de concentraciones. El recuento de jurisprudencia que se tiene a la fecha da cuenta que tanto el derecho a la libertad de empresa, como la libre competencia deben ir de la mano con medidas de control de la economía; más aún si estas buscan corregir los desequilibrios de la economía antes de que estas tengan efectos negativos en dicho campo. Con esa finalidad se ha elaborado la presente tesis, cuyo primer capítulo se ha logrado explicar cómo las concentraciones empresariales han operado en distintos sistemas.

En el segundo capítulo se explicará el contenido protegido que se le ha otorgado a la libertad de empresa como derecho fundamental y la relación que ha logrado obtener con la libre competencia, estos dos como pilares fundamentales de la Economía Social de Mercado peruano. Finalmente, en el tercer capítulo, se efectúa un análisis de varias resoluciones emitidas por la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, las cuales denotan un análisis de concentraciones solo en el sector eléctrico acompañadas de un respeto de ningún modo absoluto al derecho a la libertad de empresa; todo ello a partir de un control *ex ante*.

Palabras clave: Control de Concentraciones

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ABSTRACT

The control of business concentrations has been regularly understood as an unjustified state interference within states with extremely fragile economies, since it is considered as a violation of the model imposed by the Social Market Economy. However, contrary to what it seems, it has been demonstrated that an effective control of these concentrations helps to create a balance between the interests of the companies and the economic principles of free competition and freedom of enterprise. Regarding the ways to carry out such control, the most common one is in principle, which is the ex post control, which configures an evaluation of the concentrations after having been completed, while the less usual case is that of the ex ante control, which implies an evaluation of the concentrations before their execution. Despite its unpopularity, the ex ante control of business concentrations has shown to have a better result in the defense of the social element of the Social Market Economy, which has been evaluated in constitutional jurisprudence of the Peruvian Constitutional Court and has been discussed in the National Parliament, where bills are still pending regarding the implementation of this type of merger control. The count of jurisprudence that has to date gives account that as much the right to the freedom of company, like the free competition must go of the hand with measures of control of the economy; even more if they seek to correct the imbalances of the economy before they have negative effects in that field. With this purpose, the present thesis has been elaborated, whose first chapter has been able to explain how business concentrations have operated in different systems.

In the second chapter will explain the protected content that has been granted to the freedom of business as a fundamental right and the relationship that has been achieved with free competition, these two as fundamental pillars of the Peruvian Social Market Economy. Finally, in the third chapter, an analysis is made of several resolutions issued by the INDECOPI Free Competition Commission, which denote an analysis of concentrations only in the electricity sector accompanied by absolutely no respect for the right to freedom of company; all this from an ex ante control.

Keywords: The control of concentrations

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Índice de Contenido

PRESENTACION ..
RESUMEN ..
ABSTRACT .
INTRODUCCIÓN
CAPÍTULO I 1
EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES 1
INTRODUCCIÓN 1
1.1 La concentración empresarial 2
1.2 La regulación de concentraciones ex ante 4
1.3 El control de concentraciones en la legislación comparada 7
1.3.1 El control de concentraciones bajo la perspectiva estadounidense .. 8
1.3.2. El control de concentraciones bajo la perspectiva Europea 13
1.4 El control de concentraciones en la legislación peruana 18
1.5 El control de concentraciones en el sector eléctrico peruano 21
CAPÍTULO II 26
DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA DENTRO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO 26
INTRODUCCIÓN 26
2.1 Antecedentes históricos 29
2.2 Globalización 31
2.3 La economía social de mercado 33
2.3.1 Antecedentes y construcción de la terminología 33
2.3.2. Componentes de la Economía Social de Mercado 36
2.3.3. Principios de la Economía Social de Mercado: 37
2.3.4. Contenido Social de la Economía Social de Mercado 39
2.3.5. El Estado de Derecho y la Economía Social de Mercado 45
2.3.6. El Estado Subsidiario 45
2.3.7. Introducción a la Economía Social de Mercado en el Perú 47

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.4 Derecho fundamental a la libertad de empresa 50

2.4.1. Libertad de Empresa en la doctrina 50

2.4.2. La libertad empresarial en la jurisprudencia interamericana..... 50

2.4.3. El derecho fundamental a la libertad empresarial en el Perú 52

2.5 Construcción del derecho fundamental a la libertad de empresa a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano 54

2.5.1. Expediente N° 3330-2004-AA/TC (caso “Discoteca Calle Ocho”) . 54

2.5.2. Expediente N° 03048-2007-PA/TC (Caso “Importaciones Fukuroi Company E.I.R.L.”) 59

2.5.3. Expediente N° 01405-2010-PA/TC Callao (Caso “Corporación Rey S.A.”) 63

2.5.4. Expediente N° 03479-2011-PA/TC Callao (Caso “Agencia Marítima Internacional S.A. – MARINTER”) 67

CAPÍTULO III 69

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DE LA ÁREA DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI EN EL SECTOR ELECTRICO 69

INTRODUCCIÓN 69

3.1 Consideraciones generales..... 71

3.2 Resoluciones emitidas por la Comisión de Libre competencia del INDECOPI..... 73

3.1.1. Resolución N° 002-1998-CLC-INDECOPI 73

3.1.2. Resolución N° 015-1998-CLC-INDECOPI 74

3.1.3. Resolución N° 012-1999-CLC-INDECOPI 75

3.1.4. Resolución N° 029-2001-CLC- INDECOPI 79

3.1.5. Resolución N° 016-2002-CLC- INDECOPI 80

3.1.6. Resolución N° 020-2002-CLC-INDECOPI 81

3.1.7. Resolución N° 022-2002-CLC-INDECOPI 83

3.1.8. Resolución 026-2006-CLC- INDECOPI 84

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.1.9. Resolución N° 052-2006-CLC-INDECOPI 85
3.1.10. Resolución N° 081-2006-CLC-INDECOPI 86
3.1.11. Resolución N° 0623-2014/SDC-INDECOPI 89
3.1.12. Resolución N° 058-2009/CLC-INDECOPI 90
3.1.13. Resolución N° 082-2009/CLC-INDECOPI 92
3.1.14. Resolución 027-2011/CLC-INDECOPI 93
3.1.15. Resolución N° 038-2017/CLC-INDECOPI 95
3.1.16. Resolución N° 001-2018/CLC-INDECOPI 96
3.2 Principales Hallazgos 97
3.3 Efectos negativos y positivos de la concentración de empresas 98
CONCLUSIONES 100
RECOMENDACIONES 102
BIBLIOGRAFÍA 103
PROYECTO DE TESIS 113
I. PREAMBULO 113
II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO 114
2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN 114
2.1 Enunciado del Problema: 114
2.2 Descripción del Problema: 114
2.3 Justificación 116
III. Marco conceptual 117
3.1 Las Concentraciones Empresariales: Consideraciones Generales 117
3.2 El control de concentraciones en la legislación comparada 119
3.3 El control de concentraciones en la legislación peruana 124
3.4 La controversia de control previo en las concentraciones en Perú 125
3.5 El Derecho a la Libertad de Empresa 128
IV. Antecedentes Investigativos 131
V. Objetivos 132
5.1 Objetivo Principal 132

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5.2 Objetivos Secundarios 132
VI. Hipótesis 132
VII. Planteamiento operacional: 133
7.1. Técnicas e Instrumentos de Verificación: 133
VIII. Campo de verificación 139
8.1. Campo de Verificación: 139
8.2. Ubicación Espacial: 140
8.3. Ubicación Temporal: 140
8.4. Unidades de Estudio: 140
IX. Estrategia de recolección de datos 141
X. Cronograma de trabajo 142
XI. Bibliografía consultada 143

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

INTRODUCCIÓN

Regularmente las empresas han sentido la necesidad de concentrarse entre ellas para generar a su vez mayores ganancias, las cuales en el mundo de los negocios conocemos como utilidades, empero ese no ha sido el único beneficio conocido a partir de la concentración de empresas. Con base en ello, es que se debaten las razones para que se exija un control de concentraciones.

Es en ese contexto que el Estado aparece con una actitud regulatoria y de protección de la libre competencia, pues es frente a estas variaciones de la economía que el Estado tiene la posibilidad y la obligación de intervenir frente a estos contextos para aliviar las curvaturas que se presenten en el mercado. Dicha labor ha sido encargada al Estado a partir de los principios de Economía Social de Mercado, la cual ha sido frecuentemente distorsionada y confundida con el liberalismo extremista.

Siendo así, con la idea latente de que existen libertades económicas, se ha expuesto que la intromisión del Estado *per se* sea percibida como un error de la Economía; muchas veces se ha olvidado que dichas libertades (principalmente el derecho a la libertad de empresa y libre competencia) otorgan justamente al Estado un rol pasivo, pero siempre importante que se condice con el contenido social de la Economía Social de Mercado, cual regenta nuestro sistema.

A propósito, la idea de una Economía Social de Mercado que está latente en el Perú es la que guía las relaciones económicas que se destacan cada día en el país. El equivocado direccionamiento que se le ha dado a esta Economía Social de Mercado ha marcado los mencionados temores.

Volviendo a las concentraciones en nuestro país, el tema del control de ellas ha sido expuesta en la legislación como una actividad a realizarse solamente una vez efectuada la concentración, esto es *ex post;* y solo en el sector eléctrico no se ha limitado a ese tipo de control, permitiéndose la evaluación *ex ante* de la concentración. Esta tarea ha sido encomendada en nuestro país al

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

INDECOPI, institución que con más de dos décadas de experiencia solo ha tenido ocasión de reiterar ese contenido de control de concentraciones en el sector eléctrico, siempre reafirmando su intención de acentuar tal control.

Contrario a lo que podría pensarse, el control de concentraciones puede servir para legitimar una Economía Social de Mercado en la que la población se encuentra descreída y sirve además para construir una economía más sólida, sin variaciones y más propensa a recibir inversiones.

Siendo que el control de concentraciones puede efectuarse *ex ante* o *ex post*, la meta es delimitar cuál de ellas es la más adecuada, aunque en nuestro caso, será desvirtuar porqué la primera también es correcta y contrariar las voces que la callan, todo ello en consonancia con el modelo de Economía Social de Mercado vigente.

Antes de adentrarnos en el desarrollo de la presente investigación, es conveniente resaltar trabajos previos que han servido para la decisión de abordar este tema, los mismos que pudieron haber servido para tener mayor noción al respecto, empero que no necesariamente comparten la finalidad que la autora de la presente tesis ha de plasmar en este trabajo.

Con dicha precisión, cabe decir que la presente tesis ha sido elaborada, como muchas otras, a partir de antecedentes esbozados en temas semejantes. Entre los principales trabajos a ser tomados en cuenta se encuentran:

i) “El control previo de las concentraciones empresariales en el Perú: ventajas y desventajas”, tesis presentada para optar al título de magister en Finanzas y Derecho Corporativo, ante la Universidad ESAN en el año 2015. Este trabajo se centró en mostrar ventajas y desventajas para la pronta implementación del control de concentraciones en distintos ámbitos de la economía peruana, desde la idea que ello podría convertirse en un factor que desincentive las inversiones en el país.

ii) “La Concentración empresarial de medios de comunicación escritos en el Perú y su influencia en el pluralismo informativo”, tesis presentada para optar al título de abogada, ante la Universidad

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Privada del Norte. El objetivo de este trabajo fue demostrar la necesidad de contar con un Estado más involucrado en el combate a las concentraciones empresariales, aunque dicho tema se restringió al sector de las comunicaciones en el entendido que es deber estatal salvaguardar el derecho de acceso a la información de sus ciudadanos.

iii) Mesa Redonda: "Derecho de la Competencia Versus Fusiones y Adquisiciones: el Estado de la Cuestión en el Perú", artículo que fue publicado en la revista Derecho y Sociedad Nro. 41. Interesantemente, se abarca el problema desde un punto de vista meramente económico, así, la idea de implementar un control de concentraciones en el Perú resultaría, a juicio de los autores, en un despropósito que ahuyentaría inversionistas y que acrecentaría los costos de procedimientos para resolver estos temas.

iv) Finalmente, tenemos el trabajo titulado "Control o no control de fusiones en la industria regulada: extendiendo el caso del sector eléctrico al mercado de gas natural". Cual fuera una tesis presentada para optar al grado de magister en derecho de la empresa. El trabajo, que aparente estar planteado desde una óptica proteccionista, asevera que en el Perú solo procedería un control ex ante de concentraciones en el rubro gasifico.

Todos estos trabajos, que han sido elaborados desde distintos puntos de vista, parecen reflejar únicamente lo que hasta el momento ya es sabido: que en cuanto al control de concentraciones de empresas en el Perú no hay un solo punto de vista, siendo que cada autor reflejará su posición a partir de sus experiencias y realidades.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO I

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

INTRODUCCIÓN

La política antimonopolios de un país constituye un pilar fundamental para la existencia de un sistema de libre mercado. Sin embargo, resulta difícil encontrar un equilibrio respecto de cuál es la política antimonopolios adecuada.

Con el avance del tiempo, las corrientes de pensamiento han proporcionado el fundamento teórico necesario para dar lugar al establecimiento de normas de competencia. Estas corrientes, han realizado aportes sobre la forma y alcance de la intervención del Estado en el proceso económico, y el rol que cumple la libre competencia en el mercado tratando de establecer las ventajas y desventajas de la intervención del Estado en la economía frente a las fuerzas que se presentan en el mercado dirigidas por los agentes económicos o competidores en un proceso de competencia.

El Derecho de la Competencia concibe un conglomerado de normas que regulan el poder de las empresas, sea actual o potencial; en un mercado determinado con la finalidad de proteger el proceso competitivo. Para esto, el Estado cuenta con dos instrumentos, conocidos como control *ex post* y control *ex ante.*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El primero hace referencia a la evaluación de la conducta de los agentes competidores en el mercado; por otro lado, el control *ex ante* se ocupa de la evaluación de la estructura del mercado y los efectos que se produzcan con motivo de las operaciones de concentración empresarial.(RETORTILLO S. D., 1998).

Estos instrumentos cumplen propósitos distintos en relación a la protección del proceso competitivo y la libre competencia en los mercados, pero se complementan entre sí, ya que se orientan a la evaluación de la creación y fortalecimiento del poder de mercado por parte de los agentes económicos.

1.1 La concentración empresarial

Las actividades de concentración empresarial concebidas como uniones entre productores o proveedores de un mismo tipo de bien o servicio y que participan de un mismo mercado, pueden tener implicancias positivas para las empresas como la disminución de los costos de producción y de distribución al mismo tiempo que presentan efectos adversos para el mercado y la competencia ya que al consolidar un crecimiento corporativo externo en el corto plazo, y un verdadero cambio de su estructura empresarial, conllevan a la reducción del número de las empresas que participan en el mercado, por lo que, pueden generarse situaciones que limiten o restrinjan la competencia efectiva, a través de la creación o fortalecimiento de posiciones de dominio en el mercado que perjudican a otros competidores o a los consumidores, directamente (ALVAREZ ARJONA, J.M.; CARRASCO PERERA, A., 2004, pág. 819).

Entre los distintos tipos de concentración empresarial que existen, distinguimos la concentración horizontal y la concentración vertical. Entendiendo la primera como aquella que se da con empresas que trabajan en un mismo sector y la segunda como la que resulta de las empresas que complementan su actividad productiva para mejorar su rentabilidad. (ALVAREZ ARJONA, J.M.; CARRASCO PERERA, A., 2004).

Otro tipo concentración considerado por autores contemporáneos es el conglomerado, se refiere a la unificación de estados financieros de un grupo empresarial. El conglomerado es un grupo de empresas que se encuentran

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

concentradas y cada una de ellas ejerce su actividad en sectores distintos de las demás. Este tipo de concentraciones ofrece ventajas tales como: reducir el riesgo general, facilitar la movilización de capitales y de recursos humanos, y obtener una mejor asignación de los medios de producción (PASCUAL Y VICENTE, 2002, pág. 112).

En concordancia con lo previamente manifestado, el control de concentraciones empresariales se justifica por la posible realización de operaciones de concentración que pueden plantear un problema a la competencia al establecer estructuras de mercado que limiten o restrinjan la competencia en perjuicio de los consumidores.

Es importante manifestar que no toda operación de concentración se encuentra sujeta al procedimiento administrativo de evaluación previa a través del control *ex ante*, sino que sólo serán objeto de evaluación aquellas que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la ley, y que es definida por un umbral, lo cual permite la intervención del Estado para pronunciarse sobre los efectos restrictivos a la competencia efectiva en el mercado relevante. Este umbral es la señal que autoriza a la autoridad para pronunciarse respecto de un acto eminentemente privado como es una operación corporativa de crecimiento externo (MIRANDA LONDOÑO, 2006, págs. 277-278).

El control de concentraciones puede ser de tipo obligatorio o de tipo voluntario. En caso del control de concentraciones de tipo voluntario, la falta de notificación no genera ninguna consecuencia jurídica para la operación y tampoco para las partes participantes en la misma, por lo que los actos que se produzcan con posterioridad a la operación serán válidos. A diferencia de ello, para el control de tipo obligatorio, si la operación de concentración se consuma con el cierre de la operación de adquisición, sin que se haya aún producido la resolución de la autoridad de competencia, los actos jurídicos que se produzcan no serán válidos(DE LEÓN, 2000, págs. 69-71).

A través del control de concentraciones empresariales el bien jurídico que se protege es en esencia la libre competencia orientada al bienestar de los consumidores. En ese sentido, el control de concentraciones empresariales no

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

condena las concentraciones empresariales, sino que actúa como mecanismo de prevención en la tutela del proceso competitivo (DE LEÓN, 2000, págs. 70-72).

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad (y obligación) de evaluar las concentraciones, en doctrina encontramos coherentes explicaciones sobre ese punto, las cuales van descritas de la siguiente manera:

> *"Este proceso se repite de manera ágil y permanente, de modo que se hace necesaria la institucionalización de mecanismos que defiendan la legitimidad y transparencia de este proceso económico, ante la posibilidad de que las empresas, gracias a su poder de mercado o a su capacidad de concretar acuerdos, puedan defraudar este andamiaje – que da sustento al sistema – y que conocemos como libre competencia"* (MONTOYA PARDO, 2012).

Lo anterior se valida cuando nos encontramos ante un modelo de economía social de mercado, el cual espera una actuación más activa del Estado, el mismo que buscará la perfecta sincronía entre todos los elementos de dicho modelo de mercado. Al respecto:

> *"La regulación del fenómeno de las concentraciones pone a prueba la capacidad de los juristas para preservar las legítimas finalidades que el Estado moderno espera de la competencia y que, por eso mismo, no puede permitir que pueda ser puesto en peligro por una dinámica de concentraciones que conduzca a la negación de la competencia misma"* (DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, 1999).

1.2 La regulación de concentraciones ex ante

El control *ex ante*, está claramente relacionado con la regulación antimonopolios y, en especial, con el control preventivo de concentraciones. Si entendemos en forma genérica como toda estructura cuyo objeto es concentrar participación de mercado; el control ex ante, consiste en un procedimiento administrativo sobre el cual la autoridad de competencia evalúa la operación de concentración a fin de determinar si dicha operación restringe o limita de manera sustantiva la competencia efectiva en el mercado. En consecuencia, se

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

trata de un instrumento de control preventivo con la finalidad de evitar efectos negativos o distorsiones irreversibles en la estructura del mercado (ZUÑIGA FERNANDEZ, 2010, pág. 405).

Si bien en la mayoría de países es ampliamente aceptado el control de concentraciones desde una perspectiva previa a la concreción del mismo, existen algunos que no se encuentran alineados a esta visión, este es el caso de Perú. Esto se debe a la interminable discusión de quienes se encuentran a favor y en contra de este tipo de disposiciones.

Uno de los más grandes opositores al control de concentraciones en nuestro país es el entendido Alfredo Bullard, quien sostiene que introducir en el sistema legal peruano el control de concentraciones traería más perjuicios que beneficios, en tanto según su posición, el análisis que podrían realizar los funcionarios encargados no es más que una proyección en relación al comportamiento de ciertos agentes en algo tan volátil como es el mercado, así también sostiene que no hay estudios que arrojen, de manera convincente y clara, que los controles de concentraciones permiten hacer una discriminación adecuada en relación a qué concentración será positiva para el mercado y cuál no. Para él, las concentraciones y desconcentraciones forman parte del proceso natural del mercado, y la libertad del mercado para poder actuar, repercute en una mejora en la economía(BULLARD GONZALESs, 2012, pág. 100).

Algunos otros autores han sostenido, en el mismo sentido, que no necesariamente una concentración implicará el abuso por parte de las empresas involucradas de su poder de mercado, sino que ello dependerá, de diversos factores como lo son, las particularidades del mercado, los planes empresariales que tengan las implicadas, el comportamiento de la demanda, las barreras de ingreso al mercado en cuestión, entre muchos otros. Por ello, sostienen que realizar una limitación *ex ante*, resulta siendo un control innecesario en algunas ocasiones, ya que podría lograrse lo mismo realizando una verificación de la actuación real de las partes en el mercado, ello no sólo evitará minar concentraciones que podrían resultar positivas para la competencia, sino que implicarán ahorros en costos innecesarios como son:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

recursos estatales, tiempos, recursos de las empresas implicadas, entre otros(ROLDAN BARRAZA, 2012, pág. 78).

En esta línea de razonamiento se sostiene que uno de los puntos más débiles del control de concentraciones empresariales es el mínimo resultado que tiene sobre el gran universo que pretende abarcar. Otros argumentos que se suman a la posición contraria al control previo de concentraciones postulan que este tipo de actuaciones puede abrir las puertas a intervenciones políticas en el desarrollo de la economía, así también se sostiene que la incertidumbre generada por las variables decisiones sobre las concentraciones podrían llevar a un desincentivo para que los agentes inviertan, lo que a su vez podría tener un impacto negativo en la economía.

De otro lado, se encuentran los argumentos destinados a señalar que el control previo de concentraciones es positivo y necesario a efectos de mantener un correcto funcionamiento del mercado en competencia, asegurando que las concentraciones que se lleven a cabo se encuentren en la medida de lo posible de vicios intrínsecos. Es importante destacar que las políticas de este tipo no buscan analizar la integridad de estas operaciones sino aquellas que por su relevancia pueden causar un impacto significativo en el mercado, a tal efecto se establecen ciertos estándares sobre los cuales se procederá a realizar el control, estos estándares dependerán de lo que cada legislación establezca, de acuerdo a la realidad económica en la que se desarrollan(ROLDAN BARRAZA, 2012, pág. 79).

Uno de los argumentos más sonados en contra del control ex ante es que este desincentivaría las inversiones y el desarrollo o fortalecimiento del mercado, al respecto se debe tener en cuenta que la prosperidad económica debe ir de la mano de actuaciones conforme a las políticas de competencia. Se debe considerar adicionalmente que los controles buscan normalmente que las concentraciones se lleven a cabo, a tal efecto se prefiere establecer condicionamientos a la operación antes que rechazar de plano estas acciones, salvo se trate de actividades que sean altamente ofensivas de la competencia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En tal sentido, los inversores no sólo tendrán la tranquilidad de que, en tanto se actúe sin intención de dañar la competencia, su operación no debería tener ningún problema, sino que adicionalmente sabrán que actúan en un mercado en el que se vigila que las concentraciones de los agentes no creen afectaciones contrarias a las normas.

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

Por último, en relación al argumento referido al elevado coste que implica la implementación de este tipo de controles, debemos sostener que ello no es una condición intrínseca de estos, sino que dependerá de los límites en cuotas de mercado o monetarias que se establezcan para la revisión, así en tanto haya una fijación de los límites con una visión de la realidad y de las necesidades de la economía que se regula, los costes no deberían ser un inconveniente, claro está que también debe implementarse procedimientos simples, expeditivos y transparentes(OLIVOS CELIS M. K., 2012, pág. 36).

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

1.3 El control de concentraciones en la legislación comparada

La aplicación del control de concentraciones se extiende a nivel global por las implicancias, como fue tratada y conocida, por lo que los inversionistas y las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

empresas reconocen como parte de la evaluación de sus decisiones estratégicas el marco jurídico que regula el derecho de la competencia.

Actualmente en la región latinoamericana la mayoría de países presentan en sus ordenamientos jurídicos disposiciones sobre control de concentraciones. Los únicos países que no tienen una ley sobre control de concentraciones aplicable a toda la economía son Guatemala, Bolivia, y Perú. Guatemala y Bolivia no tienen aún ley de competencia. Bolivia ejerce de manera restringida el control en determinados mercados regulados a través de una ley que rige el sistema de regulación sectorial. En el caso del Perú, se ejerce el control de concentraciones de manera limitada al sector eléctrico.(ZUÑIGA FERNANDEZ T. , 2010, págs. 343-346).

1.3.1 El control de concentraciones bajo la perspectiva estadounidense

La primera legislación a la que nos enfocaremos será la americana, por ser de especial relevancia en cuanto a temas de Economía se refiere. El amplío sistema con el que se cuenta, lo que va de la mano con una arraigada corriente liberal hace de especial atención dicha normatividad.

La defensa de la competencia, el llamado derecho *antitrust* en Estados Unidos es una forma de intervención del Estado en el mercado, diseñada para mantener una competencia adecuada. Este tema ha calado en la jurisprudencia norteamericana de tal forma que incluso la Corte Suprema de los Estados Unidos ha indicado que el sistema del derecho *antitrust* se fundamente en que "la interacción no restringida de las fuerzas competitivas comportará una mejor asignación de nuestros recursos económicos, precios más bajos, mayor calidad y mayor progreso material‘‘(GARRIGUES, 1964, pág. 112).

Las leyes *antitrust* en la primera potencia económica del mundo se remontan a varios siglos de antigüedad. Para mayor abundamiento podemos anotar que la Constitución del Estado de Maryland de 1776 indicaba a la letra: "los monopolios son indeseables, contrarios al espíritu delibre gobierno y los principios del comercio y no deberían ser tolerados". No obstante, la evolución del sistema económico norteamericano, especialmente a partir de la guerra civil, hizo necesaria una normativa dirigida concretamente a evitar las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

concentraciones de poder económico que causan perjuicios a los ciudadanos directamente afectados por la Economía, en un país tan industrializado(GAL, 2001, pág. 144).

La expansión del mercado y las trascendentales innovaciones tecnológicas permitieron incrementar las ganancias de las empresas, al mismo tiempo que creaban problemas derivados de una intensificación de la competencia entre ellas. Las empresas buscaron entonces medios de protección para reducir la competencia a través de varias fórmulas.

Se produjo una aceleración de la concentración del poder económico, que reemplazó al anterior sistema descentralizado, en perjuicio de pequeñas empresas. Estas nuevas grandes empresas, que concentran una parte importante del poder económico, no se percibían por el público en general como interesadas en la competencia, en la eficiencia o en la protección de los consumidores, sino en la acumulación de riqueza y poder. Las empresas que teóricamente debían competir entre ellas realizaban acuerdos que permanecían secretos acerca del mantenimiento de precios y otros aspectos del entorno de la competencia(GAL, 2001, págs. 144-146).

Aparece entonces la demanda de una legislación cuyo objetivo sea la lucha contra estos acuerdos o situaciones de concentración de poder que sirven a unos, a su acumulación de riqueza y de mayor poder, en contra de los ciudadanos. Posteriormente, esta preocupación originó la adopción en 1890 de una normativa federal contra las combinaciones para restringir la competencia en el mercado y contra las situaciones monopolísticas, la llamada *Sherman Act* (FIKENTSCHER W., 1998, pág. 197).

Esta ley aparece muy vinculada a la creencia postulada por Thomas Jefferson de que los monopolios son incompatibles con la tradición democrática de los Estados Unidos. Es preciso destacar la consideración que merece esta normativa por parte de la Corte Suprema americana: "el Derecho *antitrust* en general, y la *Sherman Act* en concreto, son la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para la preservación de la libertad económica y para

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

nuestro sistema de libre empresa como es la Bill Of Rights para la protección de nuestras libertades personales fundamentales"(JEFFERSON, 1779).

De este modo, la normativa de los Estados Unidos en materia de libre competencia ha ido cambiando y progresando a través del tiempo. La evolución y desarrollo de la economía y de los mercados han enfrentado a los legisladores a nuevas situaciones no comprendidas en las normas originales, requiriendo adaptación para mantener la eficiencia.

Para los estadounidenses es importante disponer de mecanismos que eviten la concentración de poder económico, pues éste no debe residir en una persona o grupo de personas y para ello se estructuró la legislación *antitrust* federal, en concordancia con el sistema político de la Constitución federal americana, caracterizada por la difusión del poder mediante constantes equilibrios y contra-equilibrios expresados en los conocidos *“check and balances”*, como fórmula fundamental para la preservación de los derechos de los ciudadanos(FIKENTSCHER W., 1998, pág. 197).

La *Sherman Act*, originalmente denominada como *"AII Act to protect trade and comnierce against unlawful restraints and monopolies"* (Estatuto para proteger el intercambio y el comercio contra restricciones y monopolios ilegales) fue una respuesta al sentimiento popular de que las grandes organizaciones corporativas estaban ganando demasiado poder sobre la vida de los ciudadanos(FIKENTSCHER W., 1998, pág. 157). Haremos un recuento de las secciones de esta norma.

Así fue diseñada para ser un código comprensivo de la libertad económica como regla del comercio, con la finalidad de preservar la competencia libre y no obstaculizarla y servirá para la mejor utilización de los recursos económicos, para favorecer el progreso y para potenciar una situación conducente a la preservación de nuestras instituciones políticas, sociales y democráticas. Con sus ya más de cien años, constituye el pilar fundamental en esta materia(FOX, 2002, pág. 409).

En su sección primera establece el principio base sobre el cual descansa esta área del derecho: “…declara que cualquier contrato, combinación o

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

conspiración que pretenda afectar o restringir la competencia o el comercio entre los Estados o con países amigos es ilegal y constituye un delito".

En concreto, señala que quienes sean sancionados como culpables de actos de esta naturaleza pueden verse afectos tanto a sanciones económicas como a sanciones penales.

La segunda sección de esta norma se refiere a los monopolios, y señala que el que pretenda o tienda a crear un monopolio, conspire o se combine con otro para monopolizar un área o ámbito de la actividad económica, ya sea dentro de los Estados Unidos de América o en actos con otros países, comete delito.

La cuarta sección de la *Sherman Act* otorga competencia a los tribunales de justicia para conocer de estas materias. En concreto, la ley da un mandato a las cortes para que prevengan y restrinjan las violaciones a la libre competencia contempladas en las siete prime ras secciones de este texto legal. Similar mandato otorga la ley a los fiscales - que cumplen un rol relevante en la estructura judicial norte americana- para que prevengan y restrinjan las posibles violaciones a la libre competencia.

Otra norma importante en la legislación americana es la *Clayton Act*, la que regula bajo el marco básico sobre libre competencia que nos otorga la *Sherman Act*, y con el objeto de desarrollar en específico temas que no fueron cubiertos por la norma base. Este cuerpo normativo que data del año 1914 y que ha sufrido diversas modificaciones a través de los años es la norma actualmente aplicable a las concentraciones en materia de libre competencia(DURAND CARRIÓN, 2009, pág. 153).

En su sección 7, establece que ninguna persona (incluye todo tipo de sociedades)involucrada en el comercio o la actividad comercial debe adquirir, directa o indirectamente, el total o parte de los derechos, participación de capital o acciones en una sociedad; ninguna persona debe adquirir la totalidad o parte de los activos de otra persona involucrada en el comercio o actividad comercial cuando dicha adquisición pueda substancialmente lesionar la competencia, o sea tendiente a crear un monopolio.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La sección 7A del cuerpo normativo, incorporada en el año 1976 y conocida como la *"Hart-Scou-Rodino Antitrust ImprovementAct"*, incorpora un nuevo concepto. Se trata de exigir la notificación previa a la realización de una fusión, cuando se reúnan ciertas condiciones.

Dentro de la perspectiva americana merece especial mención el rol que cumplen las agencias e instituciones dependientes del Gobierno Federal tanto en el proceso de creación de normas jurídicas como en la aplicación de las mismas. Conocida es la importancia de instituciones como la *Securities and Exchange Commission*, encargada de regular el desarrollo de los mercados de valores y las actividades corporativas; la *Food and Drug Administration* que actualmente cumple un papel relevante en la lucha contra las empresas de tabaco; la *Environmental Protection Agency*, reguladora y fiscalizadora en materias medioambientales; la *Equal Employment Opportunity Commission*, agencia que participa activamente en la protección de normas laborales y en lucha contra la discriminación laboral, entre otras, lo que solo viene a modo referencial. Dentro de este largo listado de instituciones, encontramos dos organismos de gran importancia. Se trata del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y de la *Federal Trade Commission* (DURAND CARRIÓN, 2009, pág. 153).

La FTC (*Federal Trade Comission*) es una de las agencias destacadas creadas por el Congreso de los Estados Unidos de América, determina que los métodos injustos de competencia y las prácticas o actos de engaño en el comercio, o que puedan afectarlo, son contrarios a la ley.

En caso de que la FTC tenga una razón para creer que cualquier persona (natural o jurídica) ha usado o esté usando cualquier método injusto de competencia, o cualquier práctica o acto engañoso en el ámbito del comercio, debe notificar a dicha persona de tales circunstancias y debe citarla a declarar para día determinado, señalando los cargos que se le imputan. Si la FTC establece que el método de competencia o la práctica en cuestión constituye un acto sancionado por la ley, deberá dejar constancia de ello por escrito y deberá ordenar al afectado el cese de dicho método o práctica, una vez determinada la situación del respectivo caso, la FTC puede iniciar acciones

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

civiles contra los responsables para reparar los daños que resulten de sus actos.

El legislador americano además le da la facultad expresa y concreta a la FTC para que transe o comprometa cualquier acción civil o penal, siempre que dicha transacción, avenimiento o acuerdo sea acompañado por un documento público aprobado por la corte, que explica la situación. Así le da mayor libertad para que resuelva los conflictos que se le presenten de la manera que crea más apropiada(DURAND CARRIÓN, 2009, pág. 157).

En concreto lo que se ha expuesto en la realidad estadounidense es la facultad otorgada a su autoridad para determinar libremente si cualquier actividad resulta perjudicando la correcta competencia en los Estados Unidos, por lo que propiamente no se trata de un debate entre control *ex ante* o *ex post,* lo que resulta bastante más conveniente.

1.3.2. El control de concentraciones bajo la perspectiva Europea

La creación de un mercado común entre los Estados miembros en el marco de la Comunidad Económica Europea, hacía necesaria la adopción de disposiciones que garantizaran que la competencia no será falseada ya que el buen funcionamiento del mercado es esencial para la creación de empleo y el crecimiento económico. Para ello, se hacía ineludible prohibir y vedar aquellas actuaciones de los empresarios que puedan obstaculizar o impedir su correcta realización.

El Derecho europeo de defensa de la competencia persigue mantener una competencia eficaz mediante el establecimiento de controles sobre la actividad económica. El primer control se establece sobre las conductas o comportamientos empresariales contrarios a la libre competencia y el segundo control se establece sobre la estructura de mercado, a través del control de concentraciones de empresas.

Las normas dirigidas a controlar los comportamientos anticompetitivos reprenden y sancionan los acuerdos, decisiones y recomendaciones colectivas susceptibles de restringir la competencia en el mercado común, así como la explotación abusiva, unilateral o colectiva, de una posición dominante. Estos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

preceptos se asientan sobre un principio prohibitivo y su inobservancia acarrea la imposición de sanciones tanto administrativas como civiles(NAVARRO BARONA, 2001, pág. 43).

Esta exigencia se materializa en distintos cuerpos normativos como son el Tratado de Roma, que consagra un capítulo destinado a la protección de la libre competencia (artículos 81 y siguientes) y años más tarde, con la aprobación del Tratado de Lisboa en 2009, normas que conforman el Derecho europeo de la competencia y que se ha ido completando con otras disposiciones de derecho derivado, hoy aplicables a todos los Estados miembros de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo(NAVARRO BARONA, 2001, pág. 44).

Los acuerdos, decisiones y recomendaciones colectivas se someten a una clausula general prohibitiva acompañada de una lista ejemplificativa, de carácter no exhaustivo, de los supuestos más claros: el reparto de mercados o fuentes de aprovisionamiento, fijación de precios o condiciones de transacción, limitación de la producción, distribución y el desarrollo técnico y las inversiones, así como el trato discriminatorio y los contratos vinculados(ORTIZ BLANCO & RAMOS GOMEZ, 2005, pág. 377).

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por su parte, sanciona la explotación abusiva de la posición dominante. Parte de la consideración de que toda conducta abusiva es lesiva si se utiliza desde una posición de dominio y, por tanto, no debe ser permitida por el ordenamiento jurídico.

A entender de la Comisión y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el concepto de posición dominante está referido a una posición de poder que permite a una empresa comportarse de forma independiente respecto a sus competidores y clientes.

El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 es parte de un conjunto de legislaciones que son adoptadas en los Estados europeos después de la Segunda Guerra Mundial con el objetivo de proteger a la libre competencia en el mercado. Estas reflejan un estado de opinión que se debe, en parte, a los Estados Unidos. por su influencia en todos los órdenes sobre los países de la Europa occidental desde 1945. De este modo, la influencia que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

tuvo Estados Unidos en el proceso de reconstrucción de los Estados europeos tras la Segunda Guerra mundial se evidencia en la estructura de su derecho de la competencia (TRUJILLO RODRÍGUEZ, 2000, pág. 19).

El sistema de defensa de la competencia en Europa, tiene sus peculiaridades. En efecto, el derecho comunitario de la competencia básico se encuentra recogido en los artículos 85 a 94 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En ellos se establecen normas aplicables a las empresas, normas relativas a las prácticas *antidumping* y normas acerca de las ayudas otorgadas por los Estados miembros.

Actualmente, la regulación del control de concentraciones viene determinada por el Reglamento Nro. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas: “Reglamento de Concentraciones”. Esta normativa se completa con el Reglamento de Ejecución de la Unión Europea Nro. 1267/2013, de la Comisión de 5 de diciembre de 2013, “Reglamento de Ejecución”. Junto a estos reglamentos, existe también una comunicación consolidada de la Unión Europea relativa a los aspectos jurisdiccionales en el ámbito de las concentraciones que trata de clarificar diferentes aspectos en relación a las operaciones de concentración(SANCHEZ SANTIAGO, 2004, pág. 15).

El concepto de concentración en el Reglamento de Concentraciones europeo

El Reglamento de Concentraciones define en su artículo 3.1 el concepto de concentración económica. Así, se entiende que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

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

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Lo primero que hay que resaltar es que la definición de concentración, a la luz de la regulación del Reglamento de Concentraciones, tiene un alcance amplio y no estrictamente jurídico. En segundo lugar, el concepto de concentración va estrechamente vinculado a la noción de control, que se define en el artículo 3 del Reglamento, que dispone lo siguiente*:*

> *"El control resultará de los derechos, contratos y otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante:*
>
> *a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;*
>
> *b) derechos o contratos*
>
> *c) Concentraciones"*

Además, se exige que el cambio de control sea de carácter duradero y no meramente temporal o circunstancial. La jurisprudencia ha venido matizando qué se entiende por control duradero, concluyendo que se puede considerar como concentración a efectos del reglamento un cambio de control con un periodo mínimo de ocho años(SÁNCHEZ SANTIAGO, 2004, pág. 15).

Por último, el punto 5 del artículo 3 recoge una serie de supuestos que no serán considerados concentración económica a efectos del Reglamento de concentraciones.

Indicadores para evaluar las concentraciones en la Unión Europea

El Reglamento Nro.139/200, prevé dos tipos de indicadores para evaluar las concentraciones, los que son la cuota de mercado y el índice "Herfindahl - Hirschman" (IHH)(PEREZ ARANGURI, 2007, pág. 85).

La cuota de mercado se trata de criterio indiciario a efectos de presumir a partir de qué cuota, una concentración podrá generar una obstaculización en el mercado. Así, un porcentaje de cuota de mercado superior al 50% hará suponer que existe una posición de dominio suficiente como para afectar la competencia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

en el mercado en cuestión, por su parte cuando nos encontremos ante una concentración que genere una cuota de mercado que no supere el 25%, se considerará que es improbable que origine una concentración que genere los efectos negativos que se buscan evitar.

Por su parte, el índice “Herfindahl - Hirschman” (IHH) busca medir el grado de concentración que existe en determinado mercado, específicamente la variación que hay a partir de la concentración (PEREZ ARANGURI, 2007, pág. 88).

El artículo 7 del Reglamento, otorga a la Comisión diversas facultades para realizar una correcta investigación previa a la evaluación de los referidos indicadores. Entre estas destacan:

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

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

Remisión de operaciones de concentración

Existe una figura jurídica, conocida con el nombre de remisión, que posibilita que una operación con dimensión comunitaria sea estudiada por las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

autoridades de competencia de un Estado miembro en vez de por la Comisión Europea.

El artículo 4.4 del Reglamento de Concentraciones (también conocida como “la cláusula alemana”) otorga la posibilidad a las partes de la concentración de dimensión comunitaria de presentar un escrito a la Comisión Europea, alegando que dicha concentración afectará significativamente al mercado de un Estado Miembro. Este escrito deberá ser presentado por las partes antes de la notificación perceptiva de la Comisión. Tras recibir el escrito motivado, la Comisión deberá transmitirlo a los demás Estado Miembros. El Estado Miembro al cual se pretende remitir el asunto gozará de 15 días para manifestar su acuerdo o desacuerdo en relación a la solicitud de remisión. A menos que dicho Estado Miembro manifieste su desacuerdo, la Comisión tiene 25 días laborables desde la recepción del escrito motivado para emitir la decisión de proceder o no a la remisión del asunto. Si la Comisión guardase silencio en ese plazo de 25 días, se entenderá éste como positivo, remitiendo por tanto el asunto al Estado en cuestión(UE, 2010).

En conclusión, el control de concentración de empresas a nivel de la comunidad europea constituye una enorme aportación al funcionamiento del mercado interior de sus estados miembros, en cuanto que aporta un cuerpo armonizado de normas para la restructuración de empresas que garantizan que la competencia, y por lo tanto, los consumidores no se verán perjudicados por los efectos derivados de ésta.

1.4 El control de concentraciones en la legislación peruana

A finales de la década de los ochenta e inicios de los noventa, el Perú vivió un proceso de estabilización y de reformas estructurales, que incluyó un cambio en la política económica y por consiguiente la preocupación sobre cómo mejorar los niveles de competitividad de las empresas para permitir su desarrollo eficiente, dentro de un mercado globalizado.

Era la transición hacia una apertura económica cuyo norte era el bienestar de los consumidores, para ofrecerles más opciones de bienes y servicios, a mejor calidad, mejores condiciones y mejores precios.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El jurista español Hermenegildo Baylos afirma: “para que pueda decirse que un mercado se desarrolla en un régimen de competencia, es necesario que se den en él, en mayor o menor medida, tres circunstancias que bien podríamos llamar sus elementos competitivos, a saber: la formación autónoma de precios, la libertad de elección de los consumidores y la imposibilidad de que las empresas concurrentes basen exclusivamente en decisiones propias su política industrial, comercial y de ventas” (BAYLOS CARRAZA, 1993, pág. 203).

Dentro de este marco, fue necesario que en noviembre de 1992 se creara el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI, para que actúe como un ente que garantice la salud del sistema económico de manera que las reglas básicas de la competencia sean respetadas.

INDECOPI tiene bajo su ámbito de acción relacionados a la defensa del consumidor y la tutela del libre mercado. Uno de sus órganos funcionales es la Comisión de Libre Competencia, que cuenta con autonomía técnica y administrativa. Esta Comisión tiene como finalidad principal procurar la eliminación de 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 de tal manera que se logre el mayor beneficio para los usuarios y consumidores.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, se reafirmaron estos conceptos ya a nivel constitucional. El Artículo 61° dice: "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite, y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (…)"

En otras palabras, el Estado debe establecer las normas, condiciones y procedimientos en los que la libre competencia pueda desarrollarse de la mejor manera. Al mismo tiempo, ejerce vigilancia para que las reglas funcionen y para que los actores del mercado se conformen a ellas. Esto supone que pueda forzar a cumplir las normas y que sancione las transgresiones.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Uno de los principales problemas que tiene que superar la libre competencia es la existencia de posiciones dominantes o monopólicas. Una de las formas de distorsionar la libre competencia se da a través de la concentración de empresas que producen efectos negativos (CASAS PALIARES, 1999, pág. 122).

El Perú cuenta con un marco legal ex post, que prevé la prohibición de acuerdos, y el abuso de una empresa cuando tiene posición de dominio sin embargo a la fecha no cuenta con una regulación ex ante que controle las concentraciones anticompetitivas, es decir, no está previsto en ninguna normativa peruana que las empresas antes de concentrarse y adquirir un dominio del mercado muy amplio deban someterse a la autoridad de competencia para que emita una opinión sobre la operación.

Nuestro país no tiene un sistema de control de concentraciones, salvo en la industria de la energía eléctrica, no existen normas que regulen de manera previa, los requisitos, autorizaciones y condiciones a las que se deben sujetar las empresas que adoptan la decisión societaria de concentrarse (DIEZ CANSECO, 2012, pág. 78). En ese sentido se han presentado en varias oportunidades iniciativas legislativas para introducir un control de concentraciones empresariales.

El Proyecto de Ley Nro. 14199/2005-CR presentado el año 2005, con la propuesta de reforma de la Ley de competencia con un capítulo dirigido a regular las concentraciones y el Proyecto de Ley Nro. 972/2011-CR en el año 2012, con la propuesta de una ley específica sobre el control de concentraciones empresariales. Ambas iniciativas han planteado la evaluación previa de determinadas operaciones de concentración por parte de la autoridad de competencia y a pesar de que ambos proyectos obtuvieron el dictamen aprobatorio de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores del Congreso de la República, no recibieron el dictamen de la Comisión de Economía, y en consecuencia no llegaron a ser discutidos en el Pleno del Congreso.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El 2018 se reactivó el debate de la necesidad de establecer alguna norma de control previo de estas transacciones, en parte debido a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado peruano en el marco de los tratados y acuerdos de libre comercio, pero sobre todo por la admisión a trámite en el Congreso del proyecto de ley 2604 para regular las concentraciones empresariales, iniciativa formulada por el congresista Jorge del Castillo.

A propósito de este proyecto existen quienes sostienen que, dado que existe un control *ex post* del abuso de posición de dominio, el control de concentración empresarial sería repetitivo o redundante y, por lo tanto, innecesario, al respecto esta crítica no resulta válida por la lejanía del control previo al control posterior.

Por otro lado, la crítica señala que, el costo de administrar este sistema podría ser particularmente alto, ya que existen complicaciones extra al momento de calcular el potencial efecto de una fusión, sin embargo, comparativamente el calcular el efecto dañino de una conducta que ya se produjo es mayor. Se ha hablado también del riesgo de politización en la aplicación de una norma como ésta. Si bien este argumento es prácticamente irrefutable, es aplicable a cualquier norma que regule la actividad empresarial.

Finalmente, se ha dicho que el control de concentraciones sería inconstitucional, por afectar el derecho a la libertad de empresa. Este argumento no tiene mucho asidero, por cuanto la libertad de empresa puede ser limitada, siempre que exista un fin válido y se haga a través de un mecanismo razonable.

Proteger la competencia o a los consumidores es un fin válido y el control de concentraciones empresariales ha sido reconocido en casi todo el mundo como un medio razonable para alcanzar dicho fin.

1.5 El control de concentraciones en el sector eléctrico peruano

Otro de los cambios estructurales que se originaron en la década de los noventa fue el de las privatizaciones de las empresas públicas. De este modo el Estado pasó a ser un regulador activo y expectante de estas actividades que ahora son manejadas por inversiones privadas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Uno de los sectores que se enmarcó dentro de esta reforma fue la industria de energía eléctrica, tanto en lo que respecta a su estructura de propiedad como a su estructura de mercado al mismo tiempo que se redefinía el nuevo marco regulatorio del sector.

En 1992 se promulgó el Decreto Ley Nro. 25884, Ley de Concesiones Eléctricas. Esta ley trajo como innovación la separación de la actividad eléctrica en tres segmentos: la generación, la transmisión y la distribución, actividades que podían ser desarrolladas por la iniciativa privada.

El artículo 122° de la Ley de Concesiones Eléctricas establecía un antecedente importante en cuanto al tema de la regulación de concentraciones. Impone la ley: "las actividades de generación, de transmisión perteneciente al Sistema Principal y de distribución de energía eléctrica no podrán efectuarse simultáneamente por un mismo titular, salvo en los casos previstos en la presente Ley".

Otro antecedente normativo importante, es el Decreto Supremo No 27-95-ITINCI del 19 de octubre de 1995, que reguló la existencia de infracción a la norma del Artículo 3° del Decreto Legislativo 701 cuando, en un mismo Sistema Interconectado, una empresa titular de una concesión o autorización de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, cuya posición sea dominante en el mercado, o una o más personas que ejercen el control de dichas empresas adquieran el control sobre la totalidad o parte de otra empresa dedicada a dichas actividades del sector eléctrico o se concentre con otra empresa dedicada a las actividades de energía eléctrica, bajo cualquiera de las modalidades establecidas en los Artículos 398, 406 y 354 de la Ley General de Sociedades. Esta norma también le delega a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI la tarea de velar por el cumplimiento de estas prohibiciones.

Actualmente la normativa que regula la materia es la Ley Nro. 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, se desarrolló ampliamente este tema. El Artículo 1° de esta ley establece:

> *"Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación, de transmisión y/o distribución de energía*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

eléctrica se sujetarán a un procedimiento de previa autorización de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados"

Esta Ley dio precisiones importantes en la materia como establecer una definición de concentración; es así que considera en este ámbito a la fusión, la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiere el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación –jointventure-, asociación en participación o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector, o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.(DURAND CARRIÓN, 2009, pág. 35).

La Ley dispone que antes de realizar estos actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, sin cuya aprobación no pueda realizarse, ni tendrán efecto legal alguno.

Entonces el objetivo de la Ley es evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia en el mercado de las actividades del sector eléctrico(PEREZ ARANGURI, 2007, pág. 67).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

A efectos de realizar el control preventivo, en el Perú se imponen dos requerimientos, uno que se trate de una concentración, conforme a la definición de la ley, y el cumplimiento de ciertos umbrales en ella establecidos.

En relación a la definición de concentración, la legislación peruana hace un listado bastante amplio de las situaciones en las que se considerará que estamos ante este tipo de operaciones, haciendo referencia como fórmula general a “cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa” o “cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren empresas.”

Por su parte, en relación a los umbrales, la Ley 26876, señala que ello dependerá del poder de mercado que tenga cada empresa, para cuyo cálculo se usará como base únicamente los ingresos combinados de las empresas involucradas respecto del total de ingresos de la industria, los cuales deberán ser puestos a disposición del público en una base de datos manejada por el regulador, en este caso, OSINERGMIN.

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

Por último, en caso de incumplimiento de la Ley bajo análisis, el INDECOPI está facultado para sancionar ya sea declarando la ineficacia del acto de concentración; es decir, dicho acto jurídico no tendrá efecto legal alguno, o dictando un mandato de desconcentración parcial o total para deshacer la operación de concentración, en concurrencia con una posible multa de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos de las empresas infractoras(PEREZ ARANGURI, 2007, pág. 73).

Fundamento constitucional

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Según el régimen económico de la Constitución Política de 1993 se destaca la función del Estado como “facilitador y vigilante”, es decir promover y proteger la libre competencia. Las disposiciones constitucionales que sostienen la introducción de un control de concentraciones se encuentran identificadas en los artículos 58°y 61° de la Constitución Política, en el marco de una Economía Social de Mercado.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que “…la función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58° de la Constitución. El artículo 61° confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas”.

En coherencia con tales imperativos se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia (Resolución Nro. 0008-2003-AI/TC, 2003).

En otra sentencia del Tribunal Constitucional se ha manifestado que: “ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *perse* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *perse* virtuoso y el Estado *perse* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: “tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario”(Resolución Nro. 0048-2004-PI/TC, 2005).

Con motivo del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de América, el Estado Peruano resolvió efectuar diversos cambios importantes en la legislación de competencia frente a las conductas que pudieran restringir el comercio y la inversión bilateral, emitiéndose para ello diversos decretos legislativos, sin embargo, no se emitió ninguna disposición sobre el control de concentraciones.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO II

DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA DENTRO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

INTRODUCCIÓN

Desde la mitad del siglo anterior, ha existido un creciente desarrollo de los distintos derechos recogidos en distintos cuerpos normativos, sean estos nacionales o internacionales**.**

En ese sentido, ello no ha sido solamente el caso de los derechos llamados de primera generación o civiles y políticos, los que por su propia naturaleza han concertado mayor interés cuando se trata de su vulneración. Y es que también los demás derechos han recopilado cuantiosas decisiones nacionales o internacionales, de los más representativos tribunales; siendo este el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, cuyos contenidos han desarrollado y contribuido al incesante devenir de temas en Derecho Económico y Análisis Económico del Derecho, solo para mencionar los temas más importantes.

Bajo esa premisa, se debe entender fácilmente que la relación intrínseca entre el Derecho y el Análisis Económico del Derecho ha contribuido al desarrollo del contenido protegido del derecho a la libertad de empresa, o más particularmente como este último ha necesitado de los dos mencionados primero. La idea de que una empresa se mueva en el mercado surge de la concepción de que es el Derecho Económico la rama sustantiva que integra a la legislación todas las normas para que ello suceda; y al mismo tiempo, es el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Análisis Económico del Derecho el que a partir de dichas normas busca el mejor accionar de las empresas que se mueven en ese contexto.

Tradicionalmente, se ha dado por hecho que las empresas solo requieren del Derecho, es decir, que solo se requiere que el Derecho cumpla con poner dentro de la legislación, el dominio, la explotación y posesión de los bienes para usarlo en su favor. Sin duda, el Derecho Económico ha servido para más que ello; de la siguiente forma podría simplificarse:

> *"Uno de los principales objetivos del marco legal es definir los derechos de propiedad sobre los recursos que cada uno de los agentes económicos posea y que permite a éstos apropiarse del flujo neto de ingresos que se deriva de la utilización de dichos recursos, ya sean físicos o humanos. Un segundo objetivo es determinar las condiciones de entrada y el nivel de competencia que existe en cada mercado y un tercero es contribuir a la creación de nuevos mercados. Sin duda, la principal función del marco legal es la definición de los derechos de propiedad, entendiendo a éstos como las relaciones de comportamiento sancionadas legalmente, entre los agentes económicos, que surgen de la existencia de bienes y que atañen a su utilización. Es importante señalar que el término "bien", se utiliza para definir cualquier cosa (material o inmaterial)"*(KATZ, 2001, pág. 27).

Dentro del contexto de un mundo globalizado, se puede hablar del derecho a la libertad de empresa como algo relevante puesto que es solo a partir de este derecho que se mueven grandes transnacionales y en general, cualquier empresa. En esta situación, "la globalización sugiere que en el mundo los factores alejados e insignificantes afectan de manera directa el desarrollo de este planeta"(RAMÍREZ VELASCO, 2012, pág. 22). Sea una pequeña tienda en nuestro lugar de domicilio o una transnacional que nos proporciona servicios públicos, siempre se verán afectadas por la globalización, la cual a su vez se ve direccionada por las decisiones sobre derecho a la libertad de empresa alrededor del mundo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El autor que acabamos de citar explica también que, desde que apareció el concepto de globalización (nótese que el autor usa la expresión “apareció el término”, pues entiende que el fenómeno impuesto por la globalización ha estado presente en nuestra sociedad desde mucho antes), en la década de los 90 las opiniones se han dividido. Para el autor que venimos siguiendo, la globalización podría ser el antídoto que este planeta ha estado esperando, frente al fracaso del capitalismo, del socialismo y de cualquier otra forma de régimen al no haberse logrado una equidad justa hasta ahora y que asimismo, nos permite a todos tener las mismas oportunidades de desarrollo y crecimiento (RAMÍREZ VELASCO, 2012, pág. 35).

Aun así, existe quienes piensan que no es el antídoto correcto, que sucederá lo mismo de siempre: los países ricos serán más ricos porque seguirán teniendo mejores condiciones de desarrollo y los pobres serán igual o aún más pobres a la sombra y condiciones de los países poderosos. No obstante, es una realidad que la globalización ha comenzado a operar y lo ha hecho de lleno. Para muestra de eso basta que echemos un vistazo a las importaciones y exportaciones de diferentes productos, mismos que viajan desde Asia, Europa o América fortaleciendo las relaciones comerciales. Aunque esto no es nuevo, ha existido a lo largo de la historia. Los egipcios intercambiaban productos, los incas también lo hacían y hasta los mismos vikingos lo hicieron, aunque lo realizaban por el hecho de obtener recursos naturales escasos o nulos en su lugar de origen (RAMÍREZ VELASCO, 2012, pág. 35).

Evidentemente la economía también se ha visto afectada por la globalización; las monedas han dejado de ser un valor intrínseco que le permita a una comunidad intercambiar productos, y representan el poder adquisitivo de toda una comunidad, convirtiéndose así en la capacidad de pago que posee una entidad financiera(RAMÍREZ VELASCO, 2012, pág. 35). Frente a ello, las empresas deben usar más estratégicamente su derecho a la libertad de empresa y el desarrollo de este concepto se ha visto magnificado.

Por ende, no solamente es relevante el contexto económico en el que nos desenvolvemos sino también los derechos que se han reconocido a lo largo de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

los años, habiendo comprendido el rol importante de la globalización al respecto.

2.1 Antecedentes históricos

Desde épocas remotas el ser humano ha tenido que solventar sus necesidades básicas, tales como vivienda, alimentación, vestido, entre otras, a través del intercambio de productos; en este entendido, tenemos que el Comercio (actividades económicas en general) es la rama de la actividad económica que se refiere al intercambio de mercaderías y de servicios, mediante trueque o dinero, con fines de reventa o para satisfacer necesidades (TORRES GAYTAN, 2005, pág. 29).

Tal y como se desprende de lo anterior, el trueque fue una de las primeras formas utilizadas en la antigüedad para realizar intercambios comerciales, consistiendo en el cambio de un bien por otro u otros dependiendo del valor asignado entre las partes a cada producto. Claro ejemplo de ello es lo que se ha recopilado por cronistas peruanos y que debió suceder en épocas del incanato.

Es así como, poco a poco ciertos bienes fueron obteniendo características especiales, las cuales les asignaron un valor específico y, por ende, fueron susceptibles de ser utilizados como medio de pago, dentro de los bienes que adquirieron esa propiedad de intercambio, destacan algunas semillas como las de cacao, así como metales preciosos; lo que facilitó el intercambio comercial(TORRES GAYTAN, 2005, pág. 29).

Posteriormente, germinó la necesidad de comercializar los bienes entre las diferentes regiones, es así como surgió el denominado Comercio Internacional, el cual es entendido como el intercambio de bienes económicos que se efectúa entre los habitantes de dos o más naciones, de tal manera que se dé origen a salidas de mercancías de un país (exportaciones) y entradas de mercancías procedentes de otros países (importaciones).Su origen se encuentra en el intercambio de riquezas o productos de países tropicales por productos de zonas templadas o frías. Conforme se fueron sucediendo las mejoras en el sistema de transporte y los efectos del industrialismo fueron mayores, el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Comercio Internacional fue cada vez mayor debido al incremento de las corrientes de capital y servicios en las zonas más atrasadas en su desarrollo(CABALLERO MIGUEZ & PADÍN FABEIRO, 2006, pág. 4).

Solo para fines didácticos podemos informar que los primeros casos de intercambio comercial entre diferentes países o regiones se remontan al siglo X antes de Cristo, cuando los fenicios comercializaban sus productos desde Siria hasta España, territorio que en esa época representaba casi la totalidad del mundo. Los griegos, también, simbolizan una de las civilizaciones más importantes en el establecimiento del comercio internacional. En el siglo XIII después de Cristo, surgen en Europa las llamadas “ferias”, las cuales representan una de las primeras formas organizadas de comercializar productos entre las diferentes regiones; revistieron especial importancia para el comercio de la época las de Champaña, de Ypres, Brujas y Lille, puesto que tomaron dimensiones bastante grandes; la cuales fueron la base para la formación del comercio internacional(ÁLVAREZ AVENDAÑO & LIZANA ANGUITA, 1995, pág. 9).

En 1084 tiene lugar por vez primera una feria de carácter internacional, la Nundina, en Thourout. A partir del siglo XII se crean numerosas ferias. Cuatro de las llamadas grandes tienen lugar en la Inglaterra del siglo XIII: Northampton, Saint Ives, Boston y Winchester. Existen otras del mismo tipo en los países de Europa occidental. Pero ninguna iguala a las seis grandes ferias de Champagne: Lagny, Bar surAube, Provins, dos anuales, y Troyes, otras tantas, así como las de la Brie. Los mercaderes italianos venden en ellas los productos de los países mediterráneos y árabes y compran las mercancías de la Europa del Norte, sobre todo los paños y la lana, para exportarlos al Sur. Durante largo tiempo, estas seis ferias son el eje de todo el comercio internacional.

Otra organización que surge en el siglo XIII, son las denominadas “hansas”, las cuales cobraron especial importancia en países como Francia, Inglaterra y sobre todo en Alemania. Éstas consistieron en una forma de alianza comercial, con el propósito sobre todo de defender los intereses de las regiones asociadas. La más importante fue la Liga Hanseática denominada hansa teutónica, la cual surge en Alemania, y constituye un ejemplo bastante

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

desarrollado de lo que hoy denominamos Integración Económica contando entre sus asociados con más de 70 ciudades de mercaderes, manteniendo entre ellas libertad de navegación y exención de impuestos de aduana(ÁLVAREZ AVENDAÑO & LIZANA ANGUITA, 1995, pág. 10).

Tiempo después, el siguiente hecho relevante fue la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC), que, frente a la creciente actividad comercial, supuso la integración de principios y normas homogeneizantes frente a la ya existente actividad empresarial.

Es evidente que la libertad de empresa, entendida como derecho fundamental, no se remonta hasta los tiempos de las tribus, pues no se está exponiendo tal derecho en sí, sino como la necesidad de contar con comercio se ha aferrado a la sociedad humana desde sus comienzos. Desde esa idea, se trabajará la idea de empresa. Hablaremos de libertad de empresa, cuando menos desde la creación de la OMC.

2.2 Globalización

Como se expuso en la introducción del presente capítulo, la globalización juega un rol sumamente importante para la creación de empresas, en general y su tratamiento moderno, en particular. Como consecuencia de ello, es bueno apuntar, que:

> *"la globalización es un término nuevo que describe un proceso antiguo: la Integración de la Economía Mundial, que comenzó seriamente hace cinco siglos, con el inicio de la época colonial europea. No obstante, el proceso se ha visto acelerado por la explosión de la tecnología informática, por la eliminación de obstáculos a la circulación de mercancías y de capital, y por la expansión del Poder Económico y Político de las empresas multinacionales"* (subrayado fuera de texto) (ELLWOOD, 2006, pág. 16).

Este efecto seguirá permanentemente en nuestra sociedad; como explica el autor Bueno, aún hoy en día, seguimos enfrentando una internacionalización de la Economía (BUENO, 1990, pág. 20); la importancia de la globalización frente al derecho de libertad empresarial es que la competencia entre empresas se ha desatado sin un control propicio, situaciones como el Dumping han

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

perjudicado a cientos de empresarios, que afrontan su condición frente a empresas transnacionales con mayores ingresos, mayor posicionamiento y mejores profesionales en sus filas.

La explicación más apropiada podría ser la expuesta por Ugarte Vega Centeno, para quien las implicancias de la globalización en nuestro medio representan más aristas positivas que negativas:

> *"Uno de los efectos inmediatos ante este fenómeno global ha sido el surgimiento en algunos continentes –en otros se han fortalecido– las grandes áreas de mercados de integración económico y comercial, como la Unión Europea (UE), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), el Mercado Común del Sur (Mercosur),la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR), la Comunidad Andina de Naciones (CAN), y últimamente la Alianza del Pacífico incrementando la competencia por los ingresos de productos, así como de bienes y servicios que son recíprocos entre los Estados miembros. La oportunidad que brindan estos mercados hace que las empresas no descarten a corto plazo la posibilidad de exportar directamente, aunque por el momento la mayoría se contenta con cubrir la demanda nacional. Es de mencionar que cuando nos referimos a ganar acceso a nuevos mercados, se trata de que los productos no solo deben copar el ámbito nacional sino que deben salir y aprender a competir en el extranjero con valor agregado, y si concretaran las alianzas estratégicas con otras empresas –junto a las nuevas tecnologías– sería mucho mejor en un mercado cada vez más competitivo. La discusión de la propiedad intelectual y la mano de obra calificada son tareas pendientes en el ámbito empresarial"*(UGARTE VEGA CENTENO, 2013, pág. 90).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.3 La economía social de mercado

2.3.1 Antecedentes y construcción de la terminología

Durante mucho tiempo en nuestro país hemos sufrido por el fracaso constante de los modelos económicos impuestos, sean estos los clásicos mercantilistas o los siempre promovidos modelos proteccionistas extremistas, es frente a esta situación que, desde lo contemplado en la Constitución de 1979, lo que años más tarde fue ratificado por le Constitución de 1993, se estatuyó la Economía Social de Mercado.

Fue frente a los mercados libres instruidos en el mundo, que surgió la imperiosa necesidad de regular la ya de por sí complicada relación mercantil internacional –y doméstica también-. Dicho modelo ha sido expuesto de muchos modos en doctrina, la Fundación Konrad Adenauer elaboró una compilación de trabajos sobre este punto, el más relevante de ellos nos sirve para explicar qué se entiende por Economía Social de Mercado:

> *"La Economía Social de Mercado se basa en la organización de los mercados como mejor sistema de asignación de recursos y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y equitativa. En casos específicos, requiere compensar o corregir posibles excesos o desbalances que puede presentar el sistema económico moderno basado en mercados libres, caracterizado por una minuciosa y extensa división del trabajo y que, en determinados sectores y bajo ciertas circunstancias, puede alejarse de una competencia funcional. Descarta como sistema de organización la economía planificada centralmente"* (RESICO M. F., 2010, pág. 107).

La Economía Social de Mercado como término descriptivo de la situación antes mencionada fue propiamente acuñada por primera vez en la obra intitulada *WirtschaftslenkungundMarktwirtschaft*, (Dirección económica y economía de mercado, en castellano), gestada a partir de las ideas esbozadas por el autor Alfred Müller Armack. En la obra que fue publicada en 1946, se expuso también el *quid* de la Economía Social de Mercado, lo que hasta ahora parece vigente: "combinación del principio de la libertad de mercado con el principio de la equidad social" (RESICO M. F., 2010, pág. 108).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Para este autor, “el marco referencial es el concepto de la libertad del hombre complementada por la justicia social”. Es sin duda el ámbito social de la economía lo importante para este nuevo modelo que busca rectificar esos escollos que siempre existieron en la actividad económica. Como se encuentra en doctrina –ampliamente- la Economía Social de Mercado nació como una nueva corriente que suponía ser un encuentro entre el fomento de la iniciativa individual, la productividad, la eficiencia, la tendencia a la auto regulación, con los aportes fundamentales de la tradición social de solidaridad y cooperación, añorados por la clase mayoritaria, principios estos que se basan necesariamente en la equidad y la justicia en una sociedad cualquiera. En suma, se intenta implementar una combinación entre la libertad de acción individual dentro de un marco de responsabilidad personal y social.

Sin duda, el modelo no parece estar equivocado, las realidades de los países latinoamericanos han sido importantes para demostrar que el crecimiento económico se condice siempre con la implantación de un modelo semejante al expuesto. Probablemente ello es el principal motivo para que el modelo dado se arraigue en un país.

Si seguimos a Müller Armack, es relevante conocer que este autor expuso un diseño del concepto político de la Economía Social de Mercado como una idea abierta y no como una teoría cerrada. Igualmente, las obras del reiterado economista detallan que la dinámica de la Economía Social de Mercado exige necesariamente una apertura frente al cambio social. Dicho ello, es obvio que la idea central por la que se acuña la expresión “Economía Social de Mercado” fue compensar a las partes menos beneficiadas de la actividad económica y que por recursos propios no podrían obtener mayor ventaja.

Las nuevas corrientes que también se amparan en el antiguo modelo y que suponen la vanguardia aún exponen que lo impuesto por los autores antes citados, lo que hizo fue asignar mayor énfasis a la Economía de Mercado:

> *“…con sus lineamientos fundamentales de estabilidad y libertad monetaria manteniendo con ello una moneda fuerte y sólida, un régimen económico de amplia competencia, bajo el cual no podrían progresar los monopolios*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

> *ni el proteccionismo, ni los subsidios, ni los privilegios. La rentabilidad de las empresas dependía de su eficiencia, de su competitividad, y solamente podían lograr utilidades por medio de la reducción de costos de operación y de producción, aumentando la productividad y elevando los salarios reales"* (BARRETO, 2005, pág. 47).

La implantación de la Economía Social de Mercado suponía ser una "competencia perfecta", la misma que debía liderar la actividad económica mundial y que venía seguida del ejemplo alemán, que serviría como ejemplo a la comunidad internacional. La rentabilidad de las empresas dependía de su eficiencia, de su competitividad, y solamente podían lograr utilidades por medio de la reducción de costos de operación y de producción, aumentando la productividad y elevando los salarios reales. Es así que su enorme desarrollo y su estabilidad política han contribuido para que este sistema económico sea el más idóneo para los países en vías de desarrollo como el nuestro.

El concepto de "Economía de Mercado" del siglo XIX se basaba, teóricamente, como se ha dicho en lo que se dominó "competencia perfecta". En otras palabras, en el libre juego de la "oferta y demanda", sin las interferencias de los monopolios, oligopolios, carteles, tarifas arancelarias y arancelarias, fijaciones arbitrarias del tipo de cambio y de cambios múltiples, precios oficiales arbitrarios para las mercaderías y servicios, distorsiones de precios, acaparamientos especulativos con expectativas inflacionarias y devaluaciones. Crecientes déficit fiscales fabricados con la maquinita de imprimir billetes(BARRETO, Economía Social de Mercado con Desarrollo Económico y Social sostenido., 2006, pág. 47).

Estos hechos explicados por los doctrinarios alemanes citados antes, dio paso a generar una corriente internacional que diera cuenta de la existencia de ese consenso internacional sobre las ventajas de este nuevo modelo y a ello, al estar reflejado en las Constituciones de cada Estado, se denominó Constitución Económica.

Anteriormente, se hablaba de la aplicación de una política económica novedosa basada en las ideas de la naciente Economía Social de Mercado, la misma que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

acepta que el mercado es el mejor sistema para propiciar el progreso económico, porque incentiva la competencia creadora e impulsa la innovación, pero a su vez se sostiene que el Estado debe garantizar que los mecanismos del mercado funcionen en un marco de responsabilidad social, cuyas alteraciones nocivas deben ser controladas y corregidas para garantizar la libre competencia, que debe ser la esencia del sistema.

2.3.2. Componentes de la Economía Social de Mercado

En resumen, la Economía Social de Mercado parte de la aceptación del mercado como el mejor sistema para favorecer el progreso de los pueblos –precepto liberal-, por considerarlo superior a todos los otros en la medida en que promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, incentiva la competencia creadora e impulsa las innovaciones. Pero a la vez, a la autoridad pública le corresponde crear condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, requisito necesario para que puedan ser eficientes, producir los bienes demandados por la sociedad y garantizar buenos precios a los consumidores. La Economía Social de Mercado afirma que solo puede mantenerse un equilibrio mesurado siempre y cuando se mantengan en armonía la iniciativa privada y la libre competencia, a lo que se debe sumar ese elemento social tan importante para nuestra tesis.

Significa que el Estado debe garantizar las libertades de los medios de producción, dentro del marco de su responsabilidad social y favorecer un alto grado de apertura de los mercados en los ámbitos interno y externo. También está obligado a evitar intervenciones innecesarias que limiten la acción positiva del mercado, a no ser que se produzcan imperfecciones que sea necesario corregir, por ejemplo, en el caso de alianzas y concentraciones que atentan contra la libre competencia. Y lo más importante, debe fijar un conjunto de reglas -normas jurídicas-, que delimiten el ámbito dentro del cual pueden desarrollarse las actividades económicas.

Este tema de componentes o elementos de la Economía Social de Mercado ha sido plasmado más adelante en este mismo capítulo al momento de referirnos a las libertades económicas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ello volveremos a tocarlo en adelante. Sólo diremos ahora que ellos pueden ser la (libre) iniciativa privada, el respecto de la propiedad privada, la responsabilidad individual, el respeto a la libre competencia (RIVADENEIRA FRISCH, 2009, pág. 12), siendo la última de estas la más relevante de entre ellas y a las que podemos añadir el derecho de libertad empresarial.

Además de ello, también una parte de la doctrina ha mencionado que dos son los elementos concretos (más bien, objetivos) característicos de la Economía Social de Mercado(CASTAS & WITTELSBURGER, Ciedla, Buenos Aires, 1985). Estos serán los elementos discutidos a continuación:

- El mercado: La función esencial del Estado es establecer y asegurar el marco legal de funcionamiento del mercado y por lo tanto de la competencia (FRITZ, 2014). Para que este orden competitivo funcione, es necesario un estado fuerte que imponga un sistema de reglas claras y que además establezca unas políticas de compensación a favor de los grupos sociales más necesitados (VERA LA TORRE, 2003, pág. 25).
- El elemento social: En este contexto el Estado debe corregir las distorsiones que se pueden presentar en el funcionamiento del mercado, especialmente cuando existan situaciones monopólicas, cuando se presenten externalidades con efectos negativos o positivos y en la implementación de los seguros sociales (DIECTRICH & WILPERT, 2014).

2.3.3. Principios de la Economía Social de Mercado:

Son tres los principios generales que definen a la Economía Social de Mercado y que hacen funcionar este modelo:

- Responsabilidad individual: relacionada directamente con el rendimiento de cada uno de los individuos que componen la sociedad. La regulación debe tomar en cuenta que algunos de ellos tienen mayores ventajas que otros, por lo que es preciso intervenir para corregir esas desigualdades, en especial las que determinan las oportunidades.

- Solidaridad: alejada del concepto de caridad, se refiere al aporte que en sus diferentes dimensiones realizan los distintos actores para el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

desarrollo social. Hay que guardar especial cuidado en no extenderla al punto de generar “comodidad” en algún actor que desvié su responsabilidad frente al conjunto de la sociedad.

- Subsidiariedad: la que se convierte en la herramienta de corrección de las inequidades y procura la justicia social. Debe prestarse y aumentar en la medida en que los actores no puedan, por sí solos, desenvolverse con sus recursos propios. Su exceso crearía efectos perniciosos sobre los compromisos que tiene cada uno de los actores.

Las directrices que comandan el modelo de la Economía Social de Mercado ha sido variado a lo largo de los años, aunque para el autor citado por la Fundación Konrad Adenauer, tales principios (los expuestos antes) no lo hicieron, sino que suponen la idea central del modelo y debería permanecer intangibles (RESICO M. F., 2010, págs. 118-120).

Estos principios generales deben ser llevados a la práctica mediante una serie de elementos que entregan un grado de institucionalidad y permiten su desarrollo. Además de los anteriores, La Economía Social de Mercado cuenta con otros ha denominado principios operacionales, que se relacionan con compromisos para su desenvolvimiento, a saber:

- Propiedad privada: reconociendo que los intereses particulares de la sociedad son variados. Esta debe ser asegurada por los instrumentos constitucionales y legales necesarios, ya que es motor del resto de los principios.

- Libertad de competencia: que existe en función de dos factores: la asignación de recursos y la regulación existente. Resultaría paradójico pensar que la libertad debe contar con regulación, pero en este caso la última resulta necesaria para el correcto desarrollo de la primera.

- Responsabilidad individual: requerida al momento de fijar roles y compromisos que desempeñan los distintos actores. La atención y protección de los que gocen de condiciones relativas desfavorables es

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

incorporada en este principio, lo que se mantiene en debate es su magnitud.

- Precios definidos por el mercado: la libre interacción de la oferta y la demanda, aquella “mano invisible” definida por Adam Smith, es la herramienta por la cual se fijan los precios en la economía. Este mecanismo no es perfecto por lo que la regulación tiene un papel importante en el momento de su establecimiento, mediante controles a prácticas desleales como monopolios y oligopolios, reconociendo la existencia de monopolios naturales en determinados casos, y limitaciones a precios de productos básicos de supervivencia.
- Información imperfecta: característica al momento en que el consumidor o el productor desea interactuar en la economía, lo que hace imprescindibles amplios esfuerzos para que la misma llegue a los distintos actores.
- Precio del trabajo: relacionado principalmente con la política salarial. Se reconoce la importancia que tiene el consenso que entre Estado, empleadores y trabajadores.

Tales principios fueron recogidos antes y han sido recopilados por quien redacta esta tesis de la obra de Rivadeneira Frisch (RIVADENEIRA FRISCH, 2009, pág. 44).

2.3.4. Contenido Social de la Economía Social de Mercado

La Economía Social de Mercado busca una trayectoria media entre el Socialismo y el Capitalismo (es decir una economía mezclada) y tiene como objetivo mantener un equilibrio entre un alto índice del desarrollo económico y a la vez obtener inflación baja, niveles bajos del desempleo, las buenas condiciones de trabajo, el bienestar público y los servicios públicos usando la intervención de Estado (GOUVERNANCE, 2006).

Este sistema socioeconómico busca antes de todo acercarse a la “paz social”. Más allá de lo económico, históricamente, este sistema busca la convivencia de varias ideologías y representaciones abstractas de la realidad social: el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

liberalismo, el socialismo, el protestantismo y el catolicismo (GOUVERNANCE, 2006). La Economía Social de Mercado señala que el mercado en combinación con la propiedad privada de los medios de producción constituye tanto la modalidad más eficiente de coordinación económica, como también una condición necesaria para garantizar la máxima libertad política. En otras palabras, el Estado debe velar por el buen funcionamiento del mercado lo cual significa, antes que nada, que el Estado le confiere al mercado un margen de acción suficiente y que por principio no interfiere en el "juego" de la oferta y de la demanda.

La decisión en favor de un régimen de Economía Social de Mercado implica una limitación del Estado. Sin embargo, también compromete al Estado a intervenir activamente en el mercado cada vez que allí se configuren constelaciones de poder, tales como monopolios y cárteles, pues éstas afectan seriamente la competencia y al mismo tiempo la eficiencia superior del mercado en la generación de bienestar social (PFALLER, 1998, pág. 12).

En caso de que existieran monopolios y cárteles es deber del Estado que desaparezcan para ello se requiere de un Estado suficientemente fuerte para poder actuar en contra de los que tienen poder económico. En ese caso, entonces puede plantearse la pregunta: ¿Qué se busca?, pues el logro de un crecimiento económico permanente que promueva el pleno empleo de manera sostenida, a través del cual cada individuo, mediante su esfuerzo, encuentre la posibilidad de obtener el ingreso que necesita para sí, y por sí mismo atender sus necesidades. Aquí el Estado debe velar por el bien común y corregir las desigualdades sociales, con el fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los resultados del progreso. De aquí una de las máximas de la Economía Social de Mercado: debe existir tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario(PFALLER, 1998, pág. 12).

Un análisis más profundo nos demostraría que imitar modelos o ceder ante presiones internacionales, no es el mejor de los caminos puesto que podemos dar soluciones a nuestros problemas con algo de sentido común. No hay recetas ni sistemas milagrosos. Aprendamos algo de Ludwig Erhard, quien, como segundo Canciller Alemán de la post guerra, al escuchar a los

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

economistas del mundo hablar del milagro alemán, se dignó en decir “esto no es fruto de un milagro, esto es fruto del trabajo de todo un pueblo” (EXPRESIONESAMP, 2012).

Como observamos, el concepto de la Economía Social de Mercado reconoce explícitamente que ni siquiera un mercado altamente eficiente satisface todas las necesidades de una sociedad. Es por ello que no sólo le atribuye al Estado el derecho, sino incluso la obligación de intervenir activamente dondequiera que se produzca una pérdida de intereses sociales legítimos.

Esta obligación de intervenir abarca tres aspectos: 1) logro de un mercado eficiente, 2) compensación de fallas del mercado, 3) corrección de resultados generados por el mercado (PFALLER, 1998, pág. 15).

Sobre el logro de un mercado eficiente: El Estado debe orientar su acción a conseguir que exista libertad de mercado, se genere competencia, se construya y difunda información confiable a fin de que todos puedan tomar decisiones adecuadas. Para comprender del todo ello, analizaremos cada uno de estos temas:

- Libertad de mercado: Le compete al Estado establecer reglas económicas, políticas y sociales para que el mercado logre un adecuado funcionamiento. Como se encuentra en doctrina:

  “En principio, esto quiere decir que el Estado le delega al mercado la función de asignar los recursos de la manera más eficiente posible, para lo cual le confiere un margen de acción suficiente y, en consecuencia, no interfiere en el libre juego de la oferta y de la demanda. Por lo tanto, la decisión a favor de un régimen de economía de mercado implica, esencialmente, una limitación en el accionar del Estado” (VERA LA TORRE, 2003, pág. 23).

- Competencia: El Estado que establece una Economía Social de Mercado no sólo asegura y confiere una libertad formal de mercado, sino que además se compromete a actuar cada vez que existan situaciones que afecten la sana competencia. Mientras mayor sea la competencia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que se desarrolle en los agentes económicos mayor será la eficiencia en el mercado y por lo tanto se alcanzará un mayor bienestar social.

- Información confiable: La presencia del Estado es múltiple y variada (subsidios, compras, regulaciones, impuestos, protección, incentivos, etc.) es por esta razón que las intervenciones deben ser consistentes y sobre todo permanentes a través del tiempo para no hacer difícil el planeamiento de las inversiones de las acciones de los agentes económicos. Si el Estado no ofrece condiciones estables estría enviando señales erróneas a los inversionistas quienes se abstendrán de invertir. En tal entendido:

  "Al Estado le corresponde, pues, generar información de referencia estable para los actores del mercado, especialmente sobre el nivel general de precios, los impuestos, los subsidios, la protección arancelaria y la regulación del empleo. De no ser así, las fluctuaciones constantes de estos elementos de la política económica distorsionaran las señales al mercado y, en consecuencia, modificarán los precios relativos […]En otras palabras, para guarecerse de un eventual cambio de reglas que los perjudique, los agentes económicos tienden a elevar los precios de sus productos, lo que acarrea un comportamiento similar de otros agentes económicos y provoca un clima de inestabilidad que afecta seriamente la economía, el crecimiento y el bienestar de la población" (VERA LA TORRE, 2003, pág. 25).

Sobre la Compensación por fallas del mercado: La Economía Social de Mercado busca superar algunos inconvenientes o fallas que se generen en el libre mercado. Estas fallas se pueden agrupar en tres categorías:

- Los monopolios naturales ejemplo de ellos son ciertos servicios como el agua o la energía, que se generan puesto que no existe posibilidad de existencia de algún ofertante más en el mercado.
- La segunda falla del mercado se origina en el hecho de que ciertos productos o servicios no generan una demanda individual. Es el caso, por ejemplo, de la producción de información, la investigación básica, la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

infraestructura pública, la formación de recursos humanos o la seguridad pública.

- La tercera falla de mercado es la falta de capacidad empresarial para responder a los deseos de los consumidores o a las oportunidades del mercado, tanto interno como externo.

Sobre la corrección de fallas: El estado deberá tomar acción respecto de las actividades económicas correspondientes.

A diferencia de la actual economía de mercado, que tiene un rasgo claramente individualista y que por ello crea un sesgo de desigualdad e inequidad para una parte importante de la población de cualquier país, la economía social caracteriza a la economía como una disciplina con un enfoque más social, con una visión más constructiva o positiva, y con la cual se tiene que aplicar mejores valores(PFALLER, 1998).

La Economía Social de Mercado pretende estudiar la economía como un conjunto de instituciones u organizaciones que se desarrollan para atender las necesidades de toda la sociedad, pero sobre todo que lo sea desde una perspectiva más solidaria, es decir que se llegue a la equidad o mejor aún a la inclusión de toda la población en el disfrute de los beneficios de las actividades económicas de un país, en términos de bienes y servicios, tangibles e intangibles. Habiendo dicho todo lo anterior es que se debe comprender a la Justicia Social como componente de la Economía Social de Mercado.

Así, las cosas, la estudiada Economía Social de Mercado es un sistema económico que trata de combinar las necesidades de libertad económica, por un lado, con la justicia social, por otro. En la Economía Social de Mercado, la libertad y la justicia social como valores sociales fundamentales constituyen los dos aspectos de una relación que guarda un delicado equilibrio. No es posible inclinar la balanza en forma permanente en beneficio de ninguno de los dos términos. Por otra parte, la Economía Social de Mercado tampoco puede ser entendida como un simple compromiso entre la libertad y la justicia social, en el que la libertad se subordina a la justicia y viceversa. Por el contrario, ambos valores se complementan (RESICO M. , 2011, pág. 31).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La libertad económica implica evidentemente la ausencia de coerciones que van en contra de la esfera de derechos de la persona, y desde el punto de vista económico implica la liberación de la iniciativa individual, el espíritu de empresa y las innovaciones que, según la teoría moderna, son las fuentes más importantes de la productividad y el crecimiento económico. Por otra parte, la justicia social implica la búsqueda en el plano económico de la igualdad de oportunidades para el despliegue de los propios talentos y se basa en la solidaridad con el resto de los ciudadanos. La justicia social es un ideal o valor social que caracteriza la convivencia humana y guía la creación de lazos sociales. De acuerdo con ella, todos los miembros de la sociedad deben participar en el bienestar, así como en la creación, multiplicación y conservación de la riqueza.

Si bien la justicia social está arraigada como valor amplio y general, hay que tomar en cuenta la gran variedad de indicadores de justicia existentes. En la ética moderna se destaca la compenetración de los diferentes criterios y no su existencia paralela u opuesta. Si aplicamos esta idea a la economía, se puede seguir también el concepto ternario de la justicia formulado por la filosofía clásica. Además de la justicia general orientada hacia el bienestar común (*iustitia legalis*), existen la justicia conmutativa y de intercambio (*iustitia commutativa*) y la justicia distributiva (*iustitia distributiva*).

Por el contrario, lo que se espera es que la compensación social permita liberar potencialidades económicas. Con estos antecedentes, la cohesión social que se espera obtener como resultado de la justicia social debe evitar los grandes contrastes sociales y proteger la paz social en el interés del progreso económico (RESICO M. F., 2010, pág. 22).

Asimismo, la Economía Social de Mercado presupone que un sistema económico que se desarrolla implica un consenso social que se basa naturalmente en la participación de los beneficios obtenidos en el proceso de crecimiento. Un sistema económico adecuado y productivo no puede basarse en una sociedad conflictiva y un sistema económico productivo y eficiente genera conflictos de intereses concretos si los beneficios no se difunden de una

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

manera amplia en la sociedad en la que se producen (RESICO M. F., 2010, pág. 22).

2.3.5. El Estado de Derecho y la Economía Social de Mercado

Otra de las virtudes de la Economía Social de Mercado, además de su capacidad de adaptación a nuevas realidades sociales y económicas, es su amplia gama de implicaciones que tiene sobre otros ámbitos de la vida en sociedad, uno de estos es el Estado de derecho(RESICO M. , 2011, pág. 55).

Si bien el orden económico ya establece una serie de reglas para su correcto funcionamiento, el Estado de Derecho se orienta principalmente a: i) la responsabilidad de los individuos: otro de los principios de esta Teoría que es la responsabilidad personal; ii) aportar al conjunto del producto que una sociedad genera (principio de rendimiento); iii) cultivar el principio de subsidiariedad: por el cual todo lo que el individuo y el sector privado pueda proveer, no es materia de acción del Estado en términos generales, recordando que pueden existir aportes para su desenvolvimiento como con subsidios, siendo actividad principal la privada.

El Estado de derecho, además es uno de las condiciones necesarias para el correcto desarrollo de la Economía Social de Mercado, ya que la existencia de éste permite que los distintos actores de la economía tomen en cuenta que: i) el orden constitucional se cumple y sus preceptos son respetados en instrumentos legales inferiores como las leyes y reglamentos; ii) el marco legal es acorde con la constitución y marca los límites para determinada actividad y sus procedimientos; iii) las instancias judiciales, donde se deben resolver contenciosos futuros, son independientes, transparentes, eficaces y confiables; iv) los contratos son cumplidos en los términos de su suscripción y no existirán instancias que arbitrariamente los modifiquen.

2.3.6. El Estado Subsidiario

La participación del Estado es necesaria en sectores donde el privado no ejerce participación alguna y son temas que a todos los actores les son necesarios: servicios básicos, seguridad, etc. Este es uno de los puntos que destaca la Economía Social de Mercado en cuanto al Estado, debiendo ser fuerte,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

competente, eficiente y creador de las condiciones esenciales para que el sector privado pueda desarrollar sus actividades de manera eficaz, siendo esta es la noción de bien común(BARRETO, Economía Social de Mercado con Desarrollo Económico y Social sostenido., 2006, pág. 11).

Además, el Estado debe orientar su participación en la política económica para:

- Garantizar la promoción del empleo.
- Asegurar niveles de precios estables: por medio de regulaciones de las actividades económicas para que no se alejen de este fin.
- Procurar por el equilibrio del sector externo: con la finalidad de que el balance sea positivo para el emprendedor nacional y de los consumidores respecto de sus pares en el exterior.
- Políticas que aseguren el crecimiento: ya que sin estas el desarrollo económico se vería retrasado.
- Protección del medioambiente, bajo los criterios de sustentabilidad natural dado los niveles de producción que se impulse. Este es un elemento incorporado recientemente.

Es importante anotar que el Estado igualmente es llamado a intervenir y formar monopolios naturales de servicios básicos, principalmente porque la inversión es inmensamente mayor que la rentabilidad que pueda entregar, por ejemplo el suministro de electricidad. Sin embargo, hay casos en que esta misma inversión puede ser realizada solamente por un actor y el rendimiento es importante, por lo que se debe regular en defensa del bien común, las prácticas que resulten nocivas para los consumidores(BARRETO, Economía Social de Mercado con Desarrollo Económico y Social sostenido, 2005, pág. 25).

Otro caso de regulación es hacia los factores de producción a los cuales los actores no están dispuestos a compensar por las externalidades causadas, ejemplo claro resulta el medio ambiente, ya que pueden lucrar de su uso, cuando en términos de bienestar general puede resultar perjudicial.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Estas medidas que deben ser a tomadas por el Estado son para que la competencia pueda existir y la libertad económica sea el factor común en la vida de los individuos.

Hay casos en que el Estado puede enviar señales que en lugar de favorecer las condiciones necesarias que se anotaron anteriormente, pueden afectan al conjunto de la rentabilidad que la sociedad gana por la actividad económica. Este es el caso de la fijación de precios, pese a ser una medida de control frente a la especulación, únicamente podría ser útil de forma transitoria, porque cuando se trata de una medida de carácter permanente, resulta en un crecimiento de los incentivos a comercializar en mercado subterráneos para su adquisición (mercados negros) y la escasez consecuente del bien al cual se le ha fijado el precio.

Otro caso es el “rentismo” al que solo haremos mención y que se presenta cuando, cualquier forma de apoyo que entrega el Estado pero que ha sobrepasado su original intensión de transitoriedad, se constituye en una dependencia que reduce la ganancia general de la economía, ya que ese actor que es sujeto de la ayuda, no tiene incentivo para ser eficiente, mejorar procesos, aumentar los trabajadores, porque todo el riesgo lo está asumiendo un tercero que es proveedor neto del capital.

2.3.7. Introducción a la Economía Social de Mercado en el Perú

En los últimos años la economía nacional ha demostrado un crecimiento acelerado y ha llegado a convertirse en un gran atractivo, no sólo para el inversionista local, sino también para el extranjero. Dicha situación ha generado que los temas del derecho económico cobren especial relevancia y comiencen a plantearse algunas reflexiones en torno a sus fundamentos (IUS, 2011, pág. 3).

A nivel constitucional, nuestra Carta Magna reconoce que el Perú se rige por los pilares de una Economía Social de Mercado, novedad que viene desde 1979.No obstante, es a partir de la década de los noventa, cuando la conciencia sobre la importancia del reconocimiento de ciertos derechos con contenido económico toma mayor fuerza. De manera expresa, el Preámbulo del Texto

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Constitucional del 79 se hace referencia a la necesidad de una sociedad justa donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía, siendo el artículo 115 el que precisa que: "…la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una Economía Social de Mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social". Es decir, desde aquella época se pretendía considerar el aspecto social de la inversión pública.

Sin embargo, es hasta 1993 que el constituyente creyó necesario que la legislación tenga por objeto esencial establecer "reglas de juego" claras para los procesos económicos que garanticen la libertad, y que a la vez sean reflejo de valores democráticos, cuya práctica sea eficiente. A partir de esa fecha las primeras manifestaciones de la vida económica peruana que surgieron años atrás se consolidarían en valores, principios y libertades que se encontrarían al amparo de la denominada Economía Social de Mercado y bajo el resguardo de un Estado regulador, cuyo rol no podía minimizarse.

Estas interrelaciones entre un Estado Social y Democrático de Derecho, aunado a un régimen económico de Economía Social de Mercado ponen de manifiesto que "la economía no constituye un fin en sí mismo, sino que es un instrumento al servicio de la persona humana y de su dignidad". En tal sentido el poder económico tiene que ser limitado por la Constitución, a fin de evitar que dicho poder degenere en un abuso del mismo.

En la Constitución vigente, el Título III regula el modelo de economía que tiene el país, y lo hace bajo la denominación de "Del Régimen Económico". Este título se encuentra dividido en cinco capítulos en los que de forma concreta se consagran las diversas manifestaciones de la vida económica peruana. El Capítulo I referente a los Principios Generales define los lineamientos característicos y principios generales, los cuales serán aplicados posteriormente en cada área específica.

Dentro de esta normatividad jurídica, el tema que interesa a la presente investigación se encuentra en el Capítulo I, concretamente en el artículo 58º en el cual, luego de identificar el modelo de Economía Social de Mercado, precisa

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que, si bien la iniciativa privada es libre, ella no puede ser ejercida en contraposición con el interés general y social.

El artículo precisado señala a la letra: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una Economía Social de Mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

Ahora bien, desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y refiriéndose al concepto de Economía Social de Mercado, ha señalado que:

> *“…esta noción se refiere a un tipo de organización económica regulado por un régimen jurídico de descentralización e independencia frente al Estado, el cual está destinado a asegurar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en lo relativo a la libre iniciativa para participar en la actividad económica y la libre competencia, para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios al público en general. […] El objetivo último no es el siempre libre intercambio de bienes y servicios, sino el aseguramiento de la calidad de vida de la población y la transformación de la productividad individual en progreso social para todos”.*

En tal sentido se interpreta que, en un modelo de Economía Social de Mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos, todos orientados al progreso social y al desarrollo de la población. Esto significa que si bien, por una parte a los particulares se les reconoce derechos y libertades económicas, éstas deben ser asumidas con responsabilidad en beneficio de la sociedad.

Por ello, la idea de control de la Economía por parte del Estado ya se encontraría justificada y en marcha. Para el ejercicio de la función de fiscalización y regulación del mercado se han creado y se hallan en funciones diversos organismos sectoriales especializados como Osinerg (ahora Osinergmin), Ositran, Osiptel, Sunass, INDECOPI, Susalud, siendo los más reconocidos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia, la Economía Social de Mercado determina que el Estado no sea indiferente a las actividades económicas, sin embargo, dicha intervención no debe importar arbitrariedad. De esta forma el Estado asume una función supervisora y reguladora, cumpliendo al máximo su obligación de vigilar, garantizar y corregir las deficiencias que la realidad le presente(IESC, 2011).

La Economía Social de Mercado cumple con principios básicos; cuando esto no ocurre, los agentes económicos resultan perjudicados, de allí la necesidad de establecer parámetros o regulaciones.

2.4 Derecho fundamental a la libertad de empresa

2.4.1. Libertad de Empresa en la doctrina

La libertad de empresa es un derecho fundamental de enorme trascendencia en un mundo globalizado como el descrito hasta ahora –explica Viera Álvarez, tanto por la importancia que supone para el despliegue de la economía de un país la iniciativa particular, como por el hecho de que es necesario establecer condiciones para que este despliegue no sea arbitrario y que suponga una privación de derechos a las personas(VIERA ALVAREZ, 2010-I, pág. 198).

2.4.2. La libertad empresarial en la jurisprudencia interamericana

En principio debe decirse que las empresas como tales no poseen derechos fundamentales, son las personas naturales quienes son titulares de derechos fundamentales.

El desarrollo constante de los derechos fundamentales dentro de los Estados Constitucionales de Derecho ha hecho que la comprensión del contenido protegido de ellos se vuelva más amplia; esta situación dentro de muchos ordenamientos jurídicos y frente a varios tribunales ha sido llamada como “el contenido constitucionalmente protegido” de determinados derechos.

En ese sentido, a través de una persona jurídica, dos o más personas naturales pueden hacer efectivo sus derechos, sean civiles o políticos o económicos, sociales y culturales. Así se ha entendido en jurisprudencia del máximo tribunal en materia de derechos dentro del continente americano: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En el conocido asunto llamado “Radio Caracas Televisión”, que se discutió contra Venezuela se discutió la vulneración del derecho a la libertad a la libertad de expresión; frente a ello, se asumió por parte de la defensa que la Convención Americana de Derechos Humanos no recoge derechos a favor de las empresas (o personas jurídicas, como se conoce en nuestro país), por lo que no debía haberse protegido derechos en el mencionado caso.

En palabras de la Corte Interamericana:

> *“La Corte ha establecido que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo No. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, esto no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico. No obstante, vale hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrán ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la Convención Americana. En este sentido, esta Corte ya ha analizado la posible violación del derecho a la propiedad de determinadas personas en su calidad de accionistas. Así, por ejemplo, en casos como Ivcher Bronstein Vs. Perú, Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, y Perozo y otros Vs. Venezuela, esta Corte realizó dicho análisis respecto actos que afectaron a las personas jurídicas de las cuales eran socios. Asimismo, en tales casos, la Corte ha diferenciado los derechos de los accionistas de una empresa de los de la persona jurídica, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación, entre otros”*(Caso Radio Caracas vs Venezuela, 2015).

Se desprende de la cita anterior que no solo en el caso Radio Caracas Televisión la Corte Interamericana no decidió declarar improcedente una

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

afectación a derechos de la Convención bajo la concurrencia de una persona jurídica sino evaluar el contenido en cada caso en particular.

Asimismo, se presentó una solicitud de opinión consultiva a la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos para que el Tribunal responda a una serie de preguntas sobre el derecho de petición a partir de los establecido en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cuando ello ocurrió Argentina, que ya tenía una sentencia en su contra por un tema similar (asunto Cantos), hizo ciertas precisiones.

Argentina efectuó un recuento de varias decisiones de admisibilidad de la Comisión para afirmar que la posición constante de la misma fue la de declarar la inadmisibilidad de peticiones interpuestas por personas jurídicas bajo la condición de víctimas directas, o donde el agotamiento de los recursos internos fue realizado por éstas y no por personas naturales que se presentan como peticionarios ante la Comisión. Asimismo, hizo referencia a la Sentencia en el caso Cantos Vs. Argentina, en el sentido de que la Corte habría adoptado un criterio muy claro en tanto concluyó que, en un escenario donde entran en juego derechos de personas físicas en vinculación con personas jurídicas, sólo bajo determinados supuestos el individuo podría acudir al Sistema Interamericano. De acuerdo con el Estado argentino, la posición de la Corte y de la Comisión sería que para que se puedan proteger los derechos de personas físicas que hayan ejercido un derecho a través de personas jurídicas es necesario que la persona física sea quien haya agotado el recurso interno. Por ello, concluyó que una persona jurídica no puede, en ningún escenario, ser considerada víctima de violaciones a los derechos reconocidos por la Convención Americana (Solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación y alcance del Artículo 1.2, 2014).

2.4.3. El derecho fundamental a la libertad empresarial en el Perú

Es sabido que nuestra actividad económica se rige por las reglas de la Economía Social de Mercado, establecido ello así desde la entrada en vigor de la Constitución Política del Perú de 1993; al respecto, se tiene en doctrina que dichas reglas han sido entendidas:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

> *"…como una condición sine qua non de un Estado Social y Democrático de Derecho, y que pretende ser compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos inspiradores del mismo Estado. En tal sentido, el Estado asume como función esencial orientar el desarrollo del país a través de mecanismos que permitan a los agentes del mercado actuar de forma libre, al tiempo que protege a los consumidores y garantiza la competencia. Es decir, constitucionalmente se reconoce la presencia de un modelo económico que tiene como principio fundamental el respeto a las libertades económicas, pero que está al servicio de la persona"* (OLIVOS CELIS, 2010, pág. 1).

Lo cierto es que esta novedad (Economía Social de Mercado) no fue implantada recién con nuestra última Constitución puesto que los principios rectores de la Economía Social de Mercado ya existían en nuestra Constitución inmediatamente anterior: la de 1979.

El Preámbulo de nuestra Constitución anterior expresaba: la necesidad de una sociedad justa donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía, siendo el artículo 115° el que precisa que "la iniciativa privada es libre". A la letra, el mencionado texto señala:

> *"decididos a promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía; una sociedad abierta a formas superiores de convivencia y apta para recibir y aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica, económica y social que transforma el mundo".*

En otras palabras, el Estado limitaba su intervención y le daba un aspecto social a la inversión estatal; la cual, en suma, debía ser la excepción a la regla implantada por la inversión privada.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.5 Construcción del derecho fundamental a la libertad de empresa a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano

En esta parte de la tesis se hará un recuento de los casos más importantes sobre derecho a la libertad de empresa que se tienen en nuestro país, para lo que se abordará las sentencias del Tribunal Constitucional, lo que se hace de obligada referencia en este punto. De inmediato la autora hará un sucinto análisis de cada uno de ellos; así tenemos:

2.5.1. Expediente N° 3330-2004-AA/TC (caso "Discoteca Calle Ocho")

Sin duda, un asunto de necesaria referencia, por el que se puso en debate un amparo, el mismo que fue promovido por Ludesminio Loja Mori sobre la libertad de empresa y la competencia de las municipalidades para otorgar licencias de funcionamiento.

Sobre el marco fáctico y para conocerlo, nos apoyaremos en lo resumido por el propio Tribunal Constitucional en sus textos de soporte:

> *"El demandante, básicamente alegó que se estaba vulnerando su derecho a la libertad de empresa, al debido procedimiento administrativo, a la cosa juzgada y el derecho al trabajo. Por ello, el Tribunal estableció que la libertad de empresa, derecho estrictamente relacionado con la posibilidad de funcionamiento de una persona jurídica, contiene como parte de su contenido constitucionalmente protegido el acceso al mercado, bajo un principio de libre iniciativa. Sin embargo, su funcionamiento está sujeto a límites y uno de ellos es que se cuente con licencia de funcionamiento. Sólo con el cumplimiento de esta condición se podrá aceptar la titularidad de este derecho. En caso de que no se cuente con licencia, la empresa no tendrá legitimidad activa para demandar vía amparo, pues es la municipalidad el órgano constitucional que debe analizar cuándo debe otorgarse, o no, tal licencia.*
>
> *En la demanda planteada se solicitaba que, a través de un amparo, se otorgue la licencia de la Discoteca "Calle Ocho", por lo que el Tribunal consideró improcedente la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos. Sin perjuicio de ello, el Tribunal ingresó a analizarlas*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

> *particularidades del caso, estableciendo que se debió respetar la moral pública (la discoteca no cumplió con los requisitos urbanos de un Centro Histórico y no reconoció los derechos de los adolescentes, al permitir el ingreso de menores de edad y al estar ubicada muy cerca de centros educativos); la salud pública (la discoteca no contaba con medidas mínimas de salubridad, y hasta se la acusaba de realizar contaminación acústica); y la seguridad pública (la discoteca no tenía las medidas de seguridad necesarias)*(TC, 2005, pág. 808).

En suma, lo que se pretendía era declarar la nulidad de una resolución de alcaldía que le negaba el recurso interpuesto y que, consecuentemente, impedía la consecución de su licencia de funcionamiento. Lo interesante de este caso es que la empresa antes de imponer su proceso ante el Tribunal Constitucional ya contaba con una licencia provisional, la cual le fue otorgada mediante amparo. En ese sentido, la demandante refirió que debía otorgársele la licencia definitiva por ser su derecho. También debe saberse que la defensa de la Municipalidad expuso sesudamente dos razones para no otorgarse la licencia: el peligro que corrían las personas consumidoras del local al no estar con las indicaciones de ley y más importante, el peligro al que se exponía a los vecinos de la zona, principalmente niños provenientes de centros de estudios.

El Tribunal explicó, en una sentencia bastante ilustrativa, cuál es la función de las municipalidades al respecto de las licencias de funcionamiento y concluyó que el pedido de la parte demandante era desproporcionado. En cuanto a los alegatos de las partes, el Tribunal reprocha la poca argumentación de la parte accionante al describir la vulneración:

> *"El Tribunal Constitucional aprecia la limitada argumentación jurídica de parte del demandante respecto a cómo se ha producido la supuesta afectación de la libertad de empresa, y subsecuentemente del derecho al trabajo y del derecho al debido procedimiento administrativo, por ser elementos esenciales en la protección que está solicitando. La postulación de una vulneración no puede presumirse, sino que debe demostrarla quien la alega"* (Caso LUDESMINIO LOJA MORI o "Discoteca Calle Ocho", 2005).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Sobre el desarrollo jurisprudencial de la libertad empresarial: en esta sentencia, el principal Tribunal Peruano expresa, a la letra: "la libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual". Según el Tribunal tal proposición es inclusive evidente del contenido del artículo 59° de la Constitución Política del Estado, pero no solo es ello, pues para el Tribunal la importancia de este derecho está en su intrínseca relación con otros derechos fundamentales como el derecho al trabajo:

> *"…la libertad de empresa se incardina dentro de la libertad de trabajo, el cual, a su vez, es una manifestación del derecho fundamental al trabajo. Es así como este Colegiado, en la Sentencia del Expediente 0018-2003-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, manifiesta que "la expresión 'empresa' alude a una actividad económica organizada para los fines de la producción o el cambio de bienes y servicios y entre sus elementos constitutivos se considera a la organización y la dirección, a los cuales se suman los bienes, el capital y el trabajo".*

En otro momento, el Tribunal expone la relevancia que puede obtener el derecho a la libertad de empresa cuando se refiere a un sistema como el nuestro, donde regenta la Economía Social de Mercado. Lo más resaltante es la labor dinámica de la economía, pues el Estado es el que tiene la obligación de intervenir para afirmar el buen desempeño del mercado, lo que también significa que contribuya al favorable desempeño del derecho a la libertad empresarial:

> *"Según está dispuesta la libertad de empresa, está también está en relación directa con la función social que debe cumplir. Y asume este objetivo por ser parte de un sistema como el de la Economía Social de Mercado, arquetipo que, tal como se presenta en el país, se exhibe como un esquema intermedio en que el Estado tiene la facultad de intervenir con el fin de velar por la conservación y el buen funcionamiento del mercado, así como de superar y corregir las desigualdades sociales existentes [...] para hacer realidad el fin último de la Constitución: la*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

consecución del bienestar general, siendo este también el fin al cual debe atenerse la libertad empresarial. Al respecto, no hay que olvidar que este Colegiado ha explicado con claridad, como parte del fundamento 16 de la Sentencia del Expediente 0008-2003-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, cuál es el verdadero significado constitucional de la forma de la Economía Social de Mercado, pues dado el carácter social del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno no supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos".

El contenido de la libertad empresarial: en esta sentencia se integra una parte en la que el Tribunal reconoce "el contenido" del derecho a la libertad de empresa y los reconoce como tres, los cuales podrían ser concebidos como los elementos de la libertad empresarial:

"…el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis infra.

- En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).

- En tercer lugar, está la libertad de competencia.

- En último término, la libertad para cesar las actividades esto es, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

A continuación, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la libertad empresarial se encuentra netamente ligado a otros derechos (antes ya había dicho que era el derecho al trabajo uno de los más importantes); estos podrían ser el derecho a la industria y de comercio.

Ligado a lo anterior parece disponerse que el derecho a la libertad de empresa también tendría que ver con la creación de empresa, y aunque resulta evidente, pues el Tribunal prefiere aclararlo o más bien, señalar su importancia. Lo que pasa es que para resolver este caso en concreto el Tribunal refirió:

> *"Sobre esta base, y relacionándola con la estudiada libertad de empresa, el acceso al mercado empresarial aparece como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de trabas. La creación de empresas no significa que al titular del derecho no se le pueda exigir requisito alguno, pues si la naturaleza de su actividad así lo requiere, es imprescindible que se reconozca lo que razonablemente sea necesario."*

Los límites al derecho a la libertad empresarial: el Tribunal también se da campo para expresar que en ciertas situaciones el derecho a la libertad de empresa (en cualquiera de sus contenidos) no es ilimitado. Bien se sabe que ningún derecho resulta siendo ilimitado, pero en el caso central expuesto, la moral representaría un supuesto a tomar en consideración:

> *Cuando el artículo 59 de la Constitución señala que el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública, no está haciendo otra cosa que precisar los límites dentro de los cuales este derecho es ejercido de acuerdo a ley. Claro está que estos límites son enunciativos y no taxativos, pues la protección correcta debe surgir de un principio constitucional como es la dignidad de la persona humana, el mismo que se encuentra recogido en los artículos 1 y 3 de la Constitución, y que se convierte en un principio constitucional portador de valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres…"*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Aparentemente, el Tribunal nos trata de decir que el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.

En resumidas cuentas, esta sentencia sirve de base para el reconocimiento del derecho constitucional y fundamental a la libertad de empresa, puesto que, aunque la pretensión no se haya fundado, ello se debió a las particularidades del caso y es que no se puede pretender obtener una licencia de funcionamiento sin cumplir con los requisitos que la ley imponga, tanto más que estos no resultan ser irrazonables o desproporcionados. En el supuesto hipotético de que a pesar de haber cumplido con sendos requisitos establecidos en el TUPA de una Municipalidad, no se entregue la licencia de funcionamiento, probablemente (dependiendo de demás hechos) se hubiera fundado la demanda. Ello, sin embargo, no quita la relevancia de este caso que expone en primer plano la libertad de empresa en una primera ocasión.

2.5.2. Expediente N° 03048-2007-PA/TC (Caso “Importaciones Fukuroi Company E.I.R.L.”)

Mediante el Decreto Supremo N.° 017-2005-MTC, el Poder Ejecutivo había impedido, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la comercialización de vehículo usados en el país, limitaciones que tenían peculiaridades ciertamente pero el meollo del asunto fue que finalmente lo que buscaba era limitar el derecho de empresa, de trabajo y libre contratación.

En la medida que el decreto en cuestión no prohibía en su totalidad la venta de vehículos usados, el Procurador de dicho ministerio contestó la demanda de amparo alegando que “(…) mediante el Decreto Supremo N.° 017-2005-MTC se han establecido requisitos para la importación de vehículos usados y para la importación de motores, partes, piezas y repuestos usados destinados a vehículos de transporte terrestre, mas no su suspensión ni su prohibición. Refiere que los requisitos establecidos han tomado como punto de referencia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

la antigüedad de los vehículos en función a su sistema de combustión, a fin de cautelar la seguridad vial y la conservación y protección del medio ambiente" (Caso Importaciones Fukuroi Company E.I.R.L., 2007).

La decisión de primera instancia fue emitida por el sexagésimo quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, que con fecha 6 de octubre de 2006, declaró infundada la demanda, por considerar que los requisitos establecidos por el reiterado Decreto Supremo N° 017-2005-MTC para la importación de vehículos usados son conformes con lo establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 0017-2004-AI/TC, precedente del Tribunal Constitucional.

Para terminar de comprender el caso, la demanda de amparo se dirige contra el Decreto Supremo Nro. 017-2005-MTC, que mediante su artículo 2 modificó los literales a) y e) del artículo 1 del Decreto Legislativo Nro. 843 e incorporó el artículo 29-A al Decreto Supremo N° 058-2003-MTC, que aprueba el Reglamento Nacional de Vehículos, por estos hechos, la parte demandante aduce que se vendrían vulnerando sus derechos fundamentales ya mencionados: la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación. La principal argumentación presentada por la otra parte fue: "que el establecimiento de los requisitos -planteados por el Decreto Supremo- tiene por finalidad la tutela del medio ambiente y de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los ciudadanos, debido a que buscan evitar el ingreso de vehículos que por su antigüedad y su sistema de combustión puedan ocasionar un grave perjuicio al medio ambiente".

En palabras del propio Tribunal: "la controversia se circunscribirá entonces en determinar si los requisitos para la importación de vehículos usados, así como de motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre constituyen o no un límite constitucionalmente legitimo del ejercicio de los derechos fundamentales al trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad contratación" (subrayado fuera de texto) (Caso Dario Carlos Caya Qheru, 2008)

En principio, el máximo intérprete de la Constitución hizo hincapié en la importancia del derecho al medio ambiente saludable que todos en el país ostentamos, como consecuencia de ello, llegó a la válida conclusión que,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

cuando el Estado deja de tomar decisiones administrativas, es decir, por omisión, puede llegar a afectar el medio ambiente; en sí, el Tribunal saludó la decisión tomada desde el Ministerio de Transporte para salvaguardar el medio ambiente, en la medida que el medio ambiente equilibrado y adecuado resulta de interés común para toda la sociedad.

El Tribunal continuó diciendo que la protección al medio ambiente en materia de prohibición de venta de vehículos usados ha sido un tema mayoritariamente abordado por los países de la Comunidad Andina de Naciones, en su fundamento jurídico 17 el Tribunal Constitucional hace una acertada justificación basada en la experiencia internacional, como fue el caso de Colombia, Ecuador y Venezuela, países firmantes de un acuerdo tripartito por el que solamente podrían permitir la comercialización de vehículos del año en que se celebra cada transacción en sus territorios.

De otro lado, en su fundamento jurídico Nro. 15, el Tribunal dice explícitamente que el demandante no habría alegado ni demostrado que la venta de vehículos usados, motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre “sea una actividad económica que no degrada ni daña al medio ambiente, específicamente la contaminación del aire”; en otras palabras, no se haría desvirtuado el principal fundamento de la defensa del Estado.

Límites o restricciones a los derechos fundamentales y el derecho a la libertad de empresa: para referirse al derecho a la libertad de empresa el Tribunal Constitucional hace referencia a un argumento clásico de las Cortes de derechos: la limitación de los derechos fundamentales. El Tribunal aduce que anteriormente:

> *“…se ha afirmado que no existen derechos fundamentales ilimitados y que, por el contrario, tienen sus límites que en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunos derechos, mientras que en otros derechos el limite deriva de manera mediata o indirecta de tal norma, en cuantos ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos fundamentales,*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

sino también otros bienes constitucionales protegidos" (fundamento jurídico 18).

Por ende, resulta lógico que el Tribunal se dispusiera a analizar si es que los límites expuesto en el Decreto Supremo Nro. 017-2005-MTC fueron justificados, proporcionados y razonables; en efecto, eso es lo que se hizo en la resolución.

El derecho a la libertad de empresa – conceptualización: el fundamento jurídico número 20 otorga un concepto de lo que el Tribunal entiende por libertad de empresa y su contenido es especial e importante toda vez que por primera vez se hace una definición de este derecho en la jurisprudencia constitucional del Perú, específicamente se dijo que:

> *"La libertad de empresa consagrada por el artículo 59° de la Constitución se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente".*

De la lectura del propio texto constitucional se comprende rápidamente que existe límites a la libertad de empresa y estamos frente a uno de ellos: el cuidado del medio ambiente. En conclusión, por mayoría, el Tribunal decidió declarar infundado el pedido de la parte accionante.

De la resolución analizada se puede advertir el análisis que se hace respecto de los límites a los derechos fundamentales en general y del derecho a la libertad de empresa, en particular. La relevancia del derecho al medio ambiente, aunque siempre presente, solo es un ejemplo como pudo haberlo sido cualquier otro derecho para nuestra tesis, finalmente terminaremos con los expresado por el magistrado Vergara Gotelli en su voto separado: "(…) no puede acusar la empresa demandante la vulneración de sus derechos constitucionales en desmedro de los derechos constitucionales de la sociedad,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

especialmente la salud, la vida y el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado".

2.5.3. Expediente N° 01405-2010-PA/TC Callao (Caso "Corporación Rey S.A.")

Los hechos tuvieron que ver con una demanda interpuesta por Corporación Rey, por la que buscaba que se diera incumplimiento a las normas que habían incrementado aranceles en su perjuicio. La propia resolución asume que el marco fáctico previo a la acción de agravio constitucional tenía que ver con la demanda de amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas con el objeto de que se inaplique el artículo 2 del Decreto Supremo 158-2007-EF en el extremo que aprobó la tasa de derechos arancelarios *ad valorem* CIF de 0% para ciertas subpartidas nacionales.

Entre otras cosas, Corporación Rey decidió interponer primigeniamente un Amparo aduciendo que la eliminación de derechos arancelarios *ad valorem* para productos (y no para insumos) de la industria del cierre, que por dicho decreto se aprobaron, amenaza sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, de comercio, de industria, de contratar y a la igualdad tributaria, asimismo, expuso el demandante que con la entrada en vigencia del mencionado decreto se eliminó toda protección arancelaria a su industria, manteniéndose arbitrariamente dicha protección para los mercados de sus principales insumos, lo que amenaza la estructura de costos de su empresa con consecuencias negativas en la política de precios de sus productos finales.

Así, la parte demandada contestó la demanda alegando que el amparo no sería la vía idónea para debatir este tipo de aspectos que claramente son solamente patrimoniales.

Mientras tanto, en la resolución de primera instancia se declaró infundado el amparo al considerarse que el Estado no está obligado a garantizar la viabilidad económica de toda empresa que se funda en nuestro país. En la resolución de segunda instancia tampoco se dio asidero a lo expuesto por la demandante con el simple argumento de que no se había solicitado la inaplicación del Decreto

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

en cuestión, sino que se deje sin efectos generales, aunque claro está que podría haberse supuesto. En fin, luego de las decisiones en el fuero común, se inició el trámite ante el Tribunal Constitucional.

Como era previsible, el Tribunal comenzó su examen refiriéndose a la procedencia del amparo cuando se busca dejar sin efecto normas con rango de ley. En sus palabras, el TC afirmó que: "podría argumentarse que el amparo no es la vía adecuada para solucionar la controversia o que el recurrente debió acudir a otro proceso, ya que el órgano jurisdiccional tiene la facultad de inaplicar una norma que contraviene la Constitución mediante el control difuso de constitucionalidad de las normas legales, facultad contemplada en los artículos 51 y 138 de nuestra Constitución" (Caso Corporación Rey S.A., 2010).

Habiendo recordado que el amparo contra normas solo procede contra aquellas con el carácter de auto aplicativas, es decir, contra aquellas normas creadoras de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación y siendo que en materia tributaria la regla es que quien estaba obligado al pago de un tributo encontraba en dichas normas afectación directa al mandato constitucional, se entendía que la norma era auto aplicativa.

Sobre las libertades económicas y la relevancia constitucional del régimen económico peruano actual: el Tribunal Constitucional entiende que los tres derechos recogidos en la Constitución como constitutivas del régimen económico instaurado formalmente desde la entrada en vigor de la Constitución de 1993. Dentro de la resolución, se lee:

> *"En reiterada y uniforme jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 -libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras-, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades deban encontrar soluciones sobre la base de una*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58 de la Constitución). En una Economía Social de Mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidentemente con esta concepción, la Constitución en su artículo 60º reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional [reconocido así en la resolución de la STC 01963-2006-AA/TC]".

Sobre la finalidad del derecho a la libertad empresarial: en este asunto, el Tribunal se pregunta y también responde cuál es la finalidad que tiene el derecho a la libertad empresarial, afirmando así que implica la posibilidad de todo ciudadano de ser partícipe de la economía nacional, dentro del régimen de Economía Social de Mercado impuesto. Frente a ello, la obligación estatal es orientar, estimular y promover el derecho a la libertad empresarial, conforme su labor social dentro del gran mundo económico.

Con esa finalidad es que el Estado se encuentra obligado a remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia, para lo cual debe formular y establecer todos los mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar la libre competencia.

Dentro del texto constitucional, específicamente el artículo 61° reconoce que el Estado: a) facilita y vigila la libre competencia; b) combate toda práctica que limite la libre competencia; y c) combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (así está explicado en el fundamento jurídico 14 de la resolución *sub examine*).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Como un punto importante es lo referido en el punto 16 de la resolución cuando se hace resaltar el propósito de la libertad empresarial: “en buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa”. Explica esto con el afán de comprender mejor la relevancia de este derecho frente al asunto expuesto en la demanda.

Así también el propio Tribunal ha sabido explicar lo que hasta ese momento se había dicho en cuento a libertad de expresión. Por un lado, el contenido del derecho que ya se había expuesto en el caso de la Discoteca Calle Ocho:

> *“…de este modo, cuando el artículo 59º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado”.*

El Tribunal no solamente hace un análisis respecto del derecho a la libertad empresarial pues también lo hace respecto del derecho de competencia, entre otros. Pero respecto del derecho en cuestión solo atina a decir que ningún elemento constitutivo de ese se vio afectado, a saber: fundación de una empresa, organización del empresario y dirección de la empresa.

Con el argumento que la normativa tendiente a la desprotección de la industria nacional, vía la apertura de la competencia internacional a través de la liberalización comercial y financiera no afecta derechos fundamentales, se declaró infundada la demanda.

Respecto de este caso se debe afirmar que resulta relevante en cuanto al ámbito académico en principio por ser ilustrativa del recuento del desarrollo del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

derecho a la libertad empresarial hasta ese momento, resaltando la relevancia que tiene la libertad empresarial dentro del contexto de Economía Social de Mercado implantado en el ámbito peruano. Por otro lado, también se tiene la relevancia en el caso práctico pues negó el pedido de Corporación Rey que pretendía hacer notar una situación de desventaja en su contra, la cual habría estado válidamente justificada.

2.5.4. Expediente N° 03479-2011-PA/TC Callao (Caso "Agencia Marítima Internacional S.A. – MARINTER")

Este caso, de por sí, es sumamente interesante debido a que en principio se pretendía ceder el uso de ciertos puertos del muelle del Callao a una única operadora, lo que crearía una situación de desventaja y evidente monopolio. Según la propia sentencia, los hechos quedan así:

> *"[la accionante presentó una] demanda de amparo contra la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) y la Autoridad Portuaria Nacional (APN) con el objeto de que cese el proceso de transferencia de los muelles Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 11 del Terminal del Callao a un único operador portuario, con el fin de que éste preste toda clase de servicios portuarios en condiciones de exclusividad, excluyendo a la empresa demandante y a todas las demás que brindan sus servicios utilizando la infraestructura portuaria del Callao"* (Caso Agencia Marítima Internacional - MARINTER, 2014).

Además de ello, es importante conocer que fue PROINVERSIÓN la encargada de aprobar las bases y llamar a licitación para la concesión del puerto, en el que la demandante y otras treinta empresas más ofertaban los servicios de agenciamiento marítimo y de estiba y desestiba.

Para la parte demandada, la vía constitucional no era la más adecuada para discutir este hecho, lo que fue puesto en tapete también por el Juzgado y la Sala que conocieron de este caso.

Tal como afirmó antes, el Tribunal reconoció que la finalidad de la libertad de empresa es permitir a las personas el libre acceso a la economía o a la actividad

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

económica; es así que amplía su jurisprudencia anterior para reconocer no solamente a las personas naturales sino también a las personas jurídicas:

> *"…la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas (**naturales y/o jurídicas**) participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58º y 59º de la Constitución. El contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades: a) la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; b) la libertad de organización, que contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros; c) la libertad de competencia y d) la libertad para cesar las actividades* (negrita fuera de texto)".

Recordemos que en el caso de la Corporación Rey S.A. ya se había indicado lo mismo, aunque esta vez se dejó claro que dicha situación no solo permite el acceso a las personas naturales pues las personas jurídicas también gozan de este beneficio.

A pesar de lo anterior la decisión en mayoría fue declarar infundada la demanda pues la concesión a un solo operador ostentaba asidero legal en la Ley 27493, lo que fue explicado por el TC de tal forma que el otorgamiento a un solo operador de la exclusividad sobre el puerto indicado generaría mayor competitividad en el mercado.

Otro aspecto relevante de la sentencia es que se hace un análisis conjunto de la libertad empresarial y la libre competencia, las cuales parecen ser un binomio que debería funcionar armónicamente dentro de una Economía Social de Mercado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO III

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DE LA ÁREA DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI EN EL SECTOR ELECTRICO

INTRODUCCIÓN

En principio, debemos explicar que es la globalización la que ha vuelto interconectada a la economía, lo que hace que sea imperativo para las empresas de cualquier sector, explorar nuevas rutas de obtención de ganancias. Bien lo explica Pérez Aranguri, y es que las empresas ahora se interconectan “superando fronteras territoriales, estatales o políticas, existe una clara tendencia a que las empresas (con posibilidad de hacerlo) busquen ampliar sus beneficios, como cualquier agente económico lo haría. Ello se lleva a cabo a través de diversos mecanismos o estrategias comerciales, una de las cuales es la concentración empresarial, ello entendido como veremos más adelante como la toma o cambio de control que se estable de una parte o de la integridad de una empresa.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En nuestro país la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, es el Órgano que a partir de la emisión de sus resoluciones ha tenido la ocasión de intervenir y decantar la postura estatal respecto del control de concentraciones empresariales en el sector eléctrico. Será justamente al respecto que continuará el siguiente apartado del presente documento.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.1 Consideraciones generales

A efectos de poder desarrollar cada una de las resoluciones que la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, ha alcanzado en la presente materia es necesario, bajo la opinión de la autora de este trabajo de tesis, brindar previamente los principales alcances que tanto la Constitución Política del Perú a través de los artículos 58°, 59° y 61° y la norma sectorial respectiva Ley N° 26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del sector eléctrico- y el Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del sector eléctrico, han sido recogidos por el Órgano Resolutivo en mención.

Así, el artículo 58° de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) establece que el principio fundamental que rige la actividad económica es la libertad económica, al señalar “la iniciativa privada es libre”.

En ese orden la libre iniciativa privada como principio económico fundamental del orden constitucional peruano incluye la libertad de empresa, la cual es garantizada expresamente por el Estado, según lo declara el artículo 59° de la Constitución.

Asimismo en el artículo 61°, la Constitución establece que “el Estado facilita y vigila la libre competencia” y “combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”.

En este contexto, la Ley establece que el Estado debe pronunciarse sobre las concentraciones empresariales que pudieren vulnerar la competencia en el sector eléctrico.

Así, el artículo 1° de la Ley N° 26876 establece que estarán sujetos al procedimiento de autorización previa, los actos de concentración de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, a fin de evitar operaciones que tengan el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia en las referidas actividades o en los mercados relacionados.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Precisamente de acuerdo con los artículos 2° y 3° de la Ley 26876, se consideran actos de concentración empresarial a aquellas operaciones que permiten adquirir el control directo o indirecto de una empresa que desarrolla actividades de generación, transmisión o distribución en el mercado eléctrico peruano. De acuerdo con el citado artículo 3°, están obligados a presentar una solicitud de autorización previa los agentes que posean, de manera previa o posterior a la operación, de manera conjunta o separada, una participación igual o superior al 15% del mercado en el caso de concentraciones horizontales, o una participación igual o superior al 5%, en cualquiera de los mercados involucrados, en el caso de las concentraciones verticales.

Bajo ese entendido la Comisión analiza (i) si la operación supone una modificación en la estructura de control de las empresas que realizan actividades en el mercado y (ii) si las empresas participantes en la operación superan el umbral dispuesto por el artículo 3° de la Ley 26876, que determina las operaciones de concentración sujetas a notificación.

Para evaluar los efectos que genera una operación entre agentes que realicen actividades en el mercado eléctrico nacional, es necesario determinar previamente si dicha operación producirá una modificación en la estructura de control de las empresas participantes.

Así, la Comisión ha considerado que tales decisiones son, por ejemplo, la aprobación del presupuesto de la empresa, el establecimiento de su programa de actividad (plan estratégico), la definición de planes de inversión, el nombramiento de personal directivo (principales gerentes, funcionarios y miembros del Directorio).

Dicho lo anterior el Órgano Resolutivo debe determinar si la operación de concentración empresarial notificada puede tener el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica o en los mercados relacionados.

En ese sentido para determinar si la operación de concentración empresarial puede tener como efecto disminuir, dañar o impedir la competencia, en primer

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

lugar; deben definirse primero el o los mercados relevantes en los que la operación tendría impacto, para luego analizar los efectos de la operación en dichos mercados considerando, el grado de concentración, la participación de las empresas en el mismo, la posibilidad de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la evolución del progreso técnico o económico y la perspectiva de integración con otros mercados y de este modo autorizar o no la concentración.

3.2 Resoluciones emitidas por la Comisión de Libre competencia del INDECOPI

3.1.1. Resolución N° 002-1998-CLC-INDECOPI

Empresa Solicitante: Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. (ETECEN).

Solicitud de autorización previa presentada: Originada por su participación en la empresa concesionaria del contrato de construcción y explotación de la Línea de Transmisión Eléctrica Mantaro –Socabaya. (Consorcio Transmantaro S.A.)

Como antecedente se tiene que la sociedad concesionaria estaba conformada por Hydro Québec International Inc. y Graña y Montero S.A.

Ante ello la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión, para todos los casos resueltos por dicho órgano), procedió a evaluar si efectivamente el presente caso constituía una operación de concentración en los términos del artículo 2° de la Ley N° 26876, que establece:

> ***"Artículo 2.-*** *(…) se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa (…), que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos"*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Del análisis de la cuestión en discusión la Comisión consideró que la solicitud presentada no constituía una operación de concentración en los términos de la Ley Nº 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del sector eléctrico, ya que dentro de la estructura interna del Consorcio Transmantaro era Hydro Québec International Inc., quien asumía un control exclusivo para sobre las decisiones estratégicas de la sociedad concesionaria, de manera que los socios fundadores del mismo no detentaban un control conjunto de las decisiones de gestión empresarial sino que respondía a la voluntad unilateral de Hydro Québec International Inc.

Así decidió que la solicitud de autorización previa de operación de concentración (en adelante, la notificación), no se encontraba dentro del ámbito de la Ley Nº 26876, en tanto la operación de concentración no modificaría la estructura de control del Consorcio Transmantaro S.A.

Como opinión, se puede indicar que en este caso la Comisión procedió a evaluar uno de los primeros requisitos que determinan la procedibilidad en el inicio del procedimiento de autorización previa del acto de concentración, esto es, que dicho acto tenga por objeto modificar la estructura de control de la empresa materia de la concentración.

3.1.2. Resolución N° 015-1998-CLC-INDECOPI

Empresa Solicitante: Compañía Eléctrica Cono Sur S.A. (Cono Sur).

Solicitud de autorización previa presentada: en atención a la adquisición de acciones de Generandes Perú S.A. (Generandes), correspondientes al 4.7% del accionista Chase Manhattan Internacional Financed.

Así, del análisis de la cuestión en discusión la Comisión señaló que correspondía evaluar si la solicitud constituía efectivamente una operación de concentración en los términos del artículo 2° de la Ley Nº 26876, es decir que produzca un cambio en la estructura de control de Generandes.

Así, la Comisión consideró que el grado de control que detentaría Cono Sur sobre las decisiones de Generandes no se vería modificado substancialmente como consecuencia de la operación de concentración.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En consecuencia la Comisión declaró que, la adquisición de acciones de la empresa Generandes por su accionista Chase Manhattan Internacional Financed no constituía una operación de concentración sujeta a la aplicación de la Ley Nº 26876.

Como comentario, podemos indicar que la Comisión precisó que sólo constituye una operación de concentración si se produce una modificación relevante en la estructura de control de una empresa, hecho que ya había sido analizado en la anterior resolución. Así, puede indicarse que lo relevante fue como el grado de intervención de la Compañía Eléctrica Cono Sur S.A., no sería relevante pues no modificaría la estructura de control de Generandes, por lo que la Comisión declaró que la solicitud de autorización no se encontraba dentro del ámbito de la ley antes referida.

3.1.3. Resolución N° 012-1999-CLC-INDECOPI

Empresas Accionistas Solicitantes: Empresa Eléctrica Cabo Blanco S.A. (EEPSA), Inversiones Distrilima S.A. (EDELNOR) y Generandes Perú S.A. (EDEGEL).

Solicitud de autorización previa presentada: por la adquisición de acciones de ENERSIS S.A. (ENERSIS) por parte de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de España (ENDESA ESPAÑA) y por la adquisición de acciones de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de Chile (ENDESA CHILE) por parte de ENERSIS.

En este punto la Comisión señaló que de acuerdo al artículo 9° de la Ley Nº 26876, que las operaciones de concentración que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación lo son también aquellas que aunque se hayan realizado en el extranjero involucren directa o indirectamente a empresas que desarrollen actividades en el sector eléctrico nacional. Así se tiene:

> *"**Artículo 9°** "Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante de realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que,*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional.

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

De esta forma la Comisión se centró en (i) evaluar si dichas operaciones ocasionaron una concentración de empresas, esto es si se produjo una modificación sustancial en la estructura de control de las empresas eléctricas vinculadas a aquellas que fueron objeto de las adquisiciones de acciones, así como la superación del umbral establecido según el tipo de concentración presentado y (ii) determinar si las operaciones tenían por efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia.

De acuerdo al punto (i) y, respecto a la primera solicitud, la Comisión consideró que ENDESA ESPAÑA no obtuvo el control exclusivo de Enersis en setiembre de 1997, conforme lo alegado por las empresas que presentaron la solicitud de autorización o notificación, teniendo en cuenta para ello, que en atención a la información que les había sido alcanzada (principalmente trasuntada en las actas de junta general de accionistas de ENERSIS en el que no se permitía a ENDESA ESPAÑA con un 32% controlar la toma de sus decisiones sobre su estrategia competitiva, así como la afirmación de ésta última al reconocer expresamente y de forma pública que no controlaba a ENERSIS), sino que fue a partir de abril de 1999 cuando asumió el control efectivo de ENERSIS, situación que se hizo evidente cuando ésta acordó incrementar el límite de tenencia individual de acciones al 65% por ENDESA ESPAÑA y ante las circunstancias de renuncia del Presidente, su Gerente y Directores, siendo reemplazados de inmediato por funcionarios de ENDESA ESPAÑA. Concluyendo la Comisión de esta forma que, que recién en abril de 1999 ENDESA ESPAÑA había obtenido el control en la estructura (*influencia preponderante y continua*) de ENERSIS considerándola una operación de concentración sujeta a la autorización previa establecida por la Ley Nº 26876.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Siguiendo el análisis del punto (i) y, en relación a la segunda solicitud, la Comisión consideró que ENERSIS tampoco ejercía un nivel de control sobre ENDESA CHILE desde setiembre de 1997 (toda vez que con una participación del 25% no llegaba a controlar la Junta General de Accionistas de ENDESA CHILE, ni tenía una influencia preponderante en su Directorio ya que no podía designar a sus miembros) sino que fue en mayo de 1999 cuando asumió el control efectivo de ENDESA CHILE al acumular indirectamente una participación del 60% de esta última, esto es la mayoría en su Junta General de Accionistas y Directorio, de modo que le permitía con ocasión de esta circunstancia poder ejercer una modificación en la estructura de control de ENERSIS, considerándola una operación de concentración sujeta a la autorización previa establecida por la Ley Nº 26876.

Precisamente la Comisión cita la definición de control adoptada por en el artículo 37° del Reglamento de la Ley Nº 26876:

> "*Se denomina control a la influencia preponderante y continua sobre los órganos de decisión de una persona jurídica*".

De conformidad con esta definición, la Comisión interpretó que la influencia preponderante y continua que implica dicho control, sería aquella que permite definir las decisiones que configuran la estrategia competitiva de una empresa de forma repetida en el tiempo, la cual puede ejercerse sobre las decisiones estratégicas que se adoptan en la Junta General de Accionistas, el Directorio e incluso a través de las principales Gerencias.

Superado dicho filtro, la Comisión prosiguió con la evaluación del segundo requisito referido a la superación del umbral que el artículo 3° de la Ley N° 26876 prescribe, así textualmente se desprende: "*Deberá solicitarse la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

vertical, aquellos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados".

De este modo tratándose de una concentración horizontal la Comisión indicó que dicho requisito también había sido superado. Por lo que correspondía el análisis del punto (ii), esto es, determinar si las operaciones de concentración tenían por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia, teniendo en cuenta para ello, la posición de las empresas participantes en el mercado, la estructura del mismo, las posibilidades de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la existencia de hecho o de derecho de obstáculos de acceso al mercado; la evolución de la oferta y demanda; la evolución del progreso técnico o económico; y, el efecto de la operación en los distintos mercados relevantes en el corto y largo plazo (Artículo 19° de la Ley N° 26876), verificando de su estudio técnico especializado que no concurrían circunstancias perjudiciales contra la libre competencia.

Finalmente, resulta necesario mencionar que la Comisión advirtió que la solicitud de autorización previa fue efectuada con posterioridad a la realización de la operación, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley Nº 26876, que establece que el procedimiento de autorización debe ser iniciado y finalizado previamente a la realización de la operación de concentración, sancionándola por dicha omisión.

Bajo lo expuesto la Comisión en un extremo si bien autorizó las operaciones de concentración solicitadas generadas por la adquisición de acciones de ENERSIS S.A. (ENERSIS) por parte de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de España (ENDESA ESPAÑA) y por la adquisición de acciones de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de Chile (ENDESA CHILE) por parte de ENERSIS, sancionó solidariamente a las empresas Eléctrica Cabo Blanco S.A., Generandes Perú S.A. e Inversiones Distrilima S.A., con 150 UITs al no haber notificado previamente a su realización la operación de concentración.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Como comentario de la presente resolución se puede advertir que la misma nos presenta el análisis de un caso frente al cual la operación de concentración se realizó en el extranjero, no obstante de ello, al involucrar a empresas que desarrollan sus actividades en territorio nacional, deben someten bajo el análisis de la Comisión, por los efectos que estas generan en el mismo. De otra parte, en cuanto a la oportunidad de presentación de la solicitud de autorización previa, se tiene que la misma al ser efectuada de manera extemporánea, genera la imposición de una sanción, en tanto conforme lo prevé el artículo 34° del Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico es la omisión de la notificación de la operación antes de ser realizada.

3.1.4. Resolución N° 029-2001-CLC- INDECOPI

Empresa Solicitante: PSEG Global Inc. (PSEG Global).

Solicitud de autorización previa presentada: para la adquisición de la Empresa de Electricidad de los Andes S.A., (Electro Andes).

Frente a lo expuesto la Comisión procedió a evaluar (i) si la operación notificada constituiría una operación de concentración bajo los términos de los artículos 2º y 3° de la Ley 26876, referidos al cambio en la estructura de control de las empresas y a la superación del umbral establecido según el tipo de concentración presentado, así como (ii) determinar si la operación de concentración tendría por efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia.

En cuanto al análisis del punto (i) la Comisión sostuvo que la operación notificada se encuentra dentro de los términos de una concentración empresarial, en tanto la adquisición de Electro Andes por PSEG Global traería que como consecuencia que esta última controle totalmente a la primera.

Asimismo, siendo que su participación en el mercado superaría el límite para concentraciones verticales del 5%, la Comisión consideró que el acto notificado resultaría procedente.

Seguidamente prosiguió con la evaluación del punto (ii), a fin de determinar si la operación de concentración tenía por efecto disminuir, dañar o impedir la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

competencia, así, habiendo determinado el mercado relevante (de generación eléctrica), así como los efectos de la operación en dicho mercado considerando, el grado de concentración, la participación de las empresas en el mismo, la posibilidad de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la evolución del progreso técnico o económico y la perspectiva de integración con otros mercados, conforme los criterios de evaluación establecidos en el artículo 19° del Reglamento de la Ley N° 26876, la Comisión concluyó que no se presentarían efectos nocivos para la competencia.

Bajo ese tenor la Comisión autorizó la operación de concentración generada por la adquisición de Electro Andes por parte de PSEG Global Inc.

Como comentario podemos señalar que en el presente caso nos encontramos ante una operación de concentración reflejada en la adquisición absoluta de una empresa por otra, de manera que la evaluación del ejercicio de control ha sido evidente, sin perjuicio de ello la Comisión autorizó la operación de concentración, al no evidenciar de manera potencial la existencia de efectos negativos que puedan incidir en el mercado que como ya se indicó se encuentran descritos en el artículo 19° del Reglamento de la Ley de Monopolio y Antioligopolio del sector eléctrico.

3.1.5. Resolución N° 016-2002-CLC- INDECOPI

Empresa Solicitante: Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (ISA).

Solicitud de autorización previa presentada: para la utilización de la totalidad de las redes de distribución de energía de la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. (ETECEN) y la Empresa de Transmisión Eléctrica del Sur S.A. (ETESUR).

Dicho lo anterior la Comisión procedió a evaluar (i) si la operación notificada constituiría una operación de concentración referido al cambio en la estructura de control de las empresas y a la superación del umbral establecido según el tipo de concentración presentado, así como (ii) determinar si la operación de concentración tendría por efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En atención al primer punto la Comisión determinó que dada la naturaleza de la operación de concentración, ISA adquiriría la concesión para la utilización de la totalidad de las redes de distribución de energía conformadas por las empresas ETECEN y ETESUR, consideró que el control que ejercería ISA sobre estas sería decisiva, ya que a través de la sociedad concesionaria Red de Energía del Perú S.A., (empresa creada con el objeto de desarrollar actividades de transmisión de energía en el presente caso), tenían a ISA con una participación accionarial del 60%, lo que reflejaría el ejercicio potencial del control exclusivo sobre ETECEN y ETESUR.

Asimismo, siendo que la participación en el mercado de ISA superaría el límite del 5%, tratándose de una concentración vertical, la Comisión consideró que el acto notificado resultaría procedente.

Superado lo anterior, la Comisión evaluó si los efectos de la operación de concentración podrían generar en el mercado eléctrico peruano la disminución, daño o impedimento de la competencia, considerando para ello la determinación el mercado relevante (de distribución eléctrica), así como los efectos de la operación en dicho mercado considerando, el grado de concentración, la participación de las empresas en el mismo, la posibilidad de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la evolución del progreso técnico o económico y la perspectiva de integración con otros mercados, la Comisión concluyó que no se presentarían efectos nocivos para la competencia, como resultado de la operación de concentración.

Así, resolvió autorizar la concentración presentada por la empresa Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., para la utilización de la totalidad de las redes de distribución de energía de la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. y la Empresa de Transmisión Eléctrica del Sur S.A.

3.1.6. Resolución N° 020-2002-CLC-INDECOPI

Empresa Solicitante: TRACTEBEL S.A. (TRACTEBEL)

Solicitud de autorización previa presentada: para la adquisición de las empresas de generación de electricidad Empresa Generadora de Arequipa S.A. (EGASA) y Empresa Generadora del Sur S.A. (EGESUR).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

De este modo para empezar con su análisis la Comisión comenzó citando el artículo 1º de la Ley N° 26876 que señala que el Estado debe pronunciarse sobre las concentraciones empresariales que pudieren vulnerar la competencia en el sector eléctrico.

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

Seguidamente, la Comisión indicó que la participación en el mercado de TRACTEBEL superaría el límite del 5%, tratándose de una concentración vertical, superando dicho filtro.

Bajo ese orden evaluó los efectos que podrían derivarse de una operación de concentración, en base a lo que ya se había mencionado en anteriores resoluciones- materia de estudio- la posición de las empresas participantes en el mercado (determinación de mercado relevante), la estructura competitiva del mismo, las posibilidades de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la existencia de hecho o de derecho de obstáculos de acceso al mercado; la evolución de la oferta y demanda; la evolución del progreso técnico o económico; la perspectiva de integración con otros mercados.

Así la Comisión consideró que la operación notificada no limitaría la competencia por parte de TRACTEBEL en el mercado ni posibilitaría una concertación entre los grupos económicos más relevantes de dicho mercado, habiéndose determinado el mercado relevante, dado el marco regulatorio vigente, y analizado los efectos potenciales sobre dicho mercado derivado de la operación notificada, de acuerdo a los criterios de evaluación establecidos en el Reglamento de Ley N° 26876.

De este modo autorizó la operación de concentración generada por la adquisición EGASA y EGESUR por parte de la empresa TRACTEBEL.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Como comentario se tiene que la Comisión no desestimó la concentración empresarial pues de la evaluación de los factores ya descritos por la norma no se evidencia un claro efecto negativo para la competencia.

3.1.7. Resolución N° 022-2002-CLC-INDECOPI

Empresa Solicitante: Electroandes S.A. (Electroandes)

Solicitud de autorización previa presentada: para la adquisición de los activos no operativos del Proyecto de Central Hidroeléctrica Yuncán, de titularidad de la empresa EGECEN S.A.

Sobre el particular la Comisión advirtió que EGECEN, titular del proyecto Yuncan no estaba operativa, encontrándose ya prevista para su operatividad en el año 2005.

Precisamente en cuanto al caso en particular, la Comisión indicó que en atención a lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, que establece qué tipo de operaciones constituyen actos de concentración definiendo a aquellas figuras societarias y operaciones entre empresas que se materializan en una operación de concentración, señaló también que de acuerdo al artículo 3° de la citada norma la solicitud de autorización previa que se debe presentar ante la Comisión comprende todos aquellos actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollen actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía en el mercado. Ello supone que las empresas susceptibles de concurrir en un acto de concentración deben desarrollar actividades en el sector eléctrico, a fin de que le sea aplicable el presente procedimiento.

Asimismo señaló que de acuerdo a lo prescrito en el Decreto Supremo N° 087-2002-EF, Disposiciones Reglamentarias de la Ley 26876, aplicable para los casos devenidos de procesos de promoción de inversión privada, se establece en su artículo 2° que se entenderá por “empresa que desarrolla realiza actividades” a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de concesiones o autorizaciones para desarrollar las actividades

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica y que sus activos se encuentren operativos.

Bajo ese orden, resolvió declarar improcedente la solicitud de autorización previa presentada por la empresa Electroandes S.A. para la adquisición (operación de concentración) del Proyecto de Central Hidroeléctrica Yuncán, de titularidad de la empresa EGECEN S.A., en tanto los activos materia de análisis no se encontraban aun operativos.

A manera de comentario, se debe indicar que la Comisión analizó la procedencia del presente caso basado en la solicitud de concentración devenida de un proceso de promoción de inversión privada, en el que no superó el filtro de procedibilidad, prescrito en el Decreto Supremo N° 087- 2002-EF, referido a la operatividad de los activos de la empresa.

3.1.8. Resolución 026-2006-CLC- INDECOPI

Empresa Solicitante: Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla S.A. (ETEVENSA) y EDEGEL S.A., (EDEGEL)

Solicitud de autorización previa presentada: para la operación de concentración en el sector eléctrico, donde EDEGEL absorbería a ETEVENSA.

Como antecedente se tiene que ambas empresas (ETEVENSA y EDEGEL) pertenecen a un mismo grupo económico (GRUPO ENDESA).

Frente a lo expuesto la Comisión procedió a evaluar (i) si la operación notificada constituiría una operación de concentración bajo los términos de los artículos 2º y 3° de la Ley 26876, referidos al cambio en la estructura de control de las empresas y a la superación del umbral establecido según el tipo de concentración presentado, así como (ii) determinar si la operación de concentración tendría por efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia.

Precisamente la Comisión consideró que al constituir el acto de concentración una fusión por absorción donde EDEGEL asumiría la totalidad bienes, derechos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

y obligaciones de ETEVENSA, se configuraría en una variación sustancial en la estructura de control hasta ese momento ejercida por ésta última.

Seguidamente, la Comisión indicó que la participación en el mercado de EDEGEL superaría el límite del 5%, tratándose de una concentración vertical, superando dicho filtro.

Bajo ese orden evaluó los efectos que podrían derivarse de una operación de concentración, en base a lo que ya se había mencionado en anteriores resoluciones- materia de estudio- la posición de las empresas participantes en el mercado (determinación de mercado relevante), la estructura competitiva del mismo, las posibilidades de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la evolución del progreso técnico o económico; la perspectiva de integración con otros mercados

En ese orden, la Comisión evaluó que siendo que el pedido de concentración de dos empresas que ya eran consideradas como parte de un mismo grupo económico (GRUPO ENDESA) su situación en el mercado relevante no variaría en sus distintos niveles ni alteraría el grado de concentración, por lo que superado este análisis procedió a determinar si el mismo generaría efectos anticompetitivos (afectaciones y distorsiones negativas en el mercado) por lo que resolvió autorizar el acto de concentración solicitado por ETEVENSA y EDEGEL.

Como se ha podido advertir la Comisión analizó en la presente resolución la concentración de dos empresas pertenecientes al mismo grupo económico, en el que luego de verificar – como en casos anteriores – la existencia en el índice de control de la estructura de una de ellas producto de la concentración, pasó avaluar si dicho acto podría afectar potencialmente la libre competencia, determinando que no ocurriría tal situación y autorizando consecuentemente la operación de concentración.

3.1.9. Resolución N° 052-2006-CLC-INDECOPI

Empresa Solicitante: Empresa Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (ISA)

Solicitud de autorización previa presentada: para la adquisición de acciones de Consorcio Transmantaro S.A. (CTM).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Como antecedente se tiene que ISA no presentó parte de la información requerida con relación a las eficiencias económicas que generaría la operación de concentración, solicitó un plazo ampliatorio, y sin perjuicio de ello se le exima de presentar dicha información.

La Comisión en la medida que ISA no cumplió con presentar la información faltante dentro del plazo máximo de 5 días que el artículo 16° del Reglamento de la Ley N° 26876, establece para que las empresas solicitantes cumplan con remitir la información pendiente y; haber solicitado ser eximida de su presentación, declaró la misma inadmisible, indicando que los requisitos de admisibilidad deben ser cumplidos necesariamente para que se dé inicio al procedimiento de autorización previa , ya que no pueden ser subsanados dentro de este.

Precisamente la Comisión precisó la importancia de la información acerca de la medición o estimación de las potenciales eficiencias de la operación de concentración, señalando que la misma es indispensable para determinar si corresponde o no autorizar la concentración.

Como se puede advertir en este caso la Comisión resaltó que el incumplimiento de dicha información, considerada como un requisito esencial no permite el inicio del procedimiento, ya que la ausencia de estas formalidades puede configurar la nulidad del acto administrativo.

3.1.10. Resolución N° 081-2006-CLC-INDECOPI

Empresa Solicitante: Empresa Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (ISA)

Solicitud de autorización previa presentada: para la adquisición de la mayoría de acciones de Consorcio Transmantaro S.A. (CTM).

Como antecedente se tiene que ISA participa indirectamente en el mercado eléctrico a través de la propiedad de dos empresas que realizan la actividad de transmisión eléctrica Red de Energías del Perú (REP) e Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A., (ISA PERU), de otro lado CTM también es una empresa que realiza la actividad de transmisión de energía.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Frente a lo expuesto la Comisión procedió a evaluar (i) si la operación notificada constituiría una operación de concentración bajo los términos de los artículos 2º y 3° de la Ley 26876, referidos al cambio en la estructura de control de las empresas y a la superación del umbral establecido según el tipo de concentración presentado, así como (ii) determinar si la operación de concentración tendría por efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia.

Por ello, la Comisión considerando que ISA participa en el mercado de trasmisión eléctrica nacional y que con la operación de concentración solicitada adquiriría el control de CTM (mayoría de acciones), determinó que se encontraba dentro del ámbito de aplicación de la Ley.

Seguidamente, la Comisión indicó que la participación en el mercado de ISA superaría el límite del 15%, tratándose de una concentración horizontal.

Superando ambos requisitos la Comisión prosiguió con la evaluación del punto (ii) a fin de determinar si la operación de concentración tenía por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia, así, habiendo determinado el mercado relevante (de generación eléctrica), así como los efectos de la operación en dicho mercado considerando, el grado de concentración, la participación de las empresas en el mismo, la posibilidad de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la evolución del progreso técnico o económico y la perspectiva de integración con otros mercados.

Así, en primer término, la Comisión encontró (mediante un modelo simulado de proyección de fallas en el sector eléctrico) que ISA cuantificaría las ventajas de concretarse la operación de concentración, generando en consecuencia mejoras técnicas en la prestación del servicio, lo que finalmente derivaría en beneficio para los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica.

Sin embargo con la entrada en vigencia de la Ley N° 28832 – Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, se derogaron y modificaron los artículos de la Ley de Concesiones Eléctricas, por el que el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES) – Entidad privada, sin fines de lucro y con personería de Derecho Público, conformado

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

por todos los Agentes del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional –SEIN- (Generadores, Transmisores, Distribuidores y Usuarios), pasó de tener una función de coordinación, garantizando la seguridad y abastecimiento de la energía eléctrica a encargarse además de la labor de planificación SEIN y administración del mercado eléctrico.

Bajo ese entendido, y siendo que la estructura del COES tendría que encontrarse integrada por los agentes del SEIN, se advirtió que uno de los Sub Comités (de transmisión eléctrica) se encontraba conformada por REP, ISA PERÚ, MTC, ETESELVA S.R.L. y RED Eléctrica del Sur S.A.), evidenciándose que ISA ejercería el control sobre 03 de ellas, permitiéndole una injerencia en las decisiones de dicho Sub Comité, y a través de éste en las decisiones del COES, por lo que la Comisión consideró establecer restricciones al accionar del grupo conformado por la empresa ISA, de conformidad con lo establecido en el artículo 28° del Reglamento de la Ley N° 26876, guiando su actuación bajo el test de razonabilidad.

Así restringió su derecho a ejercer la totalidad de sus opciones en la toma de decisiones en cualquier instancia de decisión del COES, en concordancia con la formula señalada por el Ministerio de Energía y Minas, condicionándola a que las empresas relacionadas con ISA en conjunto ejerzan una única opción de decisión como grupo económico, medida que dictó desarrollando el Test de Razonabilidad conforme se tiene a continuación:

- Cumplimiento con el análisis de idoneidad, toda vez que la restricción impuesta a ISA en su participación en las instancias del COES, es idónea para fomentar el objetivo legítimo consistente en asegurar una operación del COES que no responda a los intereses particulares de una empresa determinada, sino a la mejor operación del sistema eléctrico.

- Cumplimiento con el análisis de necesidad, pues no existe otro mecanismo alternativo que permita evitar una eventual afectación a la independencia en la toma de decisiones en todas las instancias del COES.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Cumplimiento con el análisis de proporcionalidad pues por un lado, se trata de la medida menos gravosa para el grupo económico integrado por ISA, limitándolo a restringir los derechos de voto de las empresas que lo conforman, únicamente cuando sean empleados para imponer su posición al interior del COES, y por otro, le permite proceder con la operación de concentración y seguir participando en los órganos del COES.

Superado dicho punto, y luego de determinar que no concurría alguna situación que pudiera afectar, dañar o generar efectos negativos en el mercado, la Comisión autorizó la operación de concentración generada por la adquisición de acciones de la empresa Consorcio Transmantaro S.A., por parte de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., la condicionó a no ejercer la totalidad de sus opciones la toma de acuerdos en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema COES, indicando que deberá utilizar en forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o de votar absteniéndose.

Dicho pronunciamiento fue materia de apelación respecto al condicionamiento ordenado por la Comisión, por lo que fue elevado a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia emitiéndose la Resolución N° 0623-2014/SDC-INDECOPI, que a continuación prosigue.

3.1.11. Resolución N° 0623-2014/SDC-INDECOPI

Precisamente la Sala resolvió el recurso de apelación presentado siendo revocado en merito a los siguientes fundamentos:

“(i) En el caso se sujete la aprobación de una operación de concentración al cumplimiento de una condición de conducta, debe entenderse que dicha restricción deberá estar asociada a un horizonte temporal, luego del cual la autoridad deberá revisar las características y el entorno competitivo del mercado, a efectos de determinar si resulta pertinente o no mantener la restricción impuesta.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

(ii) Ello, sin perjuicio de que, las empresas puedan solicitar cuando lo estimen pertinente, la revocación de las condiciones impuestas, debiendo para tal efecto identificar el cambio de circunstancias que se habría producido en el mercado eléctrico y que ameritaría el levantamiento de las condiciones establecidas válidamente en su oportunidad".

Condiciones que no fueron materia de pronunciamiento por parte de la Comisión en su oportunidad.

Como comentario en la presente resolución se debe indicar que la Comisión se encuentra facultada a sujetar la autorización de concentración al cumplimiento de ciertas condiciones que considere necesarias para evitar algún efecto que incida negativamente en la competencia, o a ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente, supuesto en el caso particular ser reflejó bajo lo descrito en la primera medida, no obstante de ello, considero que si bien lo ordenado por la Comisión se efectuó considerando el Test de Razonabilidad (el mismo que comprende los análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad), considero acertado el pronunciamiento de la Sala, en tanto el haber el haberse prescindido de establecer un margen temporal respecto de la continuidad o no de la medida ordenada por la Comisión, así omitir de dejar a salvo el derecho del o los administrados legitimados de poder solicitar la cancelación de la condición impuesta, colocan en una situación de desventaja al administrado sujeto a dichas medidas, en el presente caso a la empresa que solicitó la operación de concentración.

3.1.12. Resolución N° 058-2009/CLC-INDECOPI

Empresa Solicitante: ENEL S.P.A. (ENEL)

Solicitud de autorización previa presentada: para la adquisición del control exclusivo de ENDESA S.A. (ENDESA) y a través de esta sobre EDEGEL S.A.A., (EDEGEL), la empresa Eléctrica de Piura S.A. (EEPSA) y EDELNOR S.A. (EDELNOR), las mismas que desarrollan actividades en el sector eléctrico peruano.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Como antecedente la empresa ACCIONA S.A., (dedicada al desarrollo de proyectos inmobiliarios, la prestación de servicios logísticos y actividades de producción de energía eléctrica) poseía las acciones de ENDESA, respecto de las cuales manifestó su consentimiento de adquisición por parte de ENEL.

Frente a lo expuesto la Comisión procedió a evaluar (i) si la operación notificada constituiría una operación de concentración bajo los términos de los artículos 2º y 3° de la Ley 26876, referidos al cambio en la estructura de control de las empresas y a la superación del umbral establecido según el tipo de concentración presentado, así como (ii) determinar si la operación de concentración tendría por efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia.

Así la Comisión previamente determinó que un acto de concentración a través de las empresas de ENDESA en el mercado se encontraba dentro del ámbito de aplicación de la Ley para solicitar una autorización previa, toda vez que su participación superan el umbral establecido del 15%, y la toma de control exclusivo sobre ENDESA por parte de ENEL representaría un cambio en la estructura de control sobre dicha empresa.

Seguidamente prosiguió con la evaluación del punto (ii), a fin de determinar si la operación de concentración tenía por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia, así, habiendo determinado los mercados relevantes, así como los efectos de la operación en los mismos considerando, el grado de concentración, la participación de las empresas en el mismo, la posibilidad de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la evolución del progreso técnico o económico y la perspectiva de integración con otros mercados, conforme los criterios de evaluación establecidos en el artículo 19° del Reglamento de la Ley N° 26876, la Comisión concluyó que no se presentarían efectos nocivos para la competencia.

Aunado a ello, la Comisión pasó a analizar sus posibles eficiencias y los efectos sobre la competencia y libre concurrencia del sector eléctrico.

De este modo señaló en base a la información alcanzada por ENEL que el control sobre ENDESA traería como consecuencia la reducción de costos de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

coordinación respecto de ACCIONA para mejorar sus procesos operativos o administrativos, ya que para ENEL siendo el sector eléctrico su principal actividad, la obtención de estrategias eficientes sobre la base de su propia experiencia serían más factibles y no representarían un mayor costo para su realización, lo que incidiría en beneficio de los consumidores y/o usuarios del sector eléctrico.

De otra parte la Comisión refirió que el cambio de control sobre ENDESA no variaría su nivel de participación en el mercado peruano, pues esta continuaría operando a través de las mismas empresas antes mencionadas, pero esta vez a cargo de ENEL, situación que no implica el ingreso de un nuevo agente ni la reducción de alguno, sino básicamente la existencia de un reordenamiento interno en la estructura de la propia empresa, por lo que el mercado no se vería afectado.

Por ello la Comisión concluyó que al no tenerse evidencia que permita inferir que la operación de concentración solicitada afectará el mercado autorizó el acto solicitado.

3.1.13. Resolución N° 082-2009/CLC-INDECOPI

Empresa Solicitante: La empresa Electro Sur Este S.A.A. (ELSE).

Solicitud de autorización previa presentada: para la transferencia de la Central Hidroeléctrica de Hercca de propiedad de la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A., (EGEMSA).

Al respecto la Comisión señaló que conforme anteriores pronunciamientos en los que se ha hecho referencia que los actos de concentración son aquellos que tienen como efecto la modificación permanente en la estructura de control de las empresas participantes, esto es la capacidad de influir en forma preponderante y continúa en la adopción de decisiones estratégicas de los órganos de gobierno de una persona jurídica.

Así señaló en el presente caso que EGEMSA y ELSE son empresas que pertenecen al FONAFE, entidad encargada de dirigir la actividad empresarial del Estado, cuyo directorio está conformado por seis Ministros de Estado

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

(Economía y Finanzas, Ministerio de Vivienda Construcción, Saneamiento, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de Energía y Minas, la Presidencia del Consejo de Ministros), órgano que entre sus facultades se encuentra ejercer la titularidad de las acciones de todas las empresas en las que participa el Estado, así como aprobar las normas de gestión y designar a sus representantes, la Comisión concluyó que EGEMSA y ELSE se encuentran más bien bajo el control de FONAFE por lo que al carecer ambas de las prerrogativas antes señaladas la noción de lo que se considera como acto de concentración bajo los alcances de la Ley N° 26876 no refleja una modificación en la estructura de dichas empresas, por lo declaró improcedente la solicitud de autorización previa presentada por ELSE.

Respecto a esta Resolución se puede indicar como idea general que las solicitudes de autorización presentadas a la Comisión deben reflejar una modificación permanente de la estructura de control de las empresas que desarrollen actividades directas o indirectas en el sector eléctrico, siendo que el caso en cuestión ninguna de las dos empresas involucradas tenía el poder de decisión suficiente para que se refleje ello en una modificación permanente, siendo ello aún potestad de una tercera que las involucra a ambas: FONAFE.

3.1.14. Resolución 027-2011/CLC-INDECOPI

Empresa Solicitante: La empresa SEMPRA Energy International Holdings B.V (SEMPRA).

Solicitud de autorización previa presentada: para la adquisición de acciones que la empresa AEI Southern Cone Holdings (AEI) poseía de AEI Américas Bermudas (AEI Bermudas) y Peruvian Oportunity Compañía S.A.C. (POC).

Como antecedente se tiene que AEI y SEMPRA tenían participación sobre AEI Bermudas o POC, cada una por el 50% de acciones.

Frente a lo expuesto la Comisión procedió a evaluar (i) si la operación notificada constituiría una operación de concentración bajo los términos de los artículos 2º y 3° de la Ley 26876, referidos al cambio en la estructura de control de las empresas y a la superación del umbral establecido según el tipo de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

concentración presentado, así como (ii) determinar si la operación de concentración tendría por efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia.

Así respecto al punto (i) la Comisión la Comisión señaló que la adquisición por parte de SEMPRA de las acciones que AEI posee respecto de AEI Bermudas y POC representaría un cambio en la estructura de dichas empresas, pasando al control exclusivo de SEMPRA, asimismo, siendo que su participación superaría el límite para concentraciones verticales del 5%, la Comisión consideró que el acto notificado es procedente, prosiguiendo con analizar las posibles eficiencias así como sus efectos sobre la competencia y libre concurrencia en el sector eléctrico.

Seguidamente prosiguió con la evaluación del punto (ii), a fin de determinar si la operación de concentración tenía por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia, así, habiendo determinado los mercados relevantes, así como los efectos de la operación en los mismos considerando, el grado de concentración, la participación de las empresas en el mismo, la posibilidad de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la evolución del progreso técnico o económico y la perspectiva de integración con otros mercados, la Comisión consideró que la operación de concentración no representaba algún riesgo potencial sobre el mercado eléctrico.

Asimismo, la Comisión respecto a las posibles eficiencias que podrían configurarse señaló que la adquisición del control de AEI Bermudas y POC por SEMPRA disminuiría los costos de transacción derivados de las coordinaciones ente AEI y SEMPRA, lo que permitiría ganar mayor eficiencia, beneficiando potencialmente a los consumidores o usuarios de energía eléctrica. Aunado a ello refirió que el cambio de control sobre AEI Bermudas y POC no implicaría una variación en la presencia de estas empresas en el mercado peruano, pues no implicaría la reducción ni el aumento del número de agentes económicos en el mercado, sino únicamente un reordenamiento a nivel interno en la estructura de dichas empresas. De esta manera siendo que la operación no implicaba un incremento en los niveles de concentración del mercado eléctrico y no habiéndose advertido indicios de que la operación pueda tener un efecto de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, la Comisión autorizó la concentración solicitada.

3.1.15. Resolución N° 038-2017/CLC-INDECOPI

Empresa Solicitante: La empresa CUBE RENEWABLES IBERIA S.L.U. (CUBE).

Solicitud de autorización previa presentada: para la adquisición de acciones (derechos de intervención y voto) de GTS Majes S.A.C. (GTS Majes) y GTS Repartición S.A.C. (GTS Repartición) de la empresa ISOLUX.

Siguiendo la evaluación de procedencia a fin de determinar si existiría un cambio en la estructura de control en GTS Majes y GTS Repartición, que permita encontrarnos ante una operación de concentración en los términos de la Ley N° 26876, la Comisión consideró que en la medida que las acciones (derechos de participación y voto) inciden en las decisiones fundamentales de la empresa, como la estrategia competitiva, nombramiento de altos funcionarios, así como la aprobación del presupuesto de GTS Majes y GTS Repartición, reflejan una influencia decisiva en su estructura, superando este primer requisito. Seguidamente, considerando que la participación de los agentes intervinientes en la operación de concentración supera el umbral del 5% - conforme a la información proporcionada por OSINERMING -, se tiene que se cumple segundo requisito, señalado por la norma.

Así, la Comisión procedió a analizar si la operación de concentración puede tener el efecto de dañar, impedir o disminuir la competencia y la libre concurrencia en las actividades de generación, transmisión o distribución del sector eléctrico.

Precisamente, habiendo definido de su análisis en base al índice de concentración en los mercados relevantes en los que tendría participación la operación de concentración materia de autorización, se determinó que siendo que las empresas involucradas en los mercados de trasmisión y generación de energía no generarían efectos adversos que afecten la competencia, así como

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

alteraría la participación ni independencia en la toma de decisiones del COES, la Comisión autorizó la solicitud de autorización previa.

3.1.16. Resolución N° 001-2018/CLC-INDECOPI

Empresa Solicitante: ATN S.A. (ATN)

Solicitud de autorización previa presentada: para la adquisición del 100% del capital social de Hidrocañete S.A. (Hidrocañete).

Abordando la evaluación de procedencia, la Comisión consideró que ATN adquirirá el total de las acciones del capital social de Hidrocañete y con ello los derechos políticos, económicos y de información (conforme el contrato de compra venta acciones supeditado a la autorización de concentración), por lo que la operación involucraría el control exclusivo de Hidrocañete y superaría dicho primer requisito. De otra parte, considerando que la participación de los agentes intervinientes en la operación de concentración supera el umbral del 5% - conforme a la información proporcionada por OSINERMING -, se tiene que se cumple segundo requisito, señalado por la norma.

Dicho lo anterior, la Comisión a fin de determinar si la operación de concentración puede evidenciar algún efecto negativo tendiente a dañar, disminuir o impedir la competencia, definió como en el caso anterior los mercados relevantes en los que ATN

Así, la Comisión procedió a analizar si la operación de concentración puede tener el efecto de dañar, impedir o disminuir la competencia y la libre concurrencia en las actividades de generación, transmisión o distribución del sector eléctrico.

Precisamente, habiendo definido de su análisis en base al índice de concentración en los mercados relevantes en los que tendría participación la operación de concentración materia de autorización, se determinó que las empresas involucradas en los mercados de trasmisión y generación de energía no afectarían la competencia en cada uno de estos, ni le otorgaría a ATN una injerencia significativa en la toma de decisiones del COES, por lo que la Comisión autorizó la solicitud de autorización previa.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Como se ha podido apreciar en estos dos últimos casos más recientes, la Comisión, estructuró de manera más ordenada la evaluación de procedencia y análisis respecto a los efectos negativos que podrían darse en el mercado, sin perjuicio de haber seguido como en todos los casos ya expuestos los alcances que la propia normativa establece para su pronunciamiento.

3.2 Principales Hallazgos

Como se ha podido advertir de las resoluciones antes expuestas, se puso bajo la evaluación y análisis del Área de Libre Competencia del INDECOPI los diferentes casos de solicitud de autorización previa de concentraciones presentados por las empresas del sector eléctrico, así se pudo reflejar en las primeras resoluciones casos que no se encontraban contemplados dentro de los alcances de la Ley N° 26876 Ley Antimonopolio y Antioligopolio en el sector eléctrico, los que en opinión de la autora del presente trabajo de tesis se deberían a la reciente entrada en vigencia de Ley N° 26876 Ley Antimonopolio y Antioligopolio (noviembre de 1997) a través del cual se estableció un sistema de autorización previa de los actos u operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico peruano.

De otra parte, se ha observado casos singulares en los que la Comisión ha dispuesto su análisis para actos de concentración efectuados en el extranjero, pero que dado sus consecuencias involucraban a empresas que desarrollaban actividades de energía eléctrica en el territorio nacional era ineludible su sujeción a este tipo de procedimiento; o aquel en el que estableció medidas de condicionamiento a la operación de concentración empresarial que había autorizado, precisamente en este caso resulta importante indicar que la Sala Especializada en Libre Competencia determinó que aunque la Comisión se encontraba facultada para dictar este tipo de medidas al no haberse establecido un horizonte temporal de vigencia de las mismas o la posibilidad de que el administrado pudiera solicitar su cancelación, en atención a la desaparición de las condiciones por las que fueron dictadas, fueron revocadas por el Órgano Superior.

Asimismo se tienen aquellos casos no menos importantes en los que la Comisión si bien no autorizó las operaciones de concentración solicitadas por

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

las empresas expuso su labor argumentativa ante la inconcurrencia de requisitos de admisibilidad y procedibilidad.

Finalmente y como casos más recurrentes se tienen aquellos en los que la Comisión autorizó las operaciones de concentración empresarial siguiendo un esquema evaluativo para determinar en primer término si las solicitudes puestas a su conocimiento se encontraban dentro de los alcances de la Ley N° 26876 y seguidamente para analizar si como consecuencia de las operaciones de concentración se generarían efectos negativos tendientes a disminuir, dañar o impedir la competencia en el mercado eléctrico peruano.

Cabe indicar que en ningún caso la postura jurisprudencial emitida por el Área de Libre Competencia del INDECOPI ha puesto de manifiesto alguna restricción indebida a la Libre Competencia y consecuentemente a la Libertad de Empresa, materia del presente trabajo de tesis.

3.3 Efectos negativos y positivos de la concentración de empresas

Dentro de toda la diversa gama de consecuencias que se pueden generar por estas concentraciones, debemos ser enfáticos en mencionar que ellas no suponen necesariamente efectos negativos para el mercado, es por ello que el análisis previo busca dilucidar este extremo y sólo limitarla cuando genere perjuicios significativos para la competencia. Del Guayo, López y Hancher han explicado:

> *"Estas operaciones generan múltiples efectos individuales, que alcanzan a los accionistas de las compañías implicadas y a sus trabajadores, pero también al conjunto de inversores y consumidores, así como a cualquier empresa que proporcione bienes o servicios sustitutivos y complementarios, e incluso a la hacienda pública.*
>
> *A nivel agregado, el efecto final de una operación de concentración depende de cuál es su aportación a la eficiencia de las empresas envueltas en la misma, y de hasta qué punto afecta negativamente al resto de la sociedad. Esto último depende, fundamentalmente, de su influencia sobre el nivel de competencia existente en los mercados en que operan*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

las compañías…" (DEL GUAYO CASTIELLA, LÓPEZ MILLA, & HANCHER, 2006, pág. 98).

Frente a los entredichos que han existido siempre en la sociedad después de la entrada en vigencia de la Constitución del 93, podemos decir que todos son rebatibles y cada vez más, el tema de las concentraciones se ha puesto sobre el tapete.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CONCLUSIONES

PRIMERA: Se ha determinado que la evaluación ex ante de concentraciones empresariales, utilizada como instrumento de garantía de la Libre Competencia, no limita el derecho a la Libertad de Empresa, conforme se ha demostrado del contenido de las distintas resoluciones que el Área de Libre Competencia del INDECOPI ha emitido en el sector eléctrico, pues en la emisión de sus pronunciamientos, ha evaluado no solo el cumplimiento de los supuestos de admisibilidad y procedibilidad, sino también los potenciales efectos que podrían generar dichas operaciones de concentración en el mercado del sector eléctrico.

SEGUNDA: Se ha evidenciado que las concentraciones empresariales se manifiestan con el objetivo obtener mejoras económicas en el sector donde desarrollan sus actividades. Así, frente escenarios en los que se presentan y podrían presentarse distorsiones en el mercado, han surgido básicamente dos clases de control, uno basado en el control de conductas de las empresas, es decir en la que la Autoridad de Competencia evalúa si el rol que ejercen dichos agentes resultan o no lesivos al mercado, y, un control de estructuras, en el que la Autoridad de Competencia analiza si ante una operación de concentración los elementos concurrentes en el mercado podrían verse afectados o restringidos.

TERCERA: Se ha determinado que la libertad de empresa es un derecho reconocido constitucionalmente, el cual el Estado garantiza, y forma parte de las libertades económicas (libre iniciativa privada, libre competencia) dentro de la Economía Social de Mercado adoptada en nuestro país, en ese entendido, el mismo no es un derecho absoluto ni ilimitado. Así, bajo la posición del máximo intérprete de la Constitución se ha comprobado que el reconocimiento brindado al derecho a la libertad de empresa sea analizado en base a los alcances del Estado Social y Democrático y Economía Social de Mercado.

CUARTA: Se ha evidenciado que los diversos proyectos de ley emitidos en materia de control de concentraciones para los otros sectores de la economía

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

si bien han compartido el mismo objetivo, cual es evitar la concurrencia de prácticas lesivas a la libre competencia no aceptables en una Economía Social de Mercado, lo cierto es que dichos proyectos no han definido de manera clara qué alcances y mercados merecen su aplicación.

QUINTA: Finalmente, sin el ánimo de redundar, se ha evidenciado que las concentraciones empresariales si bien constituyen un fenómeno circunscrito dentro del ámbito económico y, producto de las nuevas tendencias empresariales, esta se relaciona con materias del ámbito jurídico empresarial y consecuentemente constitucional como la libre iniciativa privada, libre competencia, así como la libertad de empresa las que se han desarrollado como “libertades económicas”, que componen y regentan el sistema de Economía Social de Mercado, en el que surge la necesidad de garantizar su correcto funcionamiento de la libre competencia, siendo allí donde la autoridad competente, conforme su perspectiva jurisprudencial ha ponderado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

RECOMENDACIONES

En base al desarrollo del presente trabajo de tesis, en el que se ha concluido que la evaluación del control ex ante en el sector eléctrico no limita el derecho a la Libertad de Empresa, se alcanza las siguientes recomendaciones:

1. Extender los estudios expuestos en esta tesis a fin determinar si en base a los alcances de los proyectos de ley en materia de concentraciones empresariales bajo un control previo, determinan su viabilidad para los otros sectores de envergadura de economía nuestra nacional, por ejemplo el de infraestructura o industria gasífera o química farmacéutica.

2. Dado que en nuestro país la evaluación previa o ex ante de las concentraciones empresariales se encuentran únicamente reguladas en el sector eléctrico y no han limitado el derecho a la Libertad de Empresa, se alcanza como recomendación extender la investigación del control ex post en los otros sectores económicos a fin de determinar si se manifiesta alguna vulneración a algún derecho constitucional relacionado a Libre Competencia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y PUBLICACIONES

ALVAREZ ARJONA, J.M.; CARRASCO PERERA, A. (2004). *Fusiones y Adquisiciones de Empresa.* Madrid: Aranzadi.

ÁLVAREZ AVENDAÑO, J. A., & LIZANA ANGUITA, C. (1995). *Dumping y Competencia Desleal Internacional.* Santiago de Chile.

BARRANTES DÍAZ, B. (2009). La invocacion de intereses generales en procedimientos nacionales de control de concentraciones. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia N° 11*, 10.

BARRETO, E. (2005). *Economía Social de Mercado con Desarrollo Económico y Social sostenido.*

BASSOLS COMA, M. (2006). "La reforma del control de concentraciones en España: un balanceprovisional". *Gaceta Jurídica de la Competencia Nº 243*, 35-44.

BAYLOS CARRAZA, H. (1993). *Tratado de Derecho Industrial.* Madrid: Editorial Civitas.

BONER, R., & KRUEGER, R. (1993). "The Basic of Antitrust Policy: A Review of Ten Nation and The European Communities. *Worl Bank Technical Paper Number 160*.

BONIFAZ, J. L. (2016). Control de Concentraciones Ex Post. *EL COMERCIO*, págs. https://elcomercio.pe/economia/control-concentraciones-ex-ex-post-jose-luis-bonifaz-noticia-495895.

BOTTA, M. (. (2011). Control Regimes in Emerging Economies. *Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International*, 40.

BUENO, E. y. (1990). *La empresa española: estructura y resultados.* Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

BULLARD GONZALES, A. (2012). Control de Fusiones peligroso proyecto. *Diario El Comercio Perú. Lima.*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CABALLERO MIGUEZ, I., & PADÍN FABEIRO, M. (2006). *Comercio Internacional; Una Mirada General de los Instrumentos Operativos del Comercio Exterior.* Madrid.

CASAS PALIARES, L. (1999). *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia.* Madrid: Ediciones Jurídicas'.

CASTAS, J., & WITTELSBURGER, H. (Ciedla, Buenos Aires, 1985). La Economía Social de Mercado. *Precondiciones para la Implementación de la Economía Social de Mercado en América Latina*.

CEES. (2015). *Centro de Estudios Económico Sociales*. Recuperado el 2018, de CEES: https://www.cees.org.gt/

DE GUINDOS JURADO, L. (2002). El control de concentraciones en España: evolución reciente yperspectivas de futuro" Anuario de Derecho de la Competencia. *Anuario de Derecho de la Competencia , Fundación ICO-MarcialPons*, 15-24.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (1999). *Prólogo [el control de las concentraciones de empresas en Europa].* Madrid: Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.

DE LEÓN, I. (2000). The role of competition policy in the promoyion of competitiveness and development. *Boletin Latinoamericano de Competencia 11*, 69-71.

DEL GUAYO CASTIELLA, I., LÓPEZ MILLA, J., & HANCHER, L. (2006). *Competencia y Regulación: Un análisis de la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA.* Madrid: Editorial Dilex. ISBN 84-88910-76-2.

DIECTRICH, D., & WILPERT, V. (2014). Economía Social de Mercado: Principios Económicos y Modo de Funcionamient. *Diccionario de Economía Social de Mercado*.

DIEZ CANSECO, L. (2012). "Mesa redonda sobre control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú". *IUS ET VERITAS Civil. No. 44.*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DURAND CARRIÓN, J. (2009). Construyendo un Sistema de Control de Fusiones para Evitar Distorsiones en la Libre Competencia. *Derecho y Sociedad 28*, 153-160.

ELLWOOD, W. (2006). *GLOBALIZACIÓN. Traducido por VESKOVIC KRESIC Bojana.* Madrid.

ESCUDERO PUENTE, A. (2001). “Sanciones por incumplimiento del deber de notificar lasoperaciones de concentración en derecho español tras el Real Decreto-Ley 2/2001 de 2 defebrero”. *Gaceta Jurídica de la competencia nº 212*, 69-77.

EXPRESIONESAMP. (2012). *EXPRESIONESAMP*. Recuperado el 11 de julio de 2018, de EXPRESIONES AMP: http://www.expresionesamp.net/AE02/E73022007/slaverdad.htm

FIKENTSCHER W., S. (1998). On the Groth of the Antitrust Idea. *Berkeley Journal of International Law, 97*, 197.

FOLGUERO CRESPO, J., GUTIERREZ HERNANDEZ, A., & ARRANZ FERNANDEZ-BRAVO, T. (2015). Desarrollo recientes en control de Concentraciones. Regulación de participaciones minoritarias. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales Nro. 95 mayo-agosto 2015, ISSN: 1889-7045*, 69-103.

FOX, E. M. (2002). Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect. *The Antitrust Law Journal, 70*, 409.

FREDDERICO AGUIAR, P. A. (2002). *Control de Fusiones en los países en desarrollo: Enseñanzas de la Experiencia de Brasil.* Nueva York: Naciones Unidas.

FRITZ, D. (2014). Mercados Abiertos: Entrada y Salida del Mercado. *Diccionario de Economía Social de Mercado*.

GAL, M. (2001). The effect of market size on optimal competition policy. *Southern California Law Review 74*, 144.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

GARRIGUES, J. (1964). *La Defensa de la Competencia Mercatil.* Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones.

GOUVERNANCE. (junio de 2006). *INSTITUT GOUVERNANCE*. Recuperado el 12 de julio de 2018, de COUVERNANCE: http://www.institut-gouvernance.org/en/conference/fiche-conference-28.html

IESC. (2011). *Instituto de Estudio Social Cristianos*. Recuperado el 12 de julio de 2018, de IESC: http://www.iesc.org.pe/

IUS, R. d.-D. (2011). ISSN2222-9655 Volumen II. *IUS Revista de Investigación Jurídica - Doctrina*.

JEFFERSON, T. (1779). *The Works of Thomas Jefferson.* New York: Federal Editio.

KATZ, I. (2001). *La constitución y los derechos privados de propiedad. Cuestiones Constitucionales.*

LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. (2009). *Análisis de la Ley 18.159/2007, de 20 de julio, de Promoción y Defensa de la Competencia.* Montevideo: Jurita.

MARTÍNEZ, L., & PETRIBÓ, J. (2004). *La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión europea.* Madrid: Directores.

MIRANDA LONDOÑO, A. G. (2006). Fundamentos Económicos del Derecho de las Competencia: Los beneficios del Monopolio vs. los beneficios de la competencia. *Revista de Derecho de la Competenci*, 277-278.

MONTOYA PARDO, M. F. (2012). *Casos de Concentraciones Empresariales en el Sector Energético Europeo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
.

MöSCHEL, W. (1991). *Schutzzie eines Wettbewerrbsrechts, Libro homenaje a Fritz Rittner.* Munich: Schmiedel, B.

NAVARRO BARONA, E. (2001). “La nueva comunicación de la Comisión Europea en materia derestricciones accesorias en operaciones de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

concentración". *Gaceta Jurídica de la competencia215 (septiembre-octubre 2001)*, 43-56.

OLIVOS CELIS, M. K. (2010). Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la Economía Peruana. *IUS Revista de Investigación Jurídica, ISSN2222-9655, Volumen II*, 1-27.

OLIVOS CELIS, M. K. (2012). El Control Previo de las Concentraciones empresariales en una economía social de mercado: Análisis del Caso Peruano. *Revista de Derecho y Economía.*, 36-42.

ORTIZ BLANCO, L., & RAMOS GOMEZ, A. (2005). *Curso deDerecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación, Vol. VI.* Madrid: Dykinson.

PASCUAL Y VICENTE, J. (2002). *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa.* Madrid: Civitas.

PEREZ ARANGURI, N. (2007). *Control de Concentraciones en el Sector Eléctrico y Gasista.* Lima.

PFALLER, A. (1998). *El concepto de la economía social del mercado y la nueva "de-civilización del capitalismo en Europa .* Bonn: Electronic.

RAMÍREZ VELASCO, A. (8 de Noviembre de 2012). *América Economía.* Recuperado el 17 de junio de 2018, de La globalización y el impacto en el mundo empresarial: https://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/la-globalizacion-y-el-impacto-en-el-mundo-empresarial

RESICO, M. (2011). *La Economía Social de Mercado.*

RESICO, M. F. (2010). ¿Qué es la Economía Social de Mercado? En K. A. STIFTUNG, *ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO* (págs. 107-112). Ciudad de México: KONRAD ADENAUER STIFTUNG.

RETORTILLO S. D., M. (1998). *Derecho Administrativo Económico, vol. I.* Madrid: La Ley.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

RIVADENEIRA FRISCH, J. (2009). *Economía Social de Mercado.* Quito: Konrad Adenauer Stiftung.

ROLDAN BARRAZA, N. (2012). *Control de fusiones: Evaluando la conveniencia de su aplicación en Perú.* Lima: Juris.

S.P.A., E. (s.f.). *enel*. Obtenido de https://www.enel.com/aboutus/innovation-and-sustainability-approach-enel

SANCHEZ SANTIAGO, J. (2004). "La reforma del control deconcentraciones en la Unión Europea: novedades, luces y sombras". *Revista General deDerecho Europeo nº 5*, 15-17.

TÁVARA MARTÍN, J. I., & DIEZ CANSECO NÚÑEZ, L. J. (2003). Estabilizando el péndulo. Control de fusiones y concentraciones en el Perú. *HEMIS-Revista de Derecho Nº 47*.

TC. (2005). *Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional, Tomo I (junio 1996 - diciembre 2005).* Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

TORRES GAYTAN, R. (2005). *Teoría del Comercio Internacional.* Ciudad de México.

TRILLO TORRES, R. (2008). "Revisión judicial de los actos administrativos en la Ley 15/ 2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia". *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 89.

TRUJILLO RODRÍGUEZ, N. (2000). Los compromisos ycondiciones en procedimientos de control de concentraciones: una perspectiva europea yespañola". *Gaceta Jurídica de la competencia nº 207*, 19-48.

UE. (2010). *LEX EUROPA*. Obtenido de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32004R0139

UGARTE VEGA CENTENO, M. (2013). Globalización, Empresa y Estado de Derecho en el Perú. *Gestión en el Tercer Milenio, Revista de Investigación de la Fac. de CC. Administrativas, UNMSM (Vol. 16, N.º 32, Lima)*, 89-96.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

VERA LA TORRE, J. C. (2003). *Economía Social de Mercado en los Sectores Sociales.*

VIERA ALVAREZ, C. (2010-I). La Libertad de Empresa y algunos Límityes desde la perspectiva del Estado Social. *RJUAM, nº 21*, 197-224.

ZUÑIGA FERNANDEZ, T. (2010). Control de concentraciones económicas, competencia y desarrollo. *CENTRUM Católica*, 343-346.

JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso Agencia Marítima Internacional - MARINTER, 03479-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 30 de abril de 2014).

Caso Corporación Rey S.A., 01405-2010-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 6 de diciembre de 2010).

Caso Importaciones Fukuroi Company E.I.R.L., 03048-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 9 de noviembre de 2007).

Caso LUDESMINIO LOJA MORI o "Discoteca Calle Ocho", EXP. N° 3330-2004-AA/TC (Tribunal Constitucioonal del Perú 11 de julio de 2005).

Caso Radio Caracas vs Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de junio de 2015).

Caso Radio Caracas vs Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de junio de 2015).

Resolución Nro. 0008-2003-AI/TC, Resolución Nro. 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 11 de noviembre de 2003).

Resolución Nro. 0048-2004-PI/TC, Resolución Nro. 0048-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 01 de abril de 2005).

Solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación y alcance del Artículo 1.2, 24586/2014 (Corte IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de marzo de 2014). Recuperado el 9 de julio de 2018, de WWW. CORTEIDH.OR.CR:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_observaciones_seriea_22_esp.pdf

Solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación y alcance del Artículo 1.2 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de marzo de 2014).

JURISPRUDENCIA ÁREA DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI

Resolución N° 002-1998-CLC-INDECOPI

Resolución N° 015-1998-CLC-INDECOPI

Resolución N° 012-1999-CLC-INDECOPI

Resolución N° 029-2001-CLC- INDECOPI

Resolución N° 016-2002-CLC- INDECOPI

Resolución N° 020-2002-CLC-INDECOPI

Resolución N° 022-2002-CLC-INDECOPI

Resolución 026-2006-CLC- INDECOPI

Resolución N° 052-2006-CLC-INDECOPI

Resolución N° 081-2006-CLC-INDECOPI

Resolución N° 0623-2014/SDC-INDECOPI

Resolución N° 058-2009/CLC-INDECOPI

Resolución N° 082-2009/CLC-INDECOPI

Resolución 027-2011/CLC-INDECOPI

Resolución N° 038-2017/CLC-INDECOPI

Resolución N° 001-2018/CLC-INDECOPI

LEYES

Constitucion Política del Perú

Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley Nº 26876. (1997).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del sector eléctrico

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

"EL SISTEMA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EX ANTE COMO UNA LIMITANTE AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DEL ÁREA DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI EN EL SECTOR ELECTRICO"

Proyecto de Tesis presentado por la Bachiller:

KAREN DANITZA URRUTIA ORUE

Para optar el Grado Académico de:

MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL

AREQUIPA- PERU

2018

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

PROYECTO DE TESIS

I. PREAMBULO

Durante buena parte de nuestra historia, la economía peruana ha experimentado el fracaso de los modelos de organización económica proteccionistas y mercantilistas. Es por ello que, a partir de la Constitución de 1979, reiterada en la Constitución de 1993, la sociedad peruana ha optado por organizar su economía a partir de los principios de la economía social de mercado, teoría del orden económico que surgiera y tuviera rotundo éxito en Alemania, en la segunda mitad del siglo XX.

La economía social de mercado sostiene que la organización de la economía de mercado solo puede mantenerse si este se sustenta teniendo como base la iniciativa privada y la competencia, organizada esta última como un programa estatal pues la teoría de esta concepción sostienen que no es posible el funcionamiento adecuado de un mercado y de la libre competencia sin que ambas se encuentren aseguradas por el ordenamiento estatal que asegure la libre competencia y controle la formación de concentraciones empresariales, refutando con esta afirmación a la teoría liberal que postula un mercado con mínima regulación estatal.

El control a las concentraciones empresariales constituye una de las mas importantes expresiones del derecho de la competencia, en efecto esta herramienta le permite a la autoridad de la competencia (cuando el control es previo), impedir que se lleven operaciones que restrinjan indebidamente la competencia o bien autorizarlas en forma condicionada con el fin de que la autoridad pueda garantizar la preservación de la libre competencia en los mercados.

El propósito de esta investigación es hacer una presentación del régimen de control de concentraciones empresariales ex ante en el sector eléctrico, para determinar su naturaleza y a partir de un análisis comprobar si esta vulnera o no el derecho a la libertad de empresa, determinando para ello la perspectiva jurisprudencial por parte de la Comisión de la Libre Competencia del INDECOPI – Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Propiedad Intelectual- órgano que sería el encargado de regular el control de concentraciones empresariales.

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

2.1 Enunciado del Problema:

"EL SISTEMA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EX ANTE COMO UNA LIMITANTE AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DEL ÁREA DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI EN EL SECTOR ELECTRICO"

2.2 Descripción del Problema:

2.2.1. Campo, Área y Línea de acción:

i) Campo: Ciencias sociales
ii) Área: Derecho Constitucional, Derecho Empresaria.
iii) Línea: El Control de Concentraciones Empresariales; Derecho a la Libertad de Empresa

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.2.2. Análisis de Variables e Indicadores:

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES	El control de concentraciones de empresas en el derecho comparado	El control de concentraciones de empresas bajo la perspectiva estadounidense.
		El control de concentraciones de empresas bajo la perspectiva europea.
	El control de concentraciones de empresas en el Perú	El control de concentraciones de empresas en el sector eléctrico
		Proyectos de Ley Peruano sobre el Control de Concentraciones
DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA	Economía Social de Mercado	Doctrina
	Derecho Fundamental a la Libertad de Empresa	Doctrina
		Sentencias del Tribunal Constitucional
JURISPRUDENCIA DEL ÁREA DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI EN EL SECTOR ELECTRICO	Jurisprudencia	Resoluciones del Área de Libre Competencia del INDECOPI en el sector eléctrico

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.2.3. Interrogantes básicas:

a) ¿Desde la perspectiva jurisprudencial del Área de Libre Competencia del INDECOPI, el control de concentraciones empresariales ex ante en el sector eléctrico limita el derecho a la Libertad de Empresa?
b) ¿Cuáles son los sistemas de control de concentraciones empresariales existentes?
c) ¿Cuál es el enfoque constitucional del derecho a la libertad de empresa y como se manifiesta?
d) ¿Cuáles son los principales alcances de los Proyectos de Ley Peruano emitidos en materia del control de concentraciones?

2.2.4. Tipo y Nivel del Problema de Investigación:

Tipo de Investigación: Investigación documental

Nivel de investigación: El nivel es Descriptivo

2.3 Justificación

A nivel social:

Los avances de la ciencia y la tecnología, producidos como consecuencia de los actuales fenómenos de la globalización, han generado que los parámetros económicos que regían la sociedad hasta hace algunas décadas se enfrenten a nuevos retos. Tal como sucedía hace varios años en Europa y parte de América las estructuras empresariales tradicionales han cambiado. Hoy se han creado modelos organizativos complejos que han dado lugar a ciertas distorsiones haciendo que los mercados reclamen orden en su estructura.

Tradicionalmente, la defensa de la libre competencia, se ha viabilizado a través de dos ejes: i) el control de conductas ex post por el cual se despliegan sanciones y medidas correctivas contra el abuso de posición de dominio, las prácticas monopólicas y las colusiones anticompetitivas; y, ii) el control de estructuras ex ante, que involucra el análisis y el eventual condicionamiento o prohibición de las concentraciones que, por su envergadura y circunstancias del mercado, pudieran afectar el proceso competitivo. El primero de ellos implica el establecimiento de una sanción cuando se presenta una conducta

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

considerada anticompetitiva; a diferencia del segundo modelo, que al ser de índole preventiva, importa un análisis anterior del impacto que la operación puede tener en el mercado, el cual será materia de nuestro estudio.

Diversos países a nivel mundial han materializado ambas perspectivas, sin embargo, el Perú se muestra como un caso atípico en esta regulación, que a diferencia de las normas de competencia de otros países, ha considerado pertinente regular y sancionar, únicamente las conductas anticompetitivas, y establecer el control previo de estructuras, pero sólo para las empresas que pertenecen al sector eléctrico.

A nivel personal:

En mi opinión la finalidad de la presente investigación es determinar si las concentraciones empresariales ex ante limitan el derecho a la Libertad de Empresa, ello a través de la perspectiva jurisprudencial del Área de Libre Competencia del INDECOPI, en materia del sector eléctrico, de manera que puede evidenciarse dicha afectación teniendo en cuenta lo que la doctrina, y jurisprudencia ha fundado sobre la materia.

III. Marco conceptual

3.1 Las Concentraciones Empresariales: Consideraciones Generales

Las concentraciones empresariales se han convertido en una de las mejores estrategias para fortalecer una empresa, materializando sus competencias fundamentales[1] y creando nuevas estructuras en el mercado. El profesor argentino Manóvil explica que este fenómeno no es más que un proceso que conduce a la unificación de empresas hasta entonces independientes, para formar empresas mayores.[2] Es decir se produce una sumatoria de esfuerzos para alcanzar una consolidación empresarial o lograr sobrevivencia corporativa.

[1]CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Las concentraciones de empresas. Madrid, Editorial Colex, 2006, p 35.
[2] MANÓVIL Rafael Mariano. Grupos de Sociedades en el derecho comparado, Buenos Aires, Ediciones AbeledoPerrot, 1998, p. 66

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Las formas de adoptar una estrategia de concentración son varias, y los efectos para cada tipo de operación son distintos. Las concentraciones empresariales pueden ser de tipo horizontal, vertical o conglomerada.

En el primer tipo la integración se produce entre dos o más empresas que antes estaban dedicadas al mismo o similar tipo de producción de bienes o de servicios, y que eran competidores entre sí en un mismo mercado[3]. Dada su tendencia expansiva, la operación se orienta a la creación del monopolio. El mayor riesgo de esta concentración radica en la disminución competidores en el mercado[4].

El segundo tipo de operación, denominado concentración vertical, se produce cuando la integración se da entre empresas cuyas producciones de bienes o servicios se encuentran en una etapa anterior o posterior del ciclo económico-productivo, creando una la integración descendente o ascendente. Para el derecho de la competencia, el principal efecto que tiene este tipo de operaciones radica en el efecto cierre del mercado[5], puesto que se obstaculiza la entrada de nuevos competidores.

Por último el tercer tipo de concentraciones, denominadas concentración por conglomerado surge cuando la integración se produce entre empresas que se dedican a ramos de actividades distintas e independientes. Los efectos en el mercado de esta operación también son evidentes, sobre todo si se considera la óptica de la competencia potencial.[6]

---

[3] Sin que esto signifique que se trate de productos perfectamente homogéneos, dado que la competencia se presenta igualmente entre oferentes de productos con cualidad de sustituirse entre sí. Ibídem.

[4] Las consecuencias de este tipo de estrategias pueden ser: *adquirir el monopolio, adquirir una posición de dominio, generar un mercado proclive a la colusión, escasa relevancia de la operación, creación de un mercado fragmentado.* TOVAR MENA, Teresa. "A propósito del control de fusiones. Algunas lecciones de la experiencia norteamericana" En Revista Ius et veritas, N° 30, Julio, 2005, PUCP, Lima, pp. 61-82.

[5] Si una empresa se fusiona con un cliente, asegura la compra exclusiva y no a otros proveedores; si se integra con un proveedor este se obliga a venderle sólo a la empresa integrada, con lo que otros rivales no pueden comprarle el insumo". Ídem. p. 64.

[6] Un claro ejemplo de las consecuencias para la competencia en este tipo de concentración lo encontramos en el caso *Procter & Gamble* en 1967. Procter & Gamble era el productor dominante de jabones y detergentes, y pretendía adquirir Clorox, productor líder en hipoclorito de sodio de uso doméstico. La objeción apareció porque Procter & Gamble que era el principal competidor potencial de Clorox podría generar una estructura dañosa en el mercado, ya que la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Así, las diferentes formas de concentrar la producción de bienes o la prestación de servicios muestra cómo la empresa en el derecho moderno se ha revolucionado y el universo atomístico[7] de la empresa tradicional ha desparecido. De esta manera se entiende que las concentraciones empresariales[8] constituyen un fenómeno de raíz económica con consecuencias jurídicas, mediante el cual dos o más empresas integran sus recursos (económicos, humanos, etc.) a efectos de conseguir un beneficio común, diferente al interés empresarial.[9]

3.2 El control de concentraciones en la legislación comparada

A nivel internacional existen diferentes maneras de ejercer el control previo de las concentraciones empresariales en los mercados, así dependiendo del tipo de política adoptada, algunos países ejercen el control de la concentración del poder económico a través del requerimiento de una autorización previa, y otro mediante la solicitud de una notificación voluntaria. De lo indicado anteriormente puede evidenciarse que, el primer supuesto refleja un mayor nivel de intervención estatal, al considerársele como una actuación restrictiva de las libertades económicas reconocidas y amparadas por los ordenamientos jurídicos. Por su parte, en el segundo supuesto que queda a voluntad de las partes presentar su notificación, pudiendo proceder con la operación sin necesidad de haber obtenido autorización alguna, no obstante, cabe destacar que, si luego de evaluada la operación, esta presenta daños estructurales al mercado, esta deberá ser revertida, o cuanto menos modificada, de esta

---

otra empresa era la que más posibilidades tenía de ingresar al mercado y competir con ésta. En este caso se eliminaba la competencia potencial. Sobre este caso cabe señalar que el riesgo que produce la concentración entre empresas no competidoras debe analizarse cuando se estudia la competencia potencial, pues en caso de ambas concentrarse se elimina la entrada independiente y futura, y con ello la competencia que pudiera haber influido previamente en los productores existentes o que se hubiera desarrollado en el futuro. Ídem.

[7] Cfr. AMIN FERRAZ, Daniel. La concentración empresarial en el Comercio Internacional. El control de los Grupos de Sociedades en los EE.UU., la UE y Mercosur: Un análisis comparado, Tesis para optar el grado de Doctor. Valencia, Universidad de Valencia, 2004.

[8] Coloquialmente concentrar significa acumulación de una variable dentro de una población o de un escenario. Desde el punto de vista gramatical significa reunir en un centro o punto lo que estaba separado. ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, 21º Ed., Madrid, RAE, 2001.

[9] ECHAIZ MORENO, Daniel. Los grupos de empresas: Bases para una legislación integral, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2001,p. 39.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

manera la flexibilidad de este diseño permite que los empresarios tomen las consideraciones necesarias para que su operación no dañe la estructura del mercado y puedan crear una integración rentable y viable tanto para la sociedad como para el Estado, evitando de esta forma, que la operación sea reprobada.

Desde hace muchos años las grandes economías, a fin de proteger sus mercados de estructuras abusivas han implementado este mecanismo[10]. Aproximadamente, unos sesenta países tienen un régimen de control previo de concentraciones[11].

3.2.1. El control de concentraciones bajo la perspectiva en EE.UU[12]

La primera ley norteamericana que se refirió específicamente al control de fusiones empresarias desde el punto de vista de la defensa de la competencia (ley Clayton) data del año 1914. En su sección 7, esta ley prohíbe explícitamente las fusiones y adquisiciones de empresas o activos cuyo efecto sea el de reducir significativamente la competencia o tender a crear un monopolio. Una de las principales modificaciones que sufrió esta ley tuvo lugar en 1976, a través de la llamada "ley Hart-Scott-Rodino". Esta última ley le incorporó a la ley Clayton la sección 7A, que creó un procedimiento de

[10] Por ejemplo, Estados Unidos aplicó este modelo la vigencia de la Ley Antitrust y en su oportunidad, también lo hizo la Unión Europea, cuyo antecedente más próximo se encuentra en el Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957. Si bien la regulación inicial del derecho de la competencia de Estados Unidos dejó fuera el control de fusiones entre empresas, es que tras la oleada de fusiones que hubo en la zona a partir de 1890, y los problemas de competencia en los mercados que éstas generaron, se hizo necesario establecer un sistema de control de las mismas. Con ese fin se aprobó en 1915 la Clayton Act, en la que se establece la prohibición de adquisición y fusión de empresas cuando ésta lleve a la reducción significativa de la competencia o tienda a crear un monopolio en un Mercado. En la Unión Europea en 1999 se aprobó una serie de textos que suponen un paso adelante en la construcción de un nuevo sistema para el tratamiento de las Restricciones Verticales bajo el Derecho Comunitario de la Competencia. (…) La reforma de este sistema comenzó con la publicación a finales de 1996 del Libro Verde de la Comisión sobre las Restricciones Verticales, el cual adquirió forma con la publicación en septiembre de 1998 de la Comunicación de la Comisión sobre el Seguimiento del Libro Verde y de dos propuestas de Reglamentos del Consejo para la modificación de los Reglamentos 19/65 y 17/62" Cfr. CALVO CARAVACA, Luis Alfonso; GOÑE URRIZA, Natividad. *Ob. Cit*. pp. 41-159.

[11] CALVO CARAVACA, Luis Alfonso; GOÑE URRIZA, Natividad. *Ob. Cit.,* p. 30-41. Informe del *Comité Asesor de Política de Competencia Internacional* del Departamento (ICPAC - 2000)

[12] El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados (2015). Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/$FILE/NOTA210116.pdf

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

notificación previa de las concentraciones y fusiones a cargo de la División Antitrust del Departamento de Justicia (DOJ) y de la Comisión Federal de Comercio (FTC). Estas instituciones, a su vez, publicaron luego reglamentos y normas que especificaron los pasos a seguir para el procedimiento en cuestión, y que desembocaron en la redacción de unas pautas conjuntas elaboradas por los dos organismos.

Luego de dicha notificación, las autoridades de aplicación pueden decidir investigar la operación en cuestión y, en el caso de que investiguen, esto puede conducir al inicio de un proceso judicial por parte del DOJ o de la FTC tendiente a bloquear la correspondiente adquisición o fusión. El procedimiento de control previo de las fusiones y adquisiciones tiene por lo tanto el objetivo de anticipar en el tiempo las posibles acciones legales de las autoridades de defensa de la competencia, y evitar de ese modo el iniciar procesos de desmembramiento una vez que las concentraciones han tenido lugar. La idea detrás de esto es que los procesos de desmembramiento son siempre mucho más costosos (tanto para el estado como para el grupo empresario involucrado) que los procesos de inhibición previa de los actos de concentración o fusión.

El sistema norteamericano prevé la existencia de un período de espera para llevar a cabo la operación de concentración o fusión que se mide desde el día de la presentación ante las autoridades de aplicación. Este período de espera es de 30 días para las operaciones que implican pagos diferidos y de 15 días para las que se planea realizar al contado. Si al final del mismo las autoridades de defensa de la competencia no se han expedido, se interpreta que la operación no será cuestionada y que por lo tanto puede realizarse sin trabas. El DOJ o la FTC pueden sin embargo solicitar información adicional a la presentada al iniciar el trámite, y pueden extender el período de espera por 20 días más si la operación es de pago diferido ó 10 días más si es de contado. Una vez expirado ese tiempo, tiene que quedar ya claro si las autoridades de aplicación autorizarán la operación, intentarán que las partes consientan cambiar el acuerdo de concentración o fusión, o iniciarán un proceso judicial con el objeto de bloquear dicha operación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Así, podemos indicar que en el caso de EEUU se precede según la Guía de *Concentraciones Horizontales*, y a través de la División Antitrust del Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión Federal de Comercio se ha sostenido que, para determinar la viabilidad de una fusión, por ejemplo, es necesario evaluar los casos de manera individual, atendiendo a las circunstancias particulares que rodean la transacción. Esto significa que el criterio de concentración del mercado, y cuota de participación en este, no ha resultado definitivos para la evaluación.

3.2.2. El control de concentraciones bajo la perspectiva europea13

El esquema de la Comunidad Europea para el control de concentraciones y fusiones es similar al norteamericano en algunos de sus procedimientos, pero su naturaleza jurídica resulta distinta. Legislado a través del Reglamento Nº 4064/89 del Consejo de Europa, este sistema confiere a la Comisión Europea no sólo facultades investigativas sino también poder de decisión respecto de las concentraciones y fusiones que tengan "dimensión comunitaria". Dicho poder de decisión implica la posibilidad de aplicar sanciones tales como desautorizar una fusión o adquisición, separar empresas o activos agrupados y aplicar multas a las entidades involucradas.

Las operaciones de concentración o fusión con dimensión comunitaria se definen por el volumen de negocios de las empresas involucradas y por el hecho de que más de un estado miembro de la Comunidad se encuentre significativamente afectado por la operación en cuestión. Al respecto, el ingreso por ventas del conjunto de empresas afectadas debe superar los 5000 millones de ecus a nivel mundial y los 250 millones de ecus dentro de la Comunidad Europea (límites éstos que resultan considerablemente más elevados que los que se usan en Estados Unidos), y debe darse que no todas las entidades efectúen más de dos tercios de sus ventas dentro del mismo estado miembro.

[13] Es otra cita de El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados (2015).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

De dichas operaciones, la legislación europea prohíbe aquéllas que "supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo".

Al igual que en el caso estadounidense, el procedimiento previsto contempla la necesidad de una notificación previa (que debe tener lugar en un plazo de una semana desde la concertación de la operación), la existencia de un período de espera de un mes en el cual se examina el caso y, en el caso de que la Comisión halle potenciales peligros para la competencia dentro de la CE, la suspensión de la operación por un período más extenso (incoación). La Comisión tiene también la facultad de remitir sus casos a las autoridades de defensa de la competencia de los estados miembros de la CE, cuando considere que los potenciales efectos anticompetitivos de la operación en cuestión se limitan a un solo país. Sin embargo, el ejercicio de esta facultad es opcional, ya que la Comisión puede también encargarse directamente del asunto, siempre y cuando éste haya pasado el test de la dimensión comunitaria mencionado en el párrafo anterior.

El objetivo del procedimiento de incoación varía según el caso de que se trate. En algunos casos, la Comisión lo utiliza para recabar información sobre la operación bajo análisis. En otros, lo que se busca es que las partes presenten modificaciones al plan de concentración, a fin de lograr un acuerdo que se considere aceptable desde el punto de vista de la defensa de la competencia pero que posibilite la fusión. En cualquiera de los dos casos, es habitual que durante el plazo de incoación se presenten notificaciones escritas y se desarrollen audiencias en las que participen los interesados o terceros. Al finalizar el plazo de incoación, la Comisión efectúa una decisión acerca de la concentración o fusión, declarándola compatible o incompatible con el mercado común europeo. Dicha decisión puede ser apelada ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Bajo ese orden se tiene que Europa ha elegido una postura más amplia y ha decidido autorizar las operaciones de concentración que contribuyan a la realización de objetivos fundamentales de la Comunidad y que permitan mejorar la producción de bienes a través de la promoción del progreso

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

económico y técnico; pero siempre con las restricciones necesarias para mantener la competencia del *mercado relevante*. No obstante, dicho sistema ha incorporado la obligatoriedad de la notificación previa.[14]

3.3 El control de concentraciones en la legislación peruana

El Derecho de la Competencia, como rama del ordenamiento jurídico, no aparece por generación espontánea, sino que responde a las necesidades y cuestionamientos que la política económica exige.

En el Perú, hace algunos años el contexto social, cultural, político, pero sobre todo, económico hizo surgir las primeras disposiciones sobre esta materia, las mismas que están articuladas fundamentalmente, para responder a las necesidades vigentes y cuestionamientos derivados del modelo económico de la época.

Desde sus orígenes, el derecho de la competencia peruano se distinguió por su negativa para adoptar controles ex ante de estructuras empresariales, la presencia de un Estado sancionador de manera ex-post, y la creación de la autoridad en materia de competencia: INDECOPI[15]. Sin embargo, de acuerdo a las necesidades y exigencias que la sociedad planteaba, era necesario que las normas en esta materia también se fueran modificando. En tal sentido, comienzan a aparecer las primeras modificaciones, las cuales estructurarían un modelo más ordenado y acorde con los estándares del derecho de la competencia a nivel internacional. Sin embargo, a pesar de estos cambios la legislación no incluyó un régimen de control previo, pues se creía que dicha regulación atentaría contra el modelo económico que se reconoce según la Constitución de 1993, esencialmente, la libertad de empresa.

El derecho de la Competencia en el Perú se encuentra regido por la Decisión Nº 285 del Acuerdo de Cartagena que regula a nivel internacional el control de prácticas restrictivas de la libre Competencia; la Constitución Política de 1993

[14] Reglamento Comunitario de Concentraciones (RCC) N° 139/2004. Reglamento, aplicable a partir del 1 de mayo de 2004, deroga los Reglamentos (CEE) N° 4064/89 y N° 1310/97

[15] Con la creación del Instituto Nacional de Defensa de Competencia y Propiedad Intelectual - INDECOPI- en noviembre de 1992, empezó a aplicarse en forma efectiva el marco de política de competencia aprobado en 1991.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

(Arts. 58º al 61º) que sanciona el régimen económico peruano y al mismo tiempo protege al mercado de los monopolios; el Decreto Legislativo Nº 1034; Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[16] y la Ley N° 26876 - Ley Antimonopolio y Anti-oligopolio del Sector Eléctrico[17] y sus respectivos reglamentos.[18]

3.4 La controversia de control previo en las concentraciones en Perú

La modificación de las estructuras en los mercados de los diferentes sectores económicos y, el desarrollo del contexto internacional han creado para el Perú espacios de crecimiento y fortalecimiento de las grandes corporaciones.[19] En este escenario, es fácil constatar que los diferentes sectores y actividades económicas pueden generar monopolios privados como resultado de los procesos de concentración[20]; y ante ello, en el Perú no existe un mecanismo legal idóneo que permita hacer frente a este problema. La única posibilidad es accionar cuando se abusa de dicha estructura a través de las medidas previstas en el Decreto Legislativo N° 1034.

La negativa de regular el control ex ante no acepta que los procesos de concentración crean escenarios propicios para facilitar conductas anticompetitivas, tales como el trust o como la cartelización vía disminución drástica en el número de vendedores significativos en el mercado. A pesar de esto, los obstáculos que se presentan para adoptar un sistema de control previo son varios y de diversa índole; no obstante, la mayoría de autores coincide en sostener, entre otras cosas, en los siguientes argumentos.[21]

---

[16] Publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2008

[17] Publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de noviembre de 1997

[18] D.S. Nº 017-98-ITINCI Reglamento de la Ley Antimonopolio y Anti-oligopolio en el Sector Eléctrico.

[19] Un ejemplo de la solidez de la economía peruana la constituye el Grupo Graña y Montero quien entre el 2008 y el 2009 incrementó su facturación en un 20% a pesar de la crisis. De acuerdo a los informes de los propietarios del holding la razón de su incremento fue la diversificación que inició en la década de los 80 con la creación de las empresas Graña y Montero ingeniería, Graña y Montero Digital y Graña y Montero Petrolera. Cfr. CHEVARRÍA LEÓN, Fernando (Dir.) —Negocios conglomerados Grupo Graña y Montero.

[20] Esta ausencia de normativa se aprecia no sólo en el Perú, sino también a nivel de la Comunidad Andina.

[21] TAVARA, José; DIEZCANSECO Luis. “Estabilizando el péndulo Control de Fusiones y Concentraciones” En Revista *Themis,* N° 47, Diciembre 2003, pp. 159-173.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El Perú es una economía pequeña por lo que al ser escazas las operaciones de concentración sería innecesario controlarlas. Según esto, dicho control sería una forma de desalentar las inversiones y evitar que la formación de grandes corporaciones que contribuyan al desarrollo del país.

Un segundo argumento sostiene que, de aceptarse el control *ex ante* para las concentraciones, el sistema sería operativamente ineficiente, dado que, tal como lo demuestra la experiencia extranjera, la mayoría de operaciones son aprobadas.

Por último, un tercer argumento se desprende desde la óptica del análisis costo-beneficio, en razón del cual al crearse una norma que exija a las empresas pasar por un control previo antes de concretar una operación de concentración, crearía un sin número de costos administrativos para el Estado, los cuales serían innecesarios.

3.4.1. El control de concentraciones en el sector eléctrico

A lo largo de los años, el sector eléctrico ha tenido ciertamente una evolución profunda en su manera de organización, ella de la mano también del tipo de estado que cada país tiene. En la actualidad en la mayoría de países, este sector ha sido objeto de procesos de liberalización, procurando un régimen de competencia para aquellas actividades que por su esencia lo permiten, como son la generación y la comercialización, y por su parte, aquellas actividades en las que no es posible introducir competencia, por tener características de monopolios naturales[22], han sido configuradas como actividades reguladas, así también se organizan mercados mayoristas, regidos por la oferta y demanda, que son administrados por un operador independiente. Adicionalmente, de manera general el sector se encuentra supervisado por un Organismo

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

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Regulador, que como tal está pensado para gozar de independencia del Gobierno y de los agentes del mercado, a efectos de realizar una gestión adecuada.

Para algunos autores[23] este modelo de organización del mercado eléctrico es conocido como "regulación para la competencia", y tiene las siguientes características:

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

Es importante mencionar las características propias del sector eléctrico, características muy específicas que ayudarán a tener una visión global de por qué el mercado está organizado de la manera descrita y por tanto la razón por la que resulta de tanta importancia el control de concentraciones en el mismo.

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

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Así, a decir de DEL GUAYO, LÓPEZ y HANCHER[24], estas son:

a) La electricidad es un producto muy difícil de almacenar en grandes cantidades (y cuando ello es posible, implica un coste muy elevado).
b) Este producto presenta gran homogeneidad.
c) La elasticidad de la demanda es muy reducida (prácticamente nula a corto plazo), permitiendo que se pueda prever el consumo.

Teniendo clara la historia del mercado así como sus características, podemos señalar que si bien se ha buscado realizar la separación de actividades[25], este mercado tiene una estructura oligopolista (pocos vendedores), lo que nos lleva a afirmar a su vez que existe gran poder de mercado por parte de los pocos agentes que en el intervienen, esto en tanto estos agentes tendrán capacidad para influir en las cantidades y precios del mercado, generado situaciones de interdependencia estratégica, o lo que es lo mismo, influencia recíproca en las tomas de decisión[26]

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

3.5 El Derecho a la Libertad de Empresa

3.5.1. La Libertad de Empresa como Derecho Constitucional

La libertad de empresa, como libertad del individuo desarrolla, permite y reconoce al ser humano como un ente libre, es decir, como un ser creativo y proyectivo, según dijera bien Fernández Sessarego.

[24] DEL GUAYO CASTIELLA, LÓPEZ MILLA.y HANCHER. Op Cit.
[25] Las razones por las que el Mercado eléctrico cuenta con Fuertes posiciones dominantes podrían ser por un lado que antes del proceso de liberalización existían grandes concentraciones horizontales, con las que no se ha podido acabar del todo; y por otro lado, la propia reestructuración del sector ha dado lugar a diversas operaciones de fusión o adquisición. HOPE, E. “Market Dominance and Market Power in Electric Power Markets – A Competition Policy Perspective”. Report to the Swedish Competition Authority. Disponible en: http:// www.kkv.se/bestall/pdf/forsk_rap_2005-3.pdf
[26]Según DEL GUAYO, LÓPEZ y HANCHER, la existencia de poder de mercado es consustancial a la idea de oligopolio.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

De este modo, la libertad de empresa debe ser defendida porque permite la empresa y su libre accionar, desarrollo y permanencia; siendo la empresa demasiado importante porque "tiene como finalidad la de proveer de bienes y servicios necesarios para atender la subsistencia y desarrollo integral de todas y cada una de las personas que integran la sociedad", conforme lo señala Fernández Sessarego, en un artículo denominado "*Subjetivación de la empresas*" ("Empresa y Desarrollo- Temas actuales, Revista peruana de derecho de la empresa").

Permitir la existencia, actividad y permanencia de la empresa pasa pues por darle libertad, ya que no existiría empresa en el sentido estricto de la palabra si no existiera esa “manifestación de libertad”.

La libertad de empresa da respuesta directa, y no subsidiaria a la demanda, lo que genera, uno de los mayores derechos del ser humano en una sociedad democrática, republicana y libre, la potencialización del ser en su mayor expresión, su capacidad proyectiva, y el desarrollo de su auto sostenimiento, es decir, que el ser humano construya por cuenta propia la satisfacción de sus necesidades, volviéndole autónomo y generador de su auto sostenimiento al desarrollar su personalidad.

Candido Paz-Ares y Jesus Alfaro Aguila, señalan "Es empresa protegida constitucionalmente cualquier actividad que pueda constituir un medio de vida. Lo que, a contrario, significa que no es un elemento del concepto de trabajo, profesión o empresa que se trate de una actividad valiosa socialmente. Por tanto, constituye una actividad empresarial dedicarse a adivinar el futuro o a interpretar los sueños".

La libertad empresarial consistiría en defender este medio de vida, o subsistencia; pero cabe aclarar que no toda forma de obtener medios para la subsistencia pueden ser considerados protegidos por la libertad de empresa, así aquellas conductas contrarias al ordenamiento no pueden ser considerados protegidos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.5.2. Manifestaciones de la Libertad de Empresa

El derecho de libre empresa si se considera que no consiste en una libertad para organizar la empresa destinada a actuar en el mercado, sino como la libertad para actuar empresarialmente -ejercer la función empresarial-, al derecho le concierne especialmente la libertad de este ejercicio, en la medida en que la función empresarial se caracteriza por la perspicacia y creatividad de aquellos que buscan beneficios mediante la percepción de los desajustes entre recursos y necesidades, eliminado dicha oportunidad una vez descubierta, contribuyendo a la coordinación de los agentes en el mercado[27].

a) Libertad de acceso al mercado.

Cualquier agente económico, público o privado, puede, en condiciones de igualdad, iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida, bien mediante la creación de una empresa, bien mediante la adquisición de empresas ya existentes.

Respecto a la Libertad de entrada, el profesor Ángel Rojo establece que la libertad de entrada presupone el reconocimiento de otros derechos tanto implícitos como explícitos –propiedad privada, libertad de asociación, libertad de ejercicio profesional, etc.-. En ese sentido, la facultad de acceso al mercado tiene un significado más amplio que la simple posibilidad de iniciar una acción económica, siendo que, dicha libertad exige la remoción más amplia posible obstáculos o barreras para que se pueda ejercer la empresarialidad en el mercado. En la medida que existan mayores barreras de entrada habrá menor posibilidad de ejercicio de la libertad de empresa en el mercado, por tanto, menor grado de competencia, afectando no solamente a quienes ejercen la libertad de empresa como derecho subjetivo sino al sistema económico en general y a los consumidores en última instancia.

b) Libertad de ejercicio o de permanencia en el mercado.

---

[27] De la Cueste y Rute, José María, “La Publicidad y el Sistema Económico Constitucionalizado”, Op. Cit. Pág 9.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Lo que implica que el empresario tiene libertad para decidir sobre la organización interna y externa de su empresa, así como sobre el modo de realización de la actividad económica, si bien respetando la ordenación jurídica existente.

c) Libertad de cesación o de salida del mercado.

Supone el derecho del empresario a dejar de desarrollar en cualquier momento la actividad empresarial que lleva a cabo.

IV. Antecedentes Investigativos

Como se ha detallado anteriormente se cuentan con el detalle de los siguientes trabajos de investigación:

i) El control previo de las concentraciones empresariales en el Perú: ventajas y desventajas", tesis presentada para optar al título de magister en Finanzas y Derecho Corporativo, ante la Universidad ESAN en el año 2015. Este trabajo se centró en mostrar ventajas y desventajas para la pronta implementación del control de concentraciones en distintos ámbitos de la economía peruana, desde la idea que ello podría convertirse en un factor que desincentive las inversiones en el país.

ii) "La Concentración empresarial de medios de comunicación escritos en el Perú y su influencia en el pluralismo informativo", tesis presentada para optar al título de abogada, ante la Universidad Privada del Norte. El objetivo de este trabajo fue demostrar la necesidad de contar con un Estado más involucrado en el combate a las concentraciones empresariales, aunque dicho tema se restringió al sector de las comunicaciones en el entendido que es deber estatal salvaguardar el derecho de acceso a la información de sus ciudadanos.

iii) Mesa Redonda: "Derecho de la Competencia Versus Fusiones y Adquisiciones: el Estado de la Cuestión en el Perú", artículo que fue publicado en la revista Derecho y Sociedad Nro. 41.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Interesantemente, se abarca el problema desde un punto de vista meramente económico, así, la idea de implementar un control de concentraciones en el Perú resultaría, a juicio de los autores, en un despropósito que ahuyentaría inversionistas y que acrecentaría los costos de procedimientos para resolver estos temas.

iv) Finalmente, tenemos el trabajo titulado “Control o no control de fusiones en la industria regulada: extendiendo el caso del sector eléctrico al mercado de gas natural”. Cual fuera una tesis presentada para optar al grado de magister en derecho de la empresa. El trabajo, que aparente estar planteado desde una óptica proteccionista, asevera que en el Perú solo procedería un control ex ante de concentraciones en el rubro gasifico.

V. Objetivos

5.1 Objetivo Principal

- ✓ Establecer si el control de concentraciones empresariales ex ante limita el derecho a la Libertad de Empresa, desde la perspectiva jurisprudencial del Área de Libre Competencia del INDECOPI en el sector eléctrico.

5.2 Objetivos Secundarios

- ✓ Determinar cuáles son los sistemas de control de concentraciones empresariales.
- ✓ Determinar el enfoque constitucional del derecho a la libertad de empresa y como se manifiesta.
- ✓ Determinar los principales alcances de los proyectos de ley peruano emitidos en materia del control de concentraciones.

VI. Hipótesis

Dado que el control de concentraciones empresariales ex ante en el sector eléctrico, constituye un mecanismo previo por el que se otorgan o no las autorizaciones a las empresas que deseen concentrarse para desarrollar sus actividades económicas; es probable que dicho control constituya una limitante

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

al derecho de la Libertad de Empresa desde la perspectiva jurisprudencial del INDECOPI.

VII. Planteamiento operacional:

7.1. Técnicas e Instrumentos de Verificación:

7.1.1. Técnicas:

Para la recolección de datos se utilizará la Observación Documental, respecto de la primera, segunda y tercera variable.

7.1.2. Instrumento:

En el presente trabajo utilizaremos los siguientes instrumentos.

Estructura de los instrumentos utilizados:

VARIABLES	INDICADORES	UNIDADES DE ESTUDIO	TECNICAS	INSTRUMENTOS
CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES	El control de concentraciones de empresas desde la perspectiva estadounidense.	Legislación extranjera	De observación	Observación documental y la utilización de fichas de resumen (pues se revisará legislación comparada y doctrina respecto al tema materia de investigación)
	El control de concentraciones de empresas desde la perspectiva europea			
	El control de concentraciones empresariales en el Perú	El control de concentraciones de empresas en el sector eléctrico		
		Los Proyectos de Ley peruano en		

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

VARIABLES	INDICADORES	UNIDADES DE ESTUDIO	TECNICAS	INSTRUMENTOS
		materia de concentraciones		
DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA	Economía Social de Mercado	Doctrina y Sentencias Tribunal Constitucional	De Observación	Observación documental y la utilización de fichas de resumen (pues se revisará la doctrina y jurisprudencia)
	Derecho Fundamental a la Libertad de Empresa			
PERPECTIVA JURISPRUDENCIAL DEL ÁREA DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI EN LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EX ANTE EN EL SECTOR ELECTRICO	El control de concentraciones empresariales en el ámbito peruano sector eléctrico	Resoluciones del INDECOPI	De Observación	Observación documental y la utilización de fichas de resumen (pues se revisará la jurisprudencia emitida en el caso particular)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CUADRO DE LA ESTRUCTURA DEL INSTRUMENTO DE LA PRIMERA VARIABLE

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES	NÚMERO DE FICHAS
CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES	El control de concentraciones de empresas en la legislación comparada	El control de concentraciones de empresas bajo la perspectiva estadounidense.	1
		El control de concentraciones de empresas bajo la perspectiva europea.	2
	El control de concentraciones de empresas en el Perú	El control de concentraciones de empresas en el sector eléctrico	3
		Los Proyectos de Ley peruano en materia de concentraciones	4

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CUADRO DE LA ESTRUCTURA DEL INSTRUMENTO DE LA SEGUNDA VARIABLE

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES	NRO. DE FICHAS
DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA	Economía Social de Mercado	Antecedentes Históricos	1
		Doctrina	2
	Derecho Fundamental a la Libertad de Empresa	Sentencias Tribunal Constitucional	3

CUADRO DE LA ESTRUCTURA DEL INSTRUMENTO DE LA TERCERA VARIABLE

VARIABLE	INDICADORES	ITEMS
CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EX ANTE DESDE LA PERSPECTIVA JUISPRUDENCIAL DEL ÁREA DE LIBRE COMPETENCIA INDECOPI EN EL SECTOR ELECTRICO	Jurisprudencia Resoluciones del INDECOPI en el sector eléctrico	4,5,6,7,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CUADRO DE LA ESTRUCTURA DEL INSTRUMENTO DE LA PRIMERA VARIABLE

MODELO DE FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL BIBLIOGRÁFICA PARA LOS INDICADORES DE LA PRIMERA VARIABLE

FICHA DE OBSERVACIÓN N° 01

Variable:

CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Indicador:

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA LEGISLACIONCOMPARADA

Sub Indicador:

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES BAJO LA PERSPECTIVA ESTADOUNIDENSE

SUB INDICADOR:
UNIDAD DE ESTUDIO:
RESUMEN DEL SUB INDICADOR:
ANALISIS Y APRECIACIONES:

OBSERVACIÓN:

Este esquema es válido para todos los sub indicadores de la primera variable

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CUADRO DE LA ESTRUCTURA DEL INSTRUMENTO DE LA SEGUNDA VARIABLE

MODELO DE FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL BIBLIOGRÁFICA PARA LOS INDICADORES DE LA SEGUNDA VARIABLE

FICHA DE OBSERVACIÓN N° 02

Variable:

EL DERECHO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Indicador:

LA LIBERTAD DE EMPRESA DESDE EL ENFOQUE CONSTITUCIONAL

Sub Indicadores:

ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO

SUB INDICADOR:
UNIDAD DE ESTUDIO:
RESUMEN DEL SUB INDICADOR
ANALISIS Y APRECIACIONES:

OBSERVACIÓN:

Este esquema es válido para todos los sub indicadores de la segunda variable

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CUADRO DE LA ESTRUCTURA DEL INSTRUMENTO DE LA TERCERA VARIABLE

MODELO DE FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL PARA EL INDICADOR DE LA TERCERA VARIABLE

FICHA DE OBSERVACIÓN N° 03

Variable:

CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EX ANTE DESDE LA PERSPECTIVA JUISPRUDENCIAL DEL ÁREA DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI EN EL SECTOR ELECTRICO

Indicador:

JURISPRUDENCIA RESOLUCIONES DEL INDECOPI

Sub Indicadores:

RESOLUCIONES DEL INDECOPI

SUB INDICADOR:
UNIDAD DE ESTUDIO:
RESUMEN DEL SUB INDICADOR
ANALISIS Y APRECIACIONES:

VIII. Campo de verificación

8.1. Campo de Verificación:

El estudio materia de investigación se realizará considerando las Jurisprudencia emitida en materia de concentraciones empresariales ex ante

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

del sector eléctrico en el ámbito peruano por parte del Área de Libre Competencia del INDECOPI.

8.2. Ubicación Espacial:

La recolección de datos de la presente investigación se llevará a cabo en la Ciudad de Cusco.

8.3. Ubicación Temporal:

El Horizonte temporal del estudio está referido desde el periodo 1998 al 2018.

8.4. Unidades de Estudio:

Se detallan los cuadros para cada una de las variables:

CUADRO DEL UNIVERSO DE LA PRIMERA VARIABLE

UNIDADES DE ESTUDIO		f	%
LEGISLACION EXTRANJERA	Europea	1	30%
	Estadounidense	1	30%
LEGISLACIÓN PERUANA	El control de concentraciones de empresas en el sector eléctrico	1	20%
	Los Proyectos de Ley Peruano en materia de concentraciones empresariales	1	20%
TOTAL		4	100%

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CUADRO DEL UNIVERSO DE LA SEGUNDA VARIABLE

UNIDADES DE ESTUDIO		f	%
DOCTRINA	Economía Social de Mercado	1	50%
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA	Derecho Fundamental a la Libertad de Empresa	1	50%
TOTAL		2	100%

CUADRO DEL UNIVERSO DE LA TERCERA VARIABLE

UNIDADES DE ESTUDIO		f	%
CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EX ANTE DESDE LA PERSPECTIVA JUISPRUDENCIAL DEL INDECOPI EN EL SECTOR ELECTRICO	Jurisprudencia Resoluciones del INDECOPI	1	100%
TOTAL		1	100%

IX. Estrategia de recolección de datos

Para la recolección de datos se realizará la búsqueda de legislación comparada, nacional, así como doctrina del control de concentraciones empresariales y la libertad de empresa, así como se recabará la jurisprudencia emitida por el Área de la Libre Competencia del Indecopi en cuanto a este tema.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La duración del estudio en su totalidad será de 3 a 4 meses y la recolección de datos de 5 a 7 semanas aproximadamente.

El instrumento que se utilizará es la observación documental referida a la legislación comparada, nacional, así como doctrina del control de concentraciones empresariales y la libertad de empresa. Así como el análisis de la jurisprudencia emitida por el INDECOPI en dicho tema.

X. Cronograma de trabajo

MESES	*Julio*				*Agosto*				*Septiembre*				*Octubre*			
ACTIVIDADES	**1**	**2**	**3**	**4**	**1**	**2**	**3**	**4**	**1**	**2**	**3**	**4**	**1**	**2**	**3**	**4**
1.- Organización de recolección De datos	**X**	**X**	**X**	**X**												
2.-Expedientes																
2.1. Fichaje					**X**	**X**	**X**									
2.2 Validación de la ficha								**X**								
3. Ordenamiento de datos									**X**							
4. Análisis de datos									**X**	**X**	**X**					
5. Preparación del informe de tesis												**X**	**X**	**X**	**X**	
6.-Formular las conclusiones y sugerencias														**X**	**X**	
7. Presentación de la tesis																**X**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

XI. Bibliografía consultada

1) ANTO RUBIO, María del Pilar. Política Económica Internacional, Lima: Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres, 2009.
2) AMIN FERRAZ, Daniel. La concentración empresarial en el Comercio Internacional. El control de los Grupos de Sociedades en los EE.UU., la UE y Mercosur: Un análisis comparado, Tesis para optar el grado de Doctor. Valencia, Universidad de Valencia, 2004.
3) ARBÓS, Eulalia. (Editor) Atlas de Economía. El comercio en la era global, España, Parramón Ediciones, 2010.
4) ARBULÚ CELI, Juan Antonio "El Control Previo de las Concentraciones Empresariales como sistema de defensa de la competencia". Revista Italus Esto, Año 2, Nº 1, 2008, Editorial de la Asociación Civil Italus Esto, pp. 147-161,
5) ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, 21º Ed., Madrid, RAE, 2001.
6) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Comentarios, 5º Edición, Lima, Editora RAO SRL, 1999.
7) BROSETA PONT, Manuel La empresa y la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil, Madrid, Editorial Tecnos, 1963.
8) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario jurídico Elemental. Buenos Aires, Heliasta, 1980.
9) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho anti-monopólico y de defensa de la competencia, Buenos Aires, Heliasta.
10) CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Las concentraciones de empresas. Madrid, Editorial Colex, 2006
11) CHEVARRÍA LEÓN, Fernando (Dir.) —Finanzas a la canadiense‖ En Revista América Economía, N° 31, Noviembre 2010, Amauta Impresiones Comerciales, Lima, pp. 28-32.
12) COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2003
13) KRESALJA, Baldo; OCHOA César. Derecho Constitucional Económico, Lima, Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, 2009

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

14) ECHAIZ MORENO, Daniel. Los grupos de empresas: Bases para una legislación integral, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2001.

15) ECHAIZ MORENO, Daniel. La empresa en el Derecho Moderno, Lima, Universidad de Lima, 2002.

16) FIGUEROA BUSTAMANTE HERNAN. Derecho del mercado financiero. Vol. II, Editorial Grijley, 2010

17) GARRIDO - LECCA, Hernán. Concentración Bancaria en el Perú 1997-2006, Lima, Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, 2008.

18) GARRIGUES, Joaquín; DÍAZ CAÑABATE, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, 7º Ed. Bogotá, Temis, 1987.

19) GIRGARDO PERANDONES, Pablo. La empresa de grupo y el derecho de sociedades. Granada, Editorial Comares S.L., 2001.

20) GUZMAN NAPURÍ, Christian. Introducción al Derecho Público Económico. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2009.

21) HABERLE, Peter. “Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional de mercado: siete tesis de trabajo” En Revista de Jurisprudencia y Doctrina: Constitución Económica del Perú – Foro Económico Asia – Pacífico APEC). Año III, Nº 06, 2008, pp. 31-49.

22) LOPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO Lucía; ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. Derecho de la competencia en sectores regulados: Fusiones y Adquisiciones, control de empresas y poder político, Granada, Editorial Comares, 2001.

23) MANÓVIL Rafael Mariano. Grupos de Sociedades en el derecho comparado, Buenos Aires, Ediciones AbeledoPerrot, 1998.

24) MARCOS, F. “Comentarios sobre el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia” En Anuario de Derecho de la Competencia 2005, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 353-374.

25) QUIROGA GLAVE, María del Rosario; RODRÍGUEZ ZEVALLOS, Miguel Angel. La concentración de empresas y la libre competencia, Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1997

26) RIVADENEIRA FRISCH, Juan. Economía Social de Mercado, Ediciones de la Fundación Konrad Adenauer, Quito, 2009.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis