

**La imposición de condiciones en los procedimientos de evaluación
previa de concentraciones empresariales
a propósito de la entrada en vigencia de la Ley 31112**

***The imposition of conditions in merger control proceedings
Regarding the entry into force of Law 31112***

Raúl E. Alosilla Díaz¹

Resumen. *El presente artículo aborda, de manera descriptiva e introductoria, las cuestiones relevantes y reglas jurídicas asociadas con las condiciones que el Indecopi puede imponer, al tiempo que autoriza una transacción sujeta a control previo. Asimismo, plantea los principios que orientan el diseño de remedios, recorre los tipos de remedios, así como las principales ventajas y desventajas asociadas a ellos.*

Abstract. *Under a descriptive and introductory approach, this paper discusses the relevant issues and legal rules related to the conditions Indecopi may impose to transactions subject to a merger control regime. We also propose guiding principles for the design of remedies, discuss types of remedies, as well as the main advantages and disadvantages associated with them.*

Palabras clave. Condiciones, Remedios, Proporcionalidad, Competencia, Control de concentraciones

Key words. *Conditions, Remedies, Proportionality, Competition, Merger control*

Sumario. 1. Introducción. 2. Premisas Iniciales. 3. Principios aplicables a la imposición de remedios. 4. Tipos de remedios 5. Conclusiones

1. Introducción

En una gran mayoría de países, la política de defensa de la libre competencia suele incluir el denominado control previo de operaciones de concentración empresarial (en adelante, “sistemas de control previo”). Esta consiste en una regulación preventiva por la cual ciertas transacciones que permiten la toma de control de una empresa² y que superan un umbral determinado en la ley, requieren ser autorizadas por una autoridad de competencia, con anterioridad a su cierre y ejecución. Dependiendo de los mercados invo-

1 El autor es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con títulos de máster en Marco Institucional y Crecimiento Económico, así como en Economía de la Escuela Austriaca; ambos grados otorgados por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Es autor de diversos trabajos de investigación y ponencias en materias de Derecho y Economía, Derecho de la Libre Competencia, Historia Económica y Políticas públicas. Preside el Comité de Competencia y Consumo de la Universidad Norbert Wiener, es miembro fundador del Instituto de Competencia y Regulación y actualmente se desempeña como profesor en la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Cel. 992777024. Calle Las Begonias 475, Sexto Piso, San Isidro, Lima. ralosilla@munizlaw.com.

2 En adelante, denominaremos “transacciones” a las fusiones y adquisiciones (*mergers and acquisitions*), así como a cualquier otra operación que, mediante relaciones de propiedad o de gestión, permita la toma de control de una empresa.

lucrados y del análisis realizado por la autoridad, ésta puede: (i) autorizar, (ii) autorizar bajo condiciones o (iii) prohibir la transacción. En otras palabras, estamos ante una regulación que propone una etapa de filtro burocrático previo al cierre de ciertas transacciones.

Los sistemas de control previo limitan sustancialmente la libertad de contratación de las empresas, incrementan los costos de transacción asociados a los procesos de adquisición de empresas, y ciertamente no responden a ninguna conducta infractora en las que las empresas involucradas pudieran haber incurrido. Sin embargo, sus proponentes sustentan la necesidad de este tipo de regulación preventiva debido a que algunas operaciones de concentración empresarial podrían restringir la competencia efectiva mediante la reducción de participantes en el mercado, creando o fortaleciendo posiciones dominantes, incrementando las barreras de entrada existentes, provocando riesgos de posibles prácticas colusorias, entre otros riesgos que afectan la libre competencia³.

En el caso del Perú, la Ley 31112, Ley de Control Previo de Operaciones de Control Empresarial, ha entrado en vigor el 14 de junio de 2021 junto con su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 039-2021-PCM. Estas normas reemplazaron el sistema de control previo que se aplicaba únicamente al sector eléctrico⁴, y disponen un sistema de aplicación general a todos los sectores de la economía, en el cual la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la “Comisión”) ha sido premunida de la atribución de autorizar las transacciones sujetas a evaluación, autorizarlas bajo condiciones o denegarlas.

Sin perjuicio de la discusión legítima sobre la conveniencia y efectos de los sistemas de control previos⁵, cabe señalar que, una vez implementados, se reconoce que las autoridades de competencia pueden autorizar tales operaciones con sujeción a determinadas condiciones, las cuales deberán ser cumplidas por los agentes económicos intervinientes en la transacción.

3 Puede verse una síntesis de las posiciones que participaron en el proceso legislativo que generó el sistema general de control previo para Perú, en el dictamen del 3 de octubre de 2018 emitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, por el cual se recomendó la aprobación de los Proyectos de Ley 353/2016-CR, 36712016-CR, 2398/2017-CR, 2431 /2017-CR, 2558/2017-CR, 2567 /2017-CR, 2604/2017-CR, 2634/2017-CR, 2654/2017-CR y 2660/2017-CR, mediante texto sustitutorio.

4 La Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, establecía un sistema de control previo por el cual aquellas operaciones horizontales o verticales realizadas entre empresas dedicadas a actividades reguladas del sector eléctrico debían solicitar una autorización previa a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, siempre que superaran un determinado umbral medido en participación de mercado. Esta ley y sus reglamentos (Decreto Supremo N°017-98-ITINCI y Decreto Supremo N°087-2002-EF) fueron derogados el 1 de marzo de 2021, con la entrada en vigor del Decreto de Urgencia 019-2020, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. Este decreto de urgencia fue, sin embargo, rápidamente sustituido por la Ley 31112.

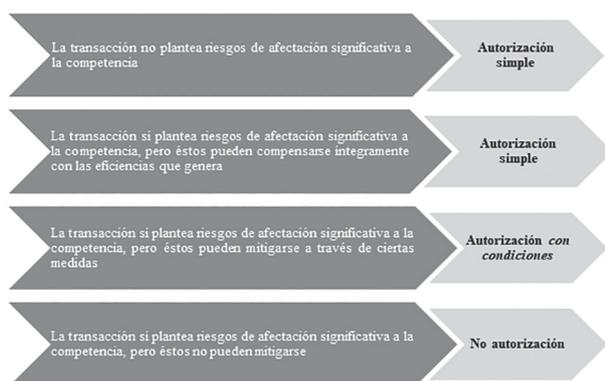
5 Durante décadas se discutió en la academia peruana sobre la necesidad o pertinencia de implementar un sistema general de control previo de concentraciones empresariales. Para una revisión de la historia de las ideas sobre el particular, puede revisarse: Beatriz Boza, “Por qué no es conveniente para el Perú contar con una política general de fusiones”, en: *Políticas de Competencia y el proceso de Reformas Económicas en América Latina* (Lima: Indecopi, 1998); Eduardo Quintana Eduardo. (1999) “¿Rezando entre Tinieblas?: el Credo del Control de Concentraciones Empresariales”, *Thémis* 39 (1999); José Távora y Luis Diez Canseco, “Estabilizando el péndulo: control de fusiones y concentraciones en el Perú”, *Thémis* 47 (2003); Paul Phumpiu, Alberto Rebaza y José Távora, “¿Por qué existe aún el control de fusiones en el mercado peruano?”, en: *La Evolución de la Libre Competencia en el Perú*, ed. por Thémis (Lima: Themis, 2004); Teresa Tovar, “A propósito del control de fusiones: Algunas lecciones de la experiencia norteamericana”, *Ius et Veritas* 30 (2005); Juan Francisco Rojas, “El control de las concentraciones empresariales en la perspectiva del Derecho de la Competencia”. En: José Otero Lastres y Juan F. Rojas Leo y Lorena Ramírez Otero, *Temas actuales de derecho de la empresa* (Lima: Palestra Editores, 2006); Alfredo Bullard, Alejandro Falla y Nicole Roldán, “In god we trust, all other bring data. ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú?”, *Thémis* 62 (2012); Luis Diez Canseco, Alejandro Falla, Eduardo Quintana y José Távora, “Mesa Redonda: Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú”, *Ius et Veritas* N°44 (2012); Tania Zúñiga, “El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Bases fundamentales para su regulación”, *Ius et Veritas* 56 (2018).

El presente artículo aborda, de manera descriptiva e introductoria, las cuestiones relevantes y reglas jurídicas asociadas con las condiciones que la Comisión puede imponer, al tiempo que autoriza una transacción.

2. Premisas iniciales

Como primera premisa, debemos decir que, cuando una transacción se sujeta a evaluación previa por parte de la Comisión, ésta puede decidir entre las siguientes opciones, en función del riesgo de afectación a la competencia generado por la transacción:

Gráfico N° 1



Fuente: Ley 31112
Elaboración: Propia

Se aprecia que una transacción es aprobada con condiciones, cuando genera un riesgo de afectación significativa a la competencia, pero éste es mitigable mediante la adopción de ciertas medidas. No hay ninguna discusión sobre condiciones cuando la autoridad de competencia concluye que los riesgos no pueden mitigarse pues, en este último caso, la autoridad simplemente prohibirá la transacción.

Como segunda premisa, es necesario realizar algunas aclaraciones terminológicas: ¿Da igual referirnos a condiciones, remedios, cargas, medidas

de mitigación, compromisos, etc.? El concepto que engloba a todos estos términos es el de “remedio” o “medida de mitigación”, ambos sinónimos, los cuales aluden a un contrapeso o corrección dirigidos contra un riesgo de afectación a la libre competencia que, de una evaluación prospectiva, pudieran detectarse como efecto de la transacción. En función de las circunstancias en las que se originan, la Ley 31112 se refiere a los remedios como:

Gráfico N° 2



Fuente: Ley 31112 y Reglamento
Elaboración: Propia

Una tercera premisa consiste en aclarar la naturaleza del remedio, en función de su obligatoriedad. El remedio, sea diseñado e impuesto por la autoridad, o diseñado y propuesto como compromiso por la empresa, está necesariamente asociado con la habilitación legal de la transacción evaluada, y no es de obligatorio cumplimiento *per se*.

Cuando el remedio está diseñado para su cumplimiento *antes* del cierre de la transacción -i.e. como medida habilitante para llevarla a cabo- su cumplimiento es potestativo. Tal es así que, en caso las empresas intervinientes decidan no proseguir con el cierre de la transacción y no cumplir así con el remedio asociado, dictado por la autoridad de competencia, no podría existir ninguna consecuencia sancionatoria; no existiría un incumplimiento de deber. Piénsese, por ejemplo, en el caso que la empresa A adquiriera activos de la empresa B y el remedio impuesto consista en

que se excluya del paquete de activos los derechos sobre una marca. Esa exclusión no es obligatoria en sí misma, pero se mantendrá como una *obligación condicional* para las empresas intervinientes en tanto deseen cerrar la transacción.

Cuando el remedio está diseñado para su cumplimiento *después* del cierre de la transacción, su cumplimiento es obligatorio, si y sólo si la transacción se cierra. Por ejemplo, en el contexto de una fusión por absorción entre las empresas A -fabricante- y B -proveedora de insumos para A-, el remedio podría consistir en que A no discrimine a otros posibles proveedores de insumos en favor de B y en perjuicio de terceros (potenciales discriminados). Si la transacción se cierra, la prohibición de discriminación es obligatoria sólo a partir del cierre. En ese punto, ya no se puede hacer referencia a una obligación condicional, sino a un auténtico deber jurídico, cuyo incumplimiento sí resulta sancionable.

Puestas las premisas, a modo de ilustración, describiremos cómo luce una autorización sometida a remedios:

El caso corresponde a una adquisición anunciada en 2009 que se llevaría a cabo entre dos grandes empresas del mundo del entretenimiento en los Estados Unidos. Por un lado, la empresa Ticketmaster Entertainment, Inc. (en adelante, “Ticketmaster”), una empresa líder en el mercado de boletaje (*ticketing*), con una participación aproximada de entre 70 y 80%, así como dedicada a la operación y/o gestión de artistas; y, por otro lado, Live Nation, Inc. (en adelante, “Live Nation”), dedicada a la promoción y organización

de conciertos y festivales, operadora de grandes locales para eventos (anfiteatros, clubs, explanadas, etc.), que -además- había iniciado recientemente un negocio *start up* de *ticketing*)⁶. Esta adquisición recibió mucha oposición de parte de diversos tipos de agentes del mercado, tales como representantes de artistas, empresas organizadoras de eventos y propietarios de espacios para conciertos, quienes veían con preocupación que el negocio de los conciertos podría resultar concentrarse en torno a esta nueva entidad producto de la transacción.

El riesgo denunciado era que Ticketmaster expandiría su control en el mercado de boletaje eliminando a un competidor viable (la *start up* de Live Nation), así como que la transacción crearía un solo agente dominante verticalmente integrado sobre toda la cadena del negocio de los conciertos, desde la gestión de artistas, pasando por la promoción y producción de conciertos, hasta la venta y reventa de boletos⁷:

Ticketmaster ha decidido hacer algo para proteger su dominio del mercado. Una vez que Live Nation inició un servicio rival de venta de boletos, que amenazó con quitarle el 15% del negocio de Ticketmaster, Ticketmaster eligió no competir sino devorarlo.

*Este no es el sueño “americano”, como los declarantes de la empresa podrían hacer creer. Parece ser, simple y llanamente, un comportamiento monopolístico. El único competidor que tuvo la oportunidad de competir es quitado de la foto.*⁸

Contrariamente, de parte de las empresas involucradas en la operación, la consecuente integración

6 Caso 1:10-cv-00139. Puede consultarse la decisión final del 30 de julio de 2010 en: <https://www.justice.gov/atr/case-document/final-judgment-180>. Asimismo, cabe señalar que esta decisión fue materia de un procedimiento de revisión en 2020. Puede consultarse los documentos de dicha revisión aquí: <https://www.justice.gov/atr/case/us-et-al-v-ticketmaster-entertainment-inc-et-al>

7 Ticketmaster había adquirido la empresa de reventa de boletos, TicketsNow.com.

8 Senador Charles Schumer, ante el Subcomité de Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights del Senado de los Estados Unidos. Ver: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-111shrg54048/html/CHRG-111shrg54048.htm>, que contiene, además, las presentaciones de los representantes de Ticketmaster y de Live Nation.

vertical generaba incentivos para preservar una competencia robusta en varios mercados asociados. Así, dado que Ticketmaster se beneficia fundamentalmente del hecho de que los consumidores adquieran boletos, era claro que dicho negocio dependía de la existencia de artistas y bandas de alta calidad, de promotores eficientes y responsables, de locales adecuados y, en general, de una serie de insumos que aseguraran la producción de eventos altamente demandados al menor costo posible.

El caso se resolvió mediante la negociación y diseño de un conjunto de compromisos muy específicos:

1. En primer lugar, se obligaba a la nueva entidad a licenciar su software principal de boletaje a favor de AEG (Anschutz Entertainment Group), un competidor en la promoción de conciertos, a fin de que el naciente *start up* que Live Nation había iniciado y que podría haber generado competencia efectiva a Ticket Master continúe desarrollándose por su cuenta y permita la existencia de un competidor que, eventualmente, pueda resultar una alternativa para los demás operadores u organizadores de conciertos.
2. En segundo lugar, las empresas se comprometieron a vender su unidad de negocios Paciolan a un tercero Comcast-Spectacor. Paciolan permitía a los locales de eventos generar un servicio de boletaje en sus propias páginas web, promoviendo así una integración entre los locales y el boletaje; que es distinta a la integración entre el promotor y el boletaje, representada por AEG. Ambas integraciones representaban modelos de negocio alternativos que podrían competir con la nueva entidad integrada Ticketmaster – Live Nation. Así, los actores independientes podrían elegir entre el modelo Ticketmaster – Live Nation,

el modelo AEG, el modelo Paciolan u otro de su propio diseño.

3. Adicionalmente, se impusieron remedios conductuales por diez años, los cuales consistieron básicamente en prohibiciones de conductas anticompetitivas:
 - La nueva entidad no podría implementar esquemas de empaquetamiento forzoso para apalancar su posición en un mercado hacia otros mercados. Así, por ejemplo, no podría condicionar el acceso al servicio de boletaje de Ticketmaster a la aceptación de los servicios de promoción de Live Nation, o viceversa.
 - Tampoco podría tomar represalias (por ejemplo, negarse a contratar o contratar bajo términos menos favorables) contra los propietarios de locales que contratasen con rivales en la provisión de servicios de boletaje.
 - Asimismo, la nueva entidad estaba prohibida de utilizar la información recabada en la provisión de los servicios de boletaje a terceros, en sus propias actividades de promoción, o gestión de artistas o locales.

El caso expuesto, como podemos ver, ilustra una serie de medidas preparadas para caso concreto que nos ayudan a entender cómo es que transacciones con riesgo de impacto significativo en la competencia de uno o más mercados pueden ser autorizadas bajo medidas de mitigación; en este caso, compromisos.

3. Principios aplicables a la imposición de remedios

Las legislaciones que regulan los sistemas de control previo no suelen desarrollar con detalle los remedios que deben imponerse en cada tipo de caso, pues se asume que éstos deben diseñarse en

función de las características particulares de los mercados involucrados. En este sentido, les basta con otorgar a las autoridades de competencia las facultades necesarias para diseñarlos e imponerlos.

No obstante, es una práctica común de las autoridades de competencia emitir sus propios documentos guía o lineamientos, que no sólo orientan su propio accionar, sino que permiten que los administrados puedan tener algún nivel de predictibilidad respecto de lo que la autoridad podía imponer como remedio; y, mejor aún, permiten que ellos mismos puedan adelantarse y diseñar sus propios remedios, con la finalidad de proponerlos ante la autoridad desde el inicio del procedimiento de autorización.

Algunos de estos documentos más relevantes -por su influencia y/o proximidad geográfica- son los siguientes, que desarrollan principios y reglas aplicables al diseño, implementación y monitoreo de remedios:

- Estados Unidos: *Merger Remedies Manual* (2020), emitido por la división Antitrust del Departamento de Justicia
- Unión Europea: *COMMISSION NOTICE on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under*

Commission Regulation (EC) No 802/2004 (2008), emitido por la Comisión Europea

- Reino Unido: *Merger Remedies* (2018), emitido por la Competition & Markets Authority
- Alemania: *Guidance on Remedies in Merger Control* (2017), emitido por la Bundeskartellamt
- Brasil: *Guia Remédios Antitruste* (2018), publicado por el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE)
- Chile: *Guía de Remedios* (2017), emitida por la Fiscalía Nacional Económica.

A la fecha, Perú no tiene lineamientos sobre remedios, lo cual es entendible, por ahora, porque el sistema general de control previo es de reciente data; sin embargo, ya cuenta con sus *Lineamientos para el cálculo de Umbrales de Notificación*.⁹

Dicho ello, para dar contexto a principios sobre diseño e imposición de remedios, debe recordarse que éstos importan la restricción de derechos preexistentes que, en ausencia de la transacción evaluada y de sus riesgos asociados, podrían ser ejercidos legítimamente por el(los) solicitante(s) y su grupo(s) económico(s). Asimismo, consumen recursos y tienen consecuencias económicas importantes.¹⁰

⁹ Disponible aquí:

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1922701/Lineamientos%20para%20el%20C%C3%A1culo%20de%20los%20Umbrales%20de%20Notificaci%C3%B3n.pdf>

¹⁰ No solo se consume tiempo y esfuerzo en el diseño de remedios por parte de las autoridades de competencia y de cada una de las partes involucradas, así como sus respectivos equipos de asesores, sino que la necesidad de monitorear el cumplimiento de los remedios ha generado un mercado de servicios (supervisión de cumplimiento); y, en ocasiones, los remedios de enajenación se vuelven inmensas transacciones en sí mismas: “La importancia económica de las reparaciones se evidencia en el tamaño de algunas transacciones de desinversión. Las desinversiones, el tipo de solución más común en el control de concentraciones de la [Unión Europea], a veces constituían transacciones muy importantes en sí mismas. Como el tamaño y el alcance geográfico de las fusiones han crecido, de igual modo ha crecido el tamaño y la complejidad de las desinversiones. En 2018, por ejemplo, Bayer, un Multinacional con sede en Alemania, acordó desinvertir parte de su negocio como remedio para obtener la autorización por la adquisición de la empresa estadounidense de semillas Monsanto. La venta resultante, que tenía un valor de 7,6 mil millones de euros, fue una de las mayores desinversiones en la historia de la [Unión Europea] y los Estados Unidos. Otras ofertas recientes han también resultaron en desinversiones muy importantes, incluidos casos como AB InBev / SAB Miller, Dow / DuPont, GE / Alstom, Holcim / Lafarge20 y Ball / Rexam”. Traducción libre de: Simon Vande Walle, *Remedies in EU Merger Control – An Essential Guide*, (2021), working paper disponible aquí: <https://ssrn.com/abstract=3782333>

Así, por ejemplo, la venta de un paquete de activos impuesta como condición a la empresa A para cerrar la adquisición de la empresa B importa una clara intromisión en la libertad contractual de A. ¿Por qué tendría que vender un paquete de activos si no desea hacerlo? En el marco de los sistemas de control previo, se entiende que esa intromisión está justificada en tanto permite mitigar una afectación a otro bien jurídico: la libre competencia. Por ende, los remedios no son sino regulaciones con efectos particulares, aplicables únicamente al solicitante de la autorización; y, siendo ello así, debieran someterse al conocido Test de Proporcionalidad¹¹ y los principios de calidad regulatoria, en cuanto le sean aplicables¹².

De hecho, los remedios pueden entenderse como regulación si se toma en cuenta que ambos enfrentan problemas comunes, en particular, cuando es-

tamos ante posibles remedios conductuales¹³: (i) Asimetría de información, por la que el regulador o la agencia tiene menos información que las empresas respecto de alguna acción posible y, en consecuencia, tiene menos previsión de posibles impactos en la competencia; (ii) Aspectos de la transacción que resulten difíciles de determinar explícitamente, que terminen por acotar el ámbito de protección del remedio; (iii) Existencia de incentivos no alineados entre el regulador/agencia y las empresas; (iv) En mercados dinámicos, siempre es posible la generación de nuevas oportunidades para la competencia, pero también de nuevas estrategias anticompetitivas.

En la experiencia peruana, en los pocos casos que han merecido la imposición de remedios bajo el régimen de la Ley 26876, la Comisión¹⁴ ha dejado claro que la facultad de imponer remedios está

11 En reiteradas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha emitido sentencias en las que ha descrito e identificado los elementos del análisis de razonabilidad de normas o decisiones emanadas de los poderes públicos. La premisa de tales sentencias es que toda norma o decisión emitida por las entidades públicas que limite o restrinja un derecho fundamental debe satisfacer el principio de proporcionalidad (en su acepción clásica de “prohibición de exceso”) que incluye a su vez tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto: “56. El test de razonabilidad o proporcionalidad se realiza a través de tres subprincipios: 1º subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2º subprincipio de necesidad; y 3º subprincipio de proporcionalidad strictu sensu, criterios que en su momento fueran utilizados por este Colegiado en las STC N° 0016-2002-AI y 0008-2003-AI, entre otras.

a) Subprincipio de Idoneidad o Adecuación: De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

b) Subprincipio de Necesidad: Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

c) Subprincipio de Proporcionalidad strictu sensu: Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.”

Ver: Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 6 de junio de 2005, recaída en el Expediente 001-2005-PI/TC, Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por don José Alfredo Chinchay Sánchez, Procurador Público Municipal del Gobierno Provincial de Huarney, antes Municipalidad Provincial de Huarney, contra los artículos 29 y 30 de la Ley N° 27181.

12 Ver: OCDE, *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance* (2005), disponible aquí: <https://www.oecd.org/ft/reformereg/34976533.pdf>. En Perú, puede consultarse: Javier Coronado Saleh, Jean Sánchez Campos y Pamela Fuentes Ramos, *Principios, Definiciones y Estándares del Análisis de Calidad Regulatoria*, (Lima: Indecopi, 2017); Oscar Súmar, ed. *Más allá del análisis económico de la regulación. Mejora regulatoria y enfoques multidisciplinarios* (Lima: Thémis, 2018).

13 John Kwoka y Diana Moss (2012) “Behavioral merger remedies: Evaluation and implications for Antitrust Enforcement”, *Antitrust Bulletin* 57 (4). Págs. 979 y ss.

14 Ver Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC del 16 de noviembre de 2006 y 007-2020/CLC-INDECOPI del 27 de marzo de 2020.

sujeta al principio de razonabilidad previsto en el Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG)¹⁵, y que éste puede asimilarse -efectivamente- al ya aludido Test de Proporcionalidad, aplicado de manera recurrente por el Tribunal Constitucional.

A partir de estas referencias, a continuación, planteamos los principios aplicables al diseño e imposición de remedios:

3.1 Principio del riesgo altamente probable

La facultad de diseñar e imponer remedios requiere la acreditación previa de una futura afectación significativa a la competencia. Además, dado que los efectos de una transacción se evalúan prospectivamente, dicho análisis debe sustentarse con pruebas positivas de hechos y tendencias, y no con meras conjeturas, alegaciones (dichos) o escenarios remotos.

El riesgo debe ser claramente previsible e inminente. Sólo en este escenario puede decirse, en el marco de un sistema de control previo, que *algún* remedio es *necesario*.

El reconocimiento de este principio enlaza con la urgencia de definir un estándar de prueba claro y transparente, que le permita a la Comisión y a los administrados determinar que ciertos efectos negativos se van a producir con un alto grado de probabilidad, a menos de que se apliquen reme-

dios. Sobre este punto, se ha llamado la atención de que existe una injusta *asimetría* en el estándar de prueba requerido para acreditar las eficiencias de una transacción, y el estándar utilizado para acreditar los riesgos de impacto significativo en la competencia. Esta asimetría implícita tiene efectos importantes para el sistema en general, pues no solo dificulta la consecución de adquisiciones socialmente deseables, sino que indirectamente podría facilitar la autorización de algunas adquisiciones socialmente no deseables.¹⁶

3.2 Principio de Especificidad

Los remedios siempre deben estar asociados a riesgos que han sido identificados como efectos de la transacción evaluada, es decir, riesgos inherentes a la transacción, y no a otras situaciones con impacto en la libre competencia que no sean provocadas por la transacción.

Bajo este principio, la autoridad de competencia, al analizar no sólo la transacción sino todo(s) el(los) mercado(s) relevante(s) involucrados, estaría impedida de aprovechar el procedimiento de autorización para examinar la imposición de alguna medida destinada a mejorar el desempeño del mercado en general o de los administrados en particular. A modo de ilustración, un razonamiento en línea con este principio puede encontrarse en la evaluación realizada por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en Chile, entidad encargada de administrar este sistema en el país vecino, al evaluar la concentración entre Luxottica Group

15 TUO de la Ley 27444

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

[...]

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

16 Daniel Crane, "Rethinking Merger Efficiencies" *Michigan Law Review* 110, N° 3 (2011) Págs. 347-91.

(empresa de productos ópticos) y Essilor International (empresa del mismo rubro). En 2018, la FNE emitió un informe en el que identificaba un riesgo de afectación a la libre competencia -en ese caso, la posibilidad de bloquear insumos a otros agentes del mercado (*foreclosure*)- pero que, como dicho riesgo existía previa e independientemente de la transacción, no resultaba adecuado imponer remedios al respecto:

“Esta División considera que actualmente Luxottica cuenta con la habilidad y los incentivos para realizar un bloqueo de insumos. Sin perjuicio de lo anterior, este incentivo y habilidad no se genera producto de la Operación, por lo que no parece adecuado tomar medidas al respecto”¹⁷

Vale recordar que una transacción puede tener impactos en más de un mercado relevante y, dentro del mismo mercado relevante, algunos supuestos hipotéticos pueden implicar más riesgos que otros. En tal sentido, al diseñar un remedio, deberá aislarse ambas variables: (i) el mercado relevante y el mercado afectado; y (ii) las conductas y/o efectos específicos que son materia de preocupación en tales mercados.

Definidas estas variables, es posible utilizar la siguiente pregunta operativa: ¿el riesgo identificado (en el mercado y conducta ya aislados), pre-existe o existe al margen de la operación que está siendo evaluada? Si la respuesta es afirmativa, entonces no estaríamos ante un riesgo inherente de la operación y, como consecuencia de ello, no puede imponerse un remedio.

En este mismo sentido, la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, con ocasión del caso TicketMaster / Live Nation

antes referido, ha señalado que en los sistemas de control previo la autoridad de competencia tiene un rol *limitado*: “al margen de cómo quisiéramos que luzca un mercado, una operación de concentración no nos brinda una invitación abierta a reestructurar la industria o el modelo de negocio de una empresa para hacerlas más amigable frente a los consumidores [...]. Aunque nosotros, en la División Antitrust, trabajamos arduamente para entender e incorporar las tendencias de la industria en nuestro análisis, nuestras facultades de aplicación de la normativa sobre fusiones están limitadas a la transacción que está frente a nosotros. Nosotros trabajamos en el contexto de realidades del mercado; no podemos intentar cambiarlas ni deshacerlas. En un caso particular, la cuestión consiste en determinar si la transacción bajo análisis plantea preocupaciones referidas a la competencia.”¹⁸. En suma, los remedios deben ser idóneos para la mitigación de -únicamente- los riesgos *inherentes* a la transacción evaluada.

3.3 Principio de Idoneidad

La idoneidad o adecuación importan que la restricción en el derecho -en este caso, el remedio- resulte pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar -en este caso, para mitigar el riesgo identificado.

Algunos de los supuestos riesgosos más comunes que pueden identificarse en los mercados relevantes y afectados, a consecuencia de una transacción, son los siguientes:

- La creación o consolidación de una posición dominante (i.e. sin sustitutos razonables, que enfrente únicamente competi-

17 Informe de aprobación del 31 de enero de 2018. Rol FNE F85-2017, emitido por el Jefe de División de Fusiones. Disponible aquí: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/inap_F85_2017.pdf

18 Varney, Christine A. (Assistant Attorney General de la División Antitrust del Departamento de Justicia) (2010): *The Ticketmaster/Live Nation merger review and consent decree in perspective*. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/ticketmasterlive-nation-merger-review-and-consent-decree-perspective>

dores precarios y con recursos, tecnología o influencia limitados. La dominancia importa la capacidad de ejercer poder de mercado (incrementar precios), restringir producción y otras conductas explotativas¹⁹

- La capacidad e incentivos para adoptar conductas aptas para inhibir o frenar la entrada al mercado de nuevos competidores o la expansión de competidores incumbentes
- El favorecimiento de conductas coordinadas²⁰ entre los competidores remanentes sea mediante el ejercicio de la dominancia conjunta (colusión tácita) o prácticas colusorias explícitas. Por ejemplo, la reducción de la presión competitiva debido al menor número de competidores resultante por efecto de la transacción, lo que podría generar un incremento del nivel de precios o un desmejoramiento de las condiciones comerciales existentes. Así también, el favorecimiento de mecanismos de monitoreo de un posible acuerdo y medidas de sanción ante sus desvíos (incumplimientos).
- En transacciones que importan concentraciones verticales²¹, la capacidad e incentivos para bloquear o dar acceso restringido a posibles competidores, respecto de insumos, infraestructura, redes, tecnología o información de propiedad de la empresa concentrada, e incluso clientes, que resulten necesarios para competir de manera efectiva.²²

- La distorsión del proceso competitivo mediante la adquisición desleal de información confidencial.

Cada uno de estos riesgos debe ser adecuadamente delimitado, de modo que la medida de mitigación adecuada sea coherente y justa, además de útil.

En algunos casos, el riesgo está relación con el particular marco regulatorio del sector analizado. Y, en esos casos, la medida a diseñar deberá ser especialmente inteligente. Por ejemplo, mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, en el marco de la aplicación de la Ley 26876 (ya derogada), la Comisión determinó que la toma de control de la empresa CTM (Consorcio Transmantaro S.A.) por parte de ISA (Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.) produciría una integración horizontal un total de 3 empresas en el mercado peruano de transmisión de energía eléctrica. Dado que la operación del sistema eléctrico interconectado nacional es coordinada por un comité donde participan todas las empresas del sector eléctrico (COES), el riesgo detectado era que el grupo concentrado ejerza sus 3 votos, pudiendo tener una injerencia preponderante en las decisiones del subcomité de transmisores, conformado -en ese entonces (2005)- por 5 empresas. Así, el riesgo es era que las decisiones resulten sesgadas en favor de sus intereses particulares y no del mejor funcionamiento del sistema. En ese sentido, una de las condiciones establecidas fue que el grupo

19 Ver: Eleanor Fox, *The Competition Law in the European Union. In comparative perspective* (Nueva York: Thomson Reuters, 2009). Estos efectos son llamados “unilaterales” o “no coordinados”.

20 Ídem.

21 Operaciones verticales son las realizadas entre agentes económicos que participan en niveles distintos de la misma cadena productiva o de valor.

22 Ver: OCDE, *Vertical Mergers, Policy Roundtables* (2007). Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/mergers/39891031.pdf>

ISA sólo ejerza 1 de los 3 votos que le tocaban en el marco de las decisiones al interior del COES.²³

En suma, la idoneidad del remedio importará que su implementación esté directamente -pero también únicamente- orientada a evitar los riesgos de competencia detectados; o que, aceptando su ocurrencia, los efectos en la competencia provocados por la transacción no sean significativos.

3.4 Principio de proporcionalidad

Señala Sullivan que el principio general aplicable a los remedios en los casos de conductas anticompetitivas es que el remedio debe ser proporcional a la infracción²⁴. *Mutatis mutandi*, en los sistemas de control previo, el remedio debe ser proporcional al riesgo identificado.

En línea con este principio y siguiendo el juramento hipocrático de no hacer daño, las autoridades de competencia no sólo debieran preocuparse de que el remedio sea insuficiente frente al riesgo detectado²⁵, sino que de que el remedio pudiera ser demasiado costoso. Esto no sólo para la empresa solicitante sino también para la sociedad en general, estimado en el costo de oportunidad derivado de un remedio innecesariamente excesivo.

Como vimos antes, los beneficios del remedio se visibilizan por su idoneidad para mitigar los riesgos anticompetitivos detectados. No obstante, en relación con los posibles costos del remedio, resulta especialmente importante considerar los siguientes costos:

- Para los administrados: Costo de implementación, ejecución y monitoreo interno del remedio (por ejemplo, en remedios conductuales), así como la pérdida de valor (en caso de enajenaciones que pudieran terminar ventas a precios por debajo de su precio de mercado), de eficiencia productiva (cuando se enajena parte de un negocio que gozaba de sinergias) e innovativa (por ejemplo, cuando los remedios son prohibiciones de hacer).
- De hecho, en mercados de alta innovación y de cambios rápidos, remedios muy severos o agresivos -i.e. de un mayor nivel de afectación de derechos como la desinversión- pueden inhibir innecesariamente los incentivos para competir agresivamente, convirtiéndose en factores retrasantes para la generación de valor y con el consecuente costo de oportunidad social. En ese tipo de mercados (v.g. *big tech*), la interoperabilidad puede resultar un remedio menos gravoso que la partición de empresas.²⁶

23 La Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC estableció 2 condiciones, siendo la primera de ellas:

“[que el Grupo ISA no] ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

Esta condición resulta idónea, necesaria y proporcional en tanto busca asegurar que la operación del Comité de Operación Económica del Sistema – COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico, lo que finalmente, redundará en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica”.

24 E. Thomas Sullivan, *Comparing Antitrust Remedies in the U.S. and E.U.: Advancing a Standard of Proportionality*, Antitrust Bulletin, 48, 377 (2003)

25 Por ejemplo, el *Merger Remedies Manual* (2020), emitido por la división Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, señala como uno de sus principios que “*los paliativos temporales no deben ser utilizados para remediar daños permanentes*”.

26 Herbert Hovenkamp, *Antitrust remedies for Big Tech*, disponible aquí: <https://www.theregreview.org/2021/01/18/hovenkamp-antitrust-remedies-big-tech/>

- Para la sociedad: La búsqueda de estructuras competitivas en el corto plazo a través de los sistemas de control previo puede desincentivar la entrada, la innovación en productos o servicios, canales de distribución o métodos de producción que requieran una mayor escala o integración con servicios agregados o conexos. Este desincentivo puede impactar la competencia en el mediano y largo plazo, provocando un costo de oportunidad para la sociedad.
- Piénsese en mercados donde existen economías de red. Si un mercado se caracteriza porque el servicio ofrecido es más valioso mientras más usuarios lo adopten, pero -a la vez- la autoridad de competencia ve con prejuicios el tamaño de los actores que han logrado una escala determinada, los incentivos para entrar a dicho mercado -o para innovar promoviendo el *multi homing* u otras alternativas- son menores.
- Para la autoridad de competencia: Costo de supervisar y fiscalizar el cumplimiento del remedio.

Además de anotar los costos de los remedios, cabe traer a colación también el “Subprincipio de Necesidad”, que forma parte del ya aludido Test de Proporcionalidad, por el cual no debe existir ninguna otra medida que sea igual de idónea y que sea menos gravosa. Este subprincipio exige la comparación entre medidas alternativas, debiendo optarse por la menos intrusiva.

4. Regulación de los principios para remedios en Perú

La Ley 31112 reconoce expresamente que los principios establecidos en el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG son aplicables al procedimiento administrativo de autorización; y, adicionalmente, menciona los principios de proporcionalidad, transparencia y confidencialidad²⁷.

4.1 Tipos de remedios

Los remedios adoptados son esencialmente de dos tipos: estructurales y conductuales²⁸. Los prime-

²⁷ Ley 31112

Artículo 4. Principios del procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial.

En el procedimiento de control previo, la autoridad tiene en cuenta, además de los principios establecidos en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los siguientes principios:

1. Principio de proporcionalidad: Las decisiones de los órganos competentes, cuando establezcan condiciones, obligaciones de hacer o de no hacer, califiquen infracciones, impongan sanciones o alguna otra medida de restricción de un derecho relativo a la operación de concentración, guardan conformidad con los límites de la facultad atribuida por ley manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba proteger a fin de que respondan a lo estrictamente necesario.

2. Principio de transparencia e independencia: Los órganos competentes actúan en el desarrollo del procedimiento de control previo de manera transparente y con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole, demostrando independencia respecto de sus apreciaciones personales, o de influencias de intereses económicos o políticos. Las entidades o autoridades, funcionarios o servidores públicos o terceros están prohibidos de oponerse, interferir o dificultar el ejercicio de las funciones y atribuciones conferidas por el de la presente ley a los órganos competentes.

3. Principio de confidencialidad: Los órganos competentes guardan reserva respecto de la información a la que tengan acceso en el procedimiento de control previo, otorgándole, en su caso, el carácter de confidencial, evitando que se ponga en peligro el interés legítimo de las empresas o de las personas naturales involucradas. Están prohibidos de divulgar el secreto empresarial, comercial o industrial de los agentes económicos o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad.

[Énfasis y subrayado agregados]

²⁸ También se conocen las medidas semi-estructurales o cuasi-estructurales, que son aquellas “que persiguen restablecer la competencia por la vía de permitir a competidores de la empresa fusionada acceder en términos apropiados a los insumos, infraestructura, redes, tecnología o información de propiedad de esta última que resulten necesarios al efecto”. Ver: Fiscalía Nacional Económica de Chile, *Guía de Remedios* (2017). Pág. 20.

ros son medidas que modifican la estructura de control de empresas, actividades y activos existente, por lo que importan una intervención mucho más intensiva, y típicamente consisten en la enajenación de unidades de negocio enteras²⁹ o de paquetes de activos que tienen la potencialidad de crear o consolidar a un competidor con capacidad de desafiar la posición de la nueva entidad integrada producto de la transacción. Por ejemplo, frente al riesgo de que una fusión genere que el nuevo agente concentrado gane posición de dominio con un 70% de participación de mercado, bajo ciertas condiciones es posible que una medida de enajenación de un bloque patrimonial resulte idónea para que: (i) el agente concentrado sólo llegue a un 50% de participación, mientras que el adquirente de dicho bloque patrimonial se convierta en un competidor efectivo que abarque, digamos, el 40% del mercado.

Las medidas conductuales, por otra parte, son aquellas que no modifican la estructura de control de empresas, actividades y activos existente; sin embargo, sí regulan el ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de contratación, mediante obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Cabe señalar que la línea entre ambos tipos de medidas puede ser borrosa en la práctica; y, de hecho, es común que las transacciones autorizadas “bajo condiciones” o “con compromisos”, en realidad estén sometidas a un conjunto de medidas de ambos tipos y de diversa intensidad.

Cada uno de estos tipos de remedios cuenta con ventajas y desventajas que deben analizarse y balancearse en el caso concreto, en función de las características del mercado, sus barreras a la entrada y su evolución, entre otros factores. Es común encontrar que los problemas asociados a un

determinado tipo de remedio resultan en ventajas del otro:

Remedios estructurales	Remedios conductuales
Objetivos	
Se busca la creación de una nueva entidad competitiva o la consolidación de los competidores existentes.	Buscan controlar el posible ejercicio del poder dominante: explotativo o exclusivo.
Remover vínculos entre competidores.	
Algunos problemas con este tipo de remedios (que resultan en ventajas del otro)	
Son irreversibles	Son más complejos de diseñar
No garantizan la viabilidad económica del bloque o negocio enajenado	Son costosas de implementar debido a que requieren de un monitoreo interno
La asimetría de información en relación con el paquete de enajenación ideal puede distorsionar la efectividad del remedio	Mayores costos de fiscalización para la autoridad de competencia o terceros designados
Riesgos de conductas anticompetitivas entre el nuevo competidor y el competidor concentrado	Es difícil medir su efectividad cuando los bienes o servicios son complejos y el mercado es dinámico

29 Para evitar que se pierdan eficiencias productivas, es recomendable que la enajenación de una unidad de negocio sea integral y no parcial. Sin embargo, esto debe evaluarse en el caso concreto.

Riesgo de que el adquirente de los activos (licitante ganador) no sea el competidor más fuerte o idóneo

Riesgo de pérdida de eficiencia productiva, innovativa y asignativa

Los remedios se podrían limitar a mitigar únicamente aquellas conductas lesivas de la competencia que resulten previsibles al momento de la decisión, dejando por fuera nuevas estrategias de las empresas, no anticipadas por la autoridad.

Como se indica en el cuadro, los remedios estructurales son irreversibles, lo cual acarrea un riesgo y costo de error no podrá corregirse en el futuro; en cambio, los remedios conductuales pueden y suelen ser revisables después de un período de tiempo razonablemente largo. De hecho, en el Perú, la Ley 31112 y su reglamento prevén dos procedimientos de revisión para medidas conductuales:

- Procedimiento de revisión de condiciones por cambio de circunstancias (Art. 19 del Reglamento): Cuando haya ocurrido un cambio en las condiciones de competencia durante el plazo establecido para la revisión de la condición impuesta, la Comisión o la parte afectada con la condición puede iniciar un procedimiento para que ésta sea dejada sin efecto, o modificada.
- Procedimiento de revisión por expiración de la condición impuesta por la autoridad (Art. 18 del Reglamento): Al vencimiento del plazo de la condición, la Comisión debe evaluar si resulta pertinente mantener, modificar o dejar sin efecto la referida condición conductual impuesta.

En el caso de medidas estructurales, éstas no garantizan la viabilidad de mercado de aquellos pa-

quetes de activos enajenados por las partes que llevan a cabo la transacción. Los establecimientos comerciales y plantas de producción, los derechos (patentes, permisos, derechos contractuales, etc.), las marcas, entre otros activos enajenados podrían no sobrevivir en el mercado en manos de sus nuevos titulares (los adquirentes); y, en ese sentido, existe el riesgo de que pierdan valor e incluso, que el comprador termine saliendo del mercado involucrado, sea por mala asunción de riesgos o gestión, ejercicio incorrecto del juicio empresarial o simplemente por efecto del daño concurrencial.

Incluso si el adquirente no sale del mercado, existe riesgo de que algunas eficiencias derivadas de la integración del paquete de activos con sus anteriores titulares -i.e. los involucrados en la transacción- genere pérdidas de eficiencia (ahorros explícitos de costos, *know how*, cultura organizacional, entre otros), lo que importaría una desventaja competitiva y posible debilidad frente al agente concentrado.

De hecho, en nuestra consideración, para hacer una evaluación retrospectiva sobre los efectos de los remedios estructurales frente a los de los conductuales, es preferible realizar estudios de caso frente a agregaciones estadísticas. Un ejemplo puede ayudar a aclarar este punto. Kwoka³⁰ se refiere a uno de los principales estudios retrospectivos para Europa³¹ elaborado por la Dirección General para la Competencia de la Unión Europea y que aborda el período 1996 a 2000, y recoge de dicho reporte que “*el 81% de los casos de enajenación, es decir, medidas estructurales, fueron efectivos o parcialmente efectivos*”. Esta afirmación podría llevar a pensar que los remedios estructurales realmente mitigaron el riesgo detectado. Sin embargo, cuando se examina con cuidado la data y la metodología utilizada, nos encontramos con

30 John Kwoka, *Mergers, Merger control and Remedies. A retrospective analysis of U.S. policy* (Cambridge/London, MIT Press, 2015) Pág. 131-2.

31 European Union Directorate General for Competition, *Merger Remedies Study*, 2005. Disponible aquí: https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf

que los términos “efectivos” o “parcialmente efectivos” se refieren a que, después de 5 años, la empresa que compró todavía estaba en el mercado y que era financieramente sostenible. Este criterio no resulta un buen indicador para determinar si es que ese remedio fue mejor que una medida conductual, porque no explica si es que atenuó o no el riesgo que se había detectado y si es que lo atenuó de la manera menos gravosa posible, que es el estándar que se debería utilizar.

Otro de los problemas que pueden presentarse en el diseño y ejecución de remedios estructurales es la falta de interés de los posibles compradores. Este problema se torna serio cuando la transacción -sometida a dicho remedio- corre el riesgo de no concretarse si no puede realizar la venta del paquete de activos en un plazo razonable. En la práctica, en los sistemas de control previo se aceptan compromisos “alternativos”, a modo de plan B, que consisten en añadir al paquete de desinversión inicial o preferente otros activos no relacionados, pero altamente valorados (llamados “joyas de la corona”), que aumentan el interés por el paquete de desinversión en su conjunto. Por ejemplo, contratos importantes, derechos de propiedad intelectual o instalaciones que no se relacionan con los mercados relevantes donde se detectaron riesgos.

Por el otro lado, existen también problemas inherentes a los remedios conductuales, ya que éstos son más complejos de diseñar, implementar y monitorear. En el caso de los remedios estructurales, una vez que se lleva a cabo la enajenación, en teoría, el problema de competencia estaría resuelto. De otro lado, los remedios conductuales requieren identificar las posibles estrategias de riesgo de parte del agente concentrado, así como cuáles serían exactamente los “*do's and don'ts*” que deberán ser observados por el agente concentrado.

Piénsese, por ejemplo, en una transacción en la que el fabricante del producto P adquiere un distribuidor D1 que, a su vez, compite con otros distribuidores del mismo producto P (D2, D3, etc.). Un primer riesgo previsible puede consistir en que el fabricante le otorgue ciertas ventajas comerciales a ese distribuidor que ahora controla (D1), por lo que un remedio conductual podría consistir en la prohibición de un trato discriminatorio de ese tipo. No obstante, también es posible que ciertas funciones administrativas de ambas empresas (fabricante y D1) sean compartidas en un mismo back office, y que, como consecuencia de ello, ocurra un flujo de la información sensible de los demás distribuidores (D2, D3, etc.) hacia D1 -por ejemplo, ventas, condiciones comerciales, incentivos y metas-, otorgándole así una ventaja competitiva frente a éstos.

Si el remedio no prevé explícitamente una prohibición de compartición de información sensible, la compartición podría darse sin que ello constituya un incumplimiento del remedio. Al contrario, en caso el remedio sí prevea la prohibición de compartición de dicha información, no sólo será necesario organizar y ejecutar un programa de cumplimiento permanente con medidas que aseguren la muralla china (por ejemplo, evitar la concentración de ciertas funciones en las mismas personas), sino que deberá documentarse continuamente para efectos de informar a la autoridad fiscalizadora.

Este problema de capacidad de previsión puede agravarse si los bienes o servicios son complejos y los mercados involucrados son relativamente más dinámicos que el resto, ya que en ellos existe mayor incertidumbre las estrategias defensivas de las empresas incumbentes concentradas, de modo que los remedios pueden convertirse en insuficientes.

Sin embargo, este tipo de argumento llama la atención pues, en la discusión de la política pú-

blica relativa a tener o no un sistema de control previo, sus proponentes dan por sentado que si es posible aproximarse razonablemente a la situación del mercado en el futuro (i.e. post transacción) mediante el estudio de tendencias de oferta y demanda, de las barreras actuales y ciertas asunciones sobre su permanencia, así como de los incentivos y conductas pasados para su extrapolación al futuro.

De hecho, mercados relativamente más dinámicos también pueden generar cambios en los contornos de los mercados relevantes definidos y analizados en el presente (con lo cual puede surgir competencia potencial y efectiva, sin que ello sea estrictamente previsible o medible), así como posibles nuevas estrategias de entrada y captación de clientes.

Un ejemplo de ello son los mercados digitales y de tecnología, donde las transacciones no encajan tan rápidamente en las categorías de concentraciones horizontales, verticales o de conglomerado y, por ende, la “pérdida de un competidor en el mercado” como riesgo de libre competencia resulta forzado y, por ende, la medida estructural parece menos idónea. En estos mercados dinámicos, caracterizados por ser plataformas de dos o más lados y con servicios que evolucionan rompiendo permanentemente los contornos de mercados relevantes firmemente definidos, los riesgos de libre competencia están asociados a la forma cómo interactúan esos mercados y sus respectivos actores, de modo que, remedios conductuales tales como obligaciones de acceso o interoperabilidad, portabilidad de datos o prohibición de trato discriminatorio hacen más sentido. Los múltiples be-

neficios configurados en los cambiantes servicios de estos mercados hacen que los remedios estructurales corran el riesgo de generar una pérdida de valor inmensa para los consumidores.

Un reciente caso vinculado al mercado de tecnología (fabricación de semiconductores, chips y procesadores de aplicativos), ilustra que remedios conductuales bien diseñados (propuestos, en este caso), pueden resultar suficientes: Qualcomm, que tenía la intención de adquirir al fabricante de semiconductores NXP, se obligó ante la Comisión Europea a licenciar a terceros las patentes de NXP, a licenciar la tecnología MIFARE (plataforma de tecnología de seguridad “sin contacto”), a no vender las patentes a terceros sin informar de ello a la autoridad y asegurar que los remedios conductuales sean cumplidos por los compradores, a asegurar la interoperabilidad entre sus productos, los de NXP y los de terceros con determinada tecnología, entre otros remedios conductuales³².

En contexto de bienes y servicios complejos, la flexibilidad de los remedios conductuales es una ventaja. Desde la imposición de un acuerdo de compra, implementación de muralla china, acceso a infraestructura esencial, prohibición de discriminar o de atar bienes o servicios, hasta la limitación de participación accionarial o la inhibición para ejercer derechos de voto, este tipo de remedios pueden adecuarse a cada mercado³³.

Es más, los remedios conductuales pueden ser los mecanismos de corrección temporal, que resultan suficientes cuando se espera que la competencia ingrese al mercado en el mediano plazo. Al respecto, Vande Walle³⁴ narra cómo Francia, Polonia

32 Ver Caso M.8306 – Qualcomm / NXP Semiconductors. Decisión de la Comisión Europea, del 18/01/2018, disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8306_3479_3.pdf

33 En este mismo sentido, puede revisarse el amplio uso de los remedios conductuales de la autoridad de competencia francesa. Ver: Autorité de la Concurrence, Behavioural Remedies (2019), disponible aquí: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-01/eng_comportementaux_final_en.pdf

34 Simon Vande Walle, *Remedies in EU Merger Control - An Essential Guide*, Working paper (2021), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3782333>

e incluso Alemania (que cuenta con una dura política pro remedios estructurales), y luego Italia, se sumaron a urgir a la Comisión Europea para que reconsidere el uso de remedios conductuales, en especial cuando las condiciones de competencia pueden cambiar pronto. Estos llamados fueron una respuesta a la decisión de la Comisión consistente en prohibir la concentración entre *Siemens y Alstom* (2019), dos grandes empresas ferroviarias en Europa. Estas empresas señalaban que la su alianza era necesaria para enfrentarse a un potencial competidor chino, CRRC (*China Railroad Rolling Stock Corporation*); sin embargo, los compromisos ofrecidos fueron rechazados por considerarse complejos y conductuales, y debido a que la Comisión consideró que la entrada de CRRC no era probable. No obstante, en este caso, los remedios conductuales parecían particularmente atractivos para los gobiernos que apoyaron la alianza entre *Siemens y Alstom*, pues tales remedios serían una forma preservar la competencia en el ínterin hasta que la competencia de China se materialice, al tiempo que permitirían que las empresas concentradas permanezcan intactas para competir con dicho rival.³⁵

Hemos planteado algunas ideas respecto de los pros y contras de los remedios estructurales y conductuales con el objeto de disipar a la diseminada idea de que los remedios estructurales deben ser preferidos *a priori*. Esta idea puede corroborarse a partir de la revisión de las guías sobre remedios emitidas por la Unión Europea, los Estados Unidos, Reino Unido, Brasil o Chile (ver Anexo I), que es referente para el Perú³⁶.

Como cada transacción y mercado tiene sus particularidades, es más razonable que las medidas de mitigación a adoptar se evalúen con amplitud

de criterio sin una preferencia de entrada o por *default* por algún tipo de remedio. Así, por ejemplo, recientemente se anunció en Europa que la operación de concentración entre EssilorLuxottica, distribuidor mayorista de las marcas líderes en el mercado de productos ópticos, y una de las más importantes cadenas de ópticas en dicho continente, GrandVision, fue autorizada bajo remedios principalmente estructurales, complementados con remedios conductuales.³⁷

El riesgo de afectación a la competencia surgía, de acuerdo con el análisis de la Comisión Europea, debido a que el principal distribuidor mayorista se estaba concentrando con un importante comercializador minorista de productos ópticos, lo que podría generar capacidad e incentivos para: (i) Que el nuevo agente concentrado excluya del mercado a competidores minoristas, evitando o dificultando su acceso a estas marcas importantes, incrementándoles el precio mayorista o limitando sus opciones de compra de productos; y (ii) Incrementar los precios a los consumidores en sus propias tiendas minoristas (ópticas), en particular, en Italia.

Estos riesgos fueron resueltos a través de compromisos aceptados por la Comisión. Básicamente, los compromisos consistían en vender una serie de tiendas en 3 países claves en donde se había identificado estas situaciones riesgosas: Bélgica, Italia y los Países Bajos:

- En Bélgica, 35 tiendas de la cadena “GrandOptical”, de GrandVision, serían vendidas sin la marca.
- En Italia, la entidad concentrada ofreció enajenar un total de 174 ópticas, tanto de EssilorLuxottica (cadena “VistaSi”) como

35 Ídem.

36 Es más, de la revisión de la guía de remedios de Chile, bien podría llamarse “guía de remedios estructurales”, porque lo que dedica a los remedios conductuales es un 5% de todo el documento.

37 Caso M.9569, disponible para seguimiento en:

https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_9569

de GrandVision (cadena “GrandVision by”), incluyendo la venta de la marca “VisitaSi”.

- En los Países Bajos, se venderían 142 tiendas de la cadena “EyeWish”, junto con la marca. La entidad concentrada podría mantener su propia cadena de ópticas, siempre que le asigne un nuevo nombre comercial.

Finalmente, a efectos de ilustrar el diseño de un remedio conductual puro, podemos mencionar un reciente caso peruano (2020), consistente en la adquisición del control de la empresa Luz del Sur por el grupo China Three Gorges (CTG)³⁸. Luz del Sur es una empresa distribuidora de energía eléctrica, que cuenta con una concesión monopólica para abastecer a Lima Sur y su capacidad de compra de energía para abastecer a usuarios regulados representa un porcentaje significativo.

Antes de la transacción, Luz del Sur ya estaba integrada con una empresa generadora de energía eléctrica (Inland Energy), mientras que CTG controlaba dos empresas generadoras más (Empresa de Generación Huallaga e Hydroglobal), por lo que, según el análisis de la autoridad de competencia peruana, el riesgo a la competencia consistía en que Luz del Sur -con una capacidad de compra importante- podría abastecerse preferencialmente de sus propias generadoras de energía vinculadas mediante contratos directos (llamados bilaterales) y no mediante licitaciones, lo que limitaría el acceso a generadores competidores. En opinión de la autoridad, esto no sólo afectaría la competencia en el segmento de generación, sino que también podría impactar en las tarifas que pagan los usuarios regulados en el mediano y largo plazo.

Esta transacción fue autorizada bajo un remedio conductual puro, acotado al riesgo identificado:

Por 10 años (hasta el año 2030), Luz del Sur no podrá adquirir potencia y energía directamente de las generadoras de su propio grupo económico. En caso quisiera hacerlo, la distribuidora estaría obligada a implementar un procedimiento de licitación, de tal modo que, en caso sus generadoras vinculadas le vendiesen energía eléctrica, esa venta sería consecuencia de un proceso competitivo.

5. Conclusiones

1. En las relaciones entre Derecho y Economía, siempre se ha señalado que el análisis económico le pone límites a lo que los juristas y/o promotores de políticas públicas quieren diseñar como normas jurídicas. No todo lo que se quiere hacer, se puede hacer.
2. Sin embargo, un límite igual de importante es el que el Derecho puede imponer al libre diseño de remedios, sobre la base de la defensa de principios jurídicos básicos. No todo lo que se puede hacer, se debe hacer.
3. Dicho lo anterior y más allá de la discusión legítima sobre la conveniencia y efectos de los sistemas de control previo de concentraciones empresariales, lo cierto es que una vez implementados (como ha sucedido en el Perú a partir de la vigencia de la Ley 31112), se reconoce que las autoridades de competencia pueden autorizar tales operaciones de concentración sujetándolas a determinadas condiciones o remedios, cuando se identifican riesgos de afectación significativa a la competencia.
4. El diseño de remedios debe regirse por principios inspirados en la razonabilidad y el respeto de derechos fundamentales. Así, los principios de Riesgo altamente probable, Especificidad, Idoneidad y Proporcionalidad orientan los es-

38 Ver Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI del 27 de marzo de 2020.

fuerzos de la autoridad de competencia para cumplir con la Ley 31112.

5. Los remedios pueden ser de dos tipos: estructurales y conductuales. Aunque muchas agencias de competencia han establecido expresamente su preferencia por los remedios estructurales, cada uno de estos tipos de remedios cuenta con ventajas y desventajas que deben analizarse y balancearse en el caso concreto, en función de las características del mercado, sus barreras a la entrada y su evolución, entre otros factores.

ANEXO 1

Unión Europea. Comisión Europea, *Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004* (2008):

“commitments which are structural in nature, such as the commitment to sell a business unit, are, as a rule, preferable from the point of view of the Merger Regulation’s objective, inasmuch as such commitments prevent, durably, the competition concerns which would be raised by the merger as notified, and do not, moreover, require medium or long-term monitoring measures. [...]”

Estados Unidos. U.S. Department of Justice, *Merger Remedies Manual* (2020):

“To best achieve the goal of preserving the competition that would have been lost as a standalone business, because it has demonstrated success competing in the relevant market.

[...]

Structural Relief Is the Appropriate Remedy for Both Horizontal and Vertical Mergers Structural remedies are strongly preferred in horizontal and vertical

merger cases because they are clean and certain, effective, and avoid ongoing government entanglement in the market. A carefully crafted divestiture decree is simple, relatively easy to administer, and sure” to preserve competition. Almost all merger remedies are structural. There are limited circumstances, however, when conduct remedies may be appropriate.”

Reino Unido. CMA, *Merger Remedies* (2018):

“Impact on SLC and resulting adverse effects. [...] Restoring this process of rivalry through structural remedies, such as divestitures, which re-establish the structure of the market expected in the absence of the merger, should be expected to address the adverse effects at source. Such remedies are normally preferable to measures that seek to regulate the ongoing behaviour of the merger parties [...]”

Brasil .CADE, *Guia Remédios Antitruste* (2018)

“2.2.1 Preferência por remédios estruturais

Remédios estruturais devem ser considerados prioritariamente, visto que a origem do problema concorrencial reside em mudança na configuração da estrutura de um mercado relevante, em ACs horizontais e ACs verticais. Nesse sentido, um remédio estrutural, tal como um desinvestimento, tende a ser mais efetivo, visto que direciona a causa do dano concorrencial de forma mais direta. Além disso, remédios estruturais trazem menor custo de monitoramento e menor risco de distorções do mercado pelos remédios impostos na operação.”

Chile. FNE, *Guía de Remedios* (2017):

“35. Sin perjuicio de que cada operación de concentración será evaluada conforme a sus propios méritos y circunstancias, por lo general, la FNE exigirá que tratándose de operaciones de concentración horizontal las medidas de mitigación propuestas por las partes impliquen la desinversión de activos a un comprador adecuado. Ello no obsta a que se adopten

otros remedios como complemento a las medidas de desinversión.

[...]

38. Por el contrario, tratándose de los riesgos asociados a operaciones de concentración verticales y de conglomerado, la FNE estará más abierta a considerar medidas de mitigación distintas de la desinversión a un comprador adecuado. Sin embargo, incluso a propósito de este tipo de operaciones la FNE podría preferir la realización de desinversiones cuando aquellas resulten proporcionales.” Págs. 9-10.

BIBLIOGRAFÍA

CADE (Brasil), Guia Remédios Antitruste (2018)

Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC (2006) y 007-2020/CLC-INDECOPI (2020).

Comisión Europea, *Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004* (2008)

Competition and Markets Authority (Reino Unido), Merger Remedies (2018)

Daniel Crane, “Rethinking Merger Efficiencies” Michigan Law Review 110, N° 3 (2011) Págs. 347-91.

E. Thomas Sullivan, Comparing Antitrust Remedies in the U.S. and E.U.: Advancing a Standard of Proportionality, Antitrust Bulletin, 48, 377 (2003)

Eleanor Fox, The Competition Law in the European Union. In comparative perspective (Nueva York: Thomson Reuters, 2009).

European Union Directorate General for Competition, Merger Remedies Study, 2005. Disponible aquí: https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf

Fiscalía Nacional Económica (Chile), Guía de Remedios (2017)

Herbert Hovenkamp, Antitrust remedies for Big Tech, disponible aquí: <https://www.theregreview.org/2021/01/18/hovenkamp-antitrust-remedies-big-tech/>

Javier Coronado Saleh, Jean Sánchez Campos y Pamela Fuentes Ramos, Principios, Definiciones y Estándares del Análisis de Calidad Regulatoria, (Lima: Indecopi, 2017)

John Kwoka y Diana Moss (2012) “Behavioral merger remedies: Evaluation and implications for Antitrust Enforcement”, Antitrust Bulletin 57 (4). Págs. 979 y ss.

John Kwoka, Mergers, Merger control and Remedies. A retrospective analysis of U.S. policy (Cambridge/London, MIT Press, 2015) Pág. 131-2.

OCDE, Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance (2005), disponible aquí: <https://www.oecd.org/fr/reforme-reg/34976533.pdf>

OCDE, Vertical Mergers, Policy Roundtables (2007). Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/mergers/39891031.pdf>

Oscar Súmar, ed. Más allá del análisis económico de la regulación. Mejora regulatoria y enfoques multidisciplinares (Lima: Thémis, 2018).

Simon Vande Walle, Remedies in EU Merger Control - An Essential Guide, Working pa-

per (2021), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3782333>

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente 001-2005-PI/TC, Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por don José Alfredo Chinchay Sánchez, Procurador Público Municipal del Gobierno Provincial de Huarney, ante Municipalidad Provincial de Huarney, contra los artículos 29 y 30 de la Ley N° 27181.

U.S. Department of Justice (Estados Unidos), Merger Remedies Manual (2020)

Varney, Christine: The Ticketmaster/Live Nation merger review and consent decree in perspective (2010). Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/ticketmasterlive-nation-merger-review-and-consent-decree-perspective>