



# El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación<sup>(\*)</sup>

## *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

Tania Zúñiga Fernández<sup>(\*\*)</sup>

Pontificia Universidad Católica del Perú

**Resumen:** La presente contribución analiza los aspectos fundamentales para la regulación del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial en el Perú, bajo los estándares internacionales desarrollados por la UNCTAD, la OECD, la ICN y la Unión Europea. El control de concentraciones constituye un instrumento de política de competencia complementario al control de conductas anticompetitivas y propone el test SIEC (*significant impediment to effective competition*) con enfoque en los efectos anticompetitivos en la estructura del mercado que puedan producir las concentraciones. La relevancia del estudio se explica en el actual contexto del debate legislativo después de casi tres décadas de prolongado dilema sobre la pertinencia de su implementación, de conformidad con el fundamento constitucional que establece el rol del Estado para facilitar y vigilar la libre competencia en una economía social de mercado.

**Palabras Clave:** Libre Competencia - Concentraciones - Fusiones y Adquisiciones - Posición de Dominio - Mercados - Economía - OECD - UNCTAD - ICN - Unión Europea

---

(\*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 29 de abril del 2018 y su publicación fue aprobada el 20 de junio del mismo año.

(\*\*) Doctora en Derecho, Humboldt-Universität zu Berlin, con mención sobresaliente magna cum laude, con especialidad en Derecho Administrativo, Derecho de la Competencia y Derecho de la Energía. Legum Magister (LL.M.) en Derecho Alemán y Derecho Europeo, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho, y de Instrumentos Regulatorios en la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de los Cuerpos Colegiados del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). Miembro fundador de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo (APDA), miembro de la Research Partnership Platform de la División de Políticas de Competencia y Consumidor de la UNCTAD, y miembro de la Academic Society for Competition Law (ASCOLA). Para comentarios sobre el artículo dirigirse a: [tania.zunigaf@pucp.edu.pe](mailto:tania.zunigaf@pucp.edu.pe), [tzunigaf1@gmail.com](mailto:tzunigaf1@gmail.com)

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

**Abstract:** This contribution analyzes the fundamental aspects for the regulation of the procedure for the prior evaluation of concentration operations in Peru, under the international standards developed by UNCTAD, the OECD, the ICN and the European Union. The merger control constitutes an instrument of competition policy complementary to the control of anti-competitive conducts and proposes the SIEC test (*significant impediment to effective competition*) with a focus on the anti-competitive effects in the structure of the market that concentrations may produce. This study is explained in the current context of the legislative debate after almost three decades of prolonged dilemma on the relevance of its implementation, in accordance with the constitutional foundation that establishes the role of the State to facilitate and monitor free competition in a social market economy.

**Sumario:** 1. Introducción\_2. Consideraciones sobre el marco jurídico constitucional\_3. El control de concentraciones en el sector eléctrico\_4. Legislación antitrust en América Latina \_4.1. Inexistencia de un régimen de control de concentraciones en la legislación comunitaria de competencia en la Comunidad Andina\_4.2. Aplicación del control de concentraciones en América Latina\_5. Iniciativas legislativas sobre la regulación del procedimiento de evaluación previa de concentraciones empresariales presentas ante el Congreso de la República\_6. Aspectos a ser considerados en la regulación del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración\_6.1. Sobre la finalidad del procedimiento\_6.2. Las concentraciones empresariales\_6.3. Sujeto del procedimiento: Agente económico y Grupo Económico\_6.4. Principios del procedimiento\_6.5. Inicio y conclusión del procedimiento\_6.6. Colaboración entre entidades e informes no vinculantes durante el procedimiento\_6.7. Los remedios o compromisos ofrecidos por los agentes económicos frente los efectos anticompetitivos de la concentración\_6.8. El paradigma de los “efectos en la estructura del mercado” en la evaluación del procedimiento\_6.9. Revisión del acto de autorización de la operación de concentración empresarial: Nulidad y revocación\_7. Conclusiones\_8. Referencias bibliográficas

### 1. Introducción

El control de concentraciones empresariales es un procedimiento administrativo de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, denominado control *ex ante*, y constituye uno de los instrumentos de la política de competencia. A través del procedimiento se solicita la autorización de la operación privada de concentración

empresarial a la autoridad de competencia, que evaluará los efectos de los cambios en la estructura del mercado con motivo de las fusiones y adquisiciones y otras formas contractuales que impactan en la creación o fortalecimiento de la posición de dominio en el mercado.

Mientras que el procedimiento de evaluación de conductas anticompetitivas, denominado control *ex post*, constituye un procedimiento administrativo sancionador por el cual se someten a investigación y evaluación las conductas de los agentes económicos en el mercado, pudiendo ser calificadas como infracción administrativa y objeto de la imposición de una sanción por parte de la autoridad de competencia, en el caso del procedimiento de evaluación previa, se trata de un procedimiento de autorización de la operación de concentración, el cual actúa como instrumento de prevención de la generación de efectos anticompetitivos en un escenario futuro de conductas de los agentes económicos. En ambos casos, se debe cumplir la función por parte del Estado de tutelar el proceso competitivo en el mercado; es decir, la promoción de la libre competencia y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores; sin embargo, la finalidad del procedimiento y sus características son distintas.

El procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, conocido como control de concentraciones, tiene como objetivo evaluar ciertas operaciones de concentración empresarial, dependiendo si se encuentran dentro del umbral legal, a ser definido de manera clara, cuantificable y objetiva.

En el marco de la convergencia normativa global que promueve la seguridad jurídica de las transacciones internacionales y transfronterizas propias de los mercados



## Tania Zúñiga Fernández

en el contexto de la economía globalizada, en la evaluación de las operaciones de concentración en los mercados, la metodología que se utiliza para evaluar las operaciones de concentración parte de un paradigma de evaluación de la estructura de los mercados sin condenar en absoluto *a priori* el crecimiento externo corporativo de las empresas.

Tanto la identificación de la modificación de la cuota de participación en el mercado (*market share*) como la consecuente determinación del alto o mediano grado de concentración que se alcanza con dicha modificación (*market concentration index*), la cual se mide a través del índice Herfindhal-Hirschman, se presentan como parte de los criterios a considerar en dicho procedimiento. En otras palabras, el grado de concentración del mercado no constituye el único o categórico criterio al momento de evaluar la operación.

Por ello, el procedimiento de evaluación previa de las operaciones de concentración tiene como finalidad determinar si los efectos que producen dichos cambios en la estructura del mercado relevante pueden de manera significativa disminuir, limitar, restringir u obstaculizar la competencia efectiva en el mercado (*significant impediment to effective competition*).

Precisamente debido a ello, la autoridad de competencia debe evaluar no sólo los cambios en la estructura (*structure-based approach*) sino los efectos de esos cambios (*effects-based approach*), a fin de determinar si la operación de concentración afecta la dinámica competitiva de manera significativa y perjudica el bienestar de los consumidores.

En este sentido, la presente contribución analiza en el ámbito de la política de libre competencia, los principales aspectos de este singular procedimiento administrativo de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, denominado control de concentraciones empresariales, o control *ex ante*, destacando el estado actual del tema en cuestión en el Perú que se explica en el ámbito de las iniciativas legislativas presentadas ante el Congreso de la República, los argumentos, recomendaciones, obligaciones de orden internacional y estudios elaborados por organizaciones internacionales como la OECD, Banco Mundial UNCTAD y la Unión Europea que expresan afirmativamente la introducción del control de concentraciones en el Perú.

## 2. Consideraciones sobre el marco jurídico constitucional

La era moderna de la legislación y política de competencia en el Perú comienza con la primera ley de competencia a través del Decreto Legislativo 701 en 1991<sup>(1)</sup>, cuyo artículo 1 señala que la ley “tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en

(1) El Decreto Legislativo No. 701 “Disponen la eliminación de prácticas antimonopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia”, publicado el 5 de noviembre de 1991 fue modificado en diversas oportunidades a través del Decreto Ley No. 25868, Decreto Ley No. 26004, Decreto Legislativo No. 788, Decreto Legislativo No. 887, y finalmente derogado mediante Decreto Legislativo No 1034 “Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas” del 24 de junio de 2008.

(2) Constitución Política de 1979

“Artículo 110.- El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.”

“Artículo 112.- El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionadas, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características.”

“Artículo 113.- El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.”

“Artículo 111.- El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio.”

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores”.

Dicha ley se introduce bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979<sup>(2)</sup>, que había establecido que la iniciativa privada se ejerza en una economía social de mercado<sup>(3)</sup>; sin embargo, aún se manifestaba el modelo de economía planificada bajo el rol empresarial del Estado, el reconocimiento de reservas a cargo del Estado<sup>(4)</sup> así como la prohibición de monopolios privados, mas no los públicos, tal como se había establecido en las Constituciones de 1920 y 1933<sup>(5)</sup>.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993 se renueva el modelo de una Economía Social de Mercado, instaurado por la Constitución Política de 1979, al establecer expresamente en el Título sobre el Régimen Económico el rol subsidiario del Estado en la actividad empresarial<sup>(6)</sup>. Al respecto: “Artículo 58.- Economía Social de Mercado. 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.”

En este sentido, el Estado asume un rol subsidiario en la actividad empresarial, así como un rol facilitador y vigilante de

la libre competencia. El Estado se manifiesta como un Estado facilitador (*enabling state*) de fomento y promoción de condiciones efectivas a través de la tutela de la libertad y la propiedad, y al mismo tiempo como supervisor en tanto se garanticen tales condiciones<sup>(7)</sup>.

Se ha reconocido que la función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58 de la Constitución, y, por otro lado, el artículo 61 confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica o acto que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “En coherencia con tales imperativos [artículos 58 y 61] se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia. De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, la función orientadora del Estado tiene como propósito el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución”<sup>(8)</sup>.

(3) César Ochoa, Economía y Constitución, en Eguiguren, F. (ed.) *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación* (Lima: Cultural Cuzco, 1987), 660.

(4) Constitución Política de 1979

Artículo 114.-Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de dichas actividades a favor de los peruanos.

Artículo 127.-La ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación.

Artículo 152.-La actividad bancaria y financiera cumple función social de apoyo a la economía del país en sus diversas regiones y a todos los sectores de actividad y población de acuerdo con los planes de desarrollo.

(5) Baldo Kresalja, “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”, *Revista Ius et Veritas* 22, (2001): 291.

(6) Constitución Política de 1993

“Artículo 60.- Pluralismo Económico

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.”

(7) Tania Zúñiga. *The Principle of Subsidiarity as the Essential Restriction on Peruvian State Business Activity under Pro-Competitive Conditions* en Drexl & Bagnoli (ed.) (State-initiated restraints of competition Cheltenham: Edward Elgar Publishing UK, 2015), 57-59.

(8) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. No. 008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003.



## Tania Zúñiga Fernández

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que “ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas per se 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. Solo de este modo puede considerarse superado el viejo y equivoco postulado del mercado per se virtuoso y el Estado per se mínimo, para ser remplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: ‘tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario’<sup>(9)</sup>.

Al respecto, la Constitución señala lo siguiente: “Artículo 61.- Libre competencia. 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. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

El fundamento constitucional del desarrollo normativo de la legislación de competencia se encuentra claramente dispuesto en el texto constitucional en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú<sup>(10)</sup>.

Como señalan Kresalja y Ochoa, “la normativa protectora de la libre competencia tiene como finalidad esencial garantizar el correcto funcionamiento de la economía social de mercado como sistema constitucionalmente escogido”<sup>(11)</sup>. Por ello, “la cláusula del Estado Social, al incorporarse al

texto constitucional excluye una interpretación radicalmente individualista de los derechos fundamentales restringiendo el alcance de ciertos derechos económicos”, constituyendo un parámetro de constitucionalidad, un valor interpretativo del resto del ordenamiento jurídico peruano.<sup>(12)</sup>

Establecer los objetivos de política de competencia en un sistema jurídico determinado implica un trabajo altamente sofisticado y delicado. Economías en desarrollo o economías emergentes presentan ciertamente sus propias prioridades en la agenda político-económica y en consecuencia necesitan de políticas ajustadas a sus específicas características.<sup>(13)</sup>

Gal señala que dichos objetivos no sólo son importantes para los agentes en el mercado, también lo son para las autoridades quienes deben interpretar y aplicar la normativa jurídica: “In a small economy it is vital that the goals of competition policy be clearly, consciously, and unambiguously defined, and that economic efficiency be given primacy over other goals. Goals signal to market participants, as well as to the relevant authorities, how the law should be interpreted and implemented. (...). The reason is that in small economies, striking a balance between competing goals raises particularly difficult trade-offs that may create high degrees of uncertainty.”<sup>(14)</sup>

(9) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. No. 0048-2004-PI/TC del 1 de abril de 2005

(10) Tania Zúñiga, *Control de concentraciones económicas, competencia y desarrollo, en Rutas hacia un Perú mejor* (Lima: Editorial Aguilar, 2010), 337-40.

(11) Baldo Kresalja y César Ochoa, *Derecho Constitucional Económico* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009), 493. En ese sentido: César Ochoa, *Bases fundamentales de la Constitución Económica de 1993: Análisis y comentarios* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1993), 90.

(12) Kresalja y Ochoa, *Derecho Constitucional Económico*, 241.

(13) Michal Gal, “Size does matter: The effect of market size on optimal competition policy.” *Southern California Law Review* 74 (2000-2001): 1439-41. En este mismo sentido: William Kovacic, “Institutional foundations for economic legal reform in transition economies: The case of competition policy and antitrust enforcement.” *Chicago Kent Law Review* 77 (2001): 289-90.

(14) Gal, *Size does matter: The effect of market size on optimal competition policy*, 441.



## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

Las corrientes de pensamiento han proporcionado el necesario fundamento teórico para dar lugar al establecimiento de leyes de competencia. Las posiciones teóricas representadas por la teoría de la competencia dinámica, la teoría de la competencia perfecta, la Escuela de Harvard, la Escuela austríaca, la Escuela de Chicago, la teoría de los mercados contestables, así como posiciones teóricas post-Chicago, y aquellas que se vinculan directamente con la Nueva Economía, han participado poniendo énfasis en la forma y alcance de la intervención del Estado en el proceso económico, y el rol que cumple el proceso competitivo en el mercado.

Describir cada una de las teorías escapa a los objetivos del presente artículo. Lo que podemos afirmar, es que pese a existir un importante desarrollo teórico sobre la competencia, no existe un consenso sobre cuáles deberían ser los objetivos del derecho de la competencia. La determinación de los objetivos es un tema que ocupa hasta el día de hoy a académicos, políticos y legisladores en general, porque no se concibe unanimidad.

En resumen, se trata de someter a cuestionamiento las ventajas y desventajas de una intervención del Estado ante las fuerzas del mercado dirigidas por los agentes económicos en un proceso de competencia<sup>(15)</sup>. El diseño del derecho de la competencia en una determinada jurisdicción se compone de factores necesariamente externos a considerar. Es por ello que hoy en día existe cada vez más un interés en determinar guías o lineamientos que sirvan para el diseño de las leyes de competencia en el mundo por parte de la OECD, la UNCTAD, o la ICN<sup>(16)</sup>.

### **3. El control de concentraciones en el sector eléctrico**

En noviembre de 1997 se publica la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, ley

que regula el control de concentraciones empresariales con exclusividad en el sector eléctrico<sup>(17)</sup>, constituyendo la primera ley antitrust que establece la evaluación previa de operaciones de concentración, dirigida a evaluar exclusivamente la estructura del mercado eléctrico.

En este sentido, el artículo 1 la Ley 26876, a la fecha vigente, que regula las operaciones de crecimiento externo corporativo en el sector eléctrico, establece lo siguiente: “ 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 previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.”

El control de concentraciones que establece la Ley 26876 es de notificación obligatoria para las concentraciones de tipo vertical y horizontal<sup>(18)</sup> bajo un determinado umbral: “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 origine la solicitud de autorización, de manera conjunta o

(15) En detalle: Tania Zúñiga, “Control de concentraciones económicas, competencia y desarrollo”, en *Rutas hacia un Perú mejor. Qué hacer y cómo lograrlo*, Germán Alarco coord. (Lima: Aguilar, 2010), 327-351.

(16) La International Competition Network (ICN) es el único cuerpo internacional que discute exclusivamente la legislación de competencia a nivel global y mantiene un contacto regular y dinámico entre todos sus miembros constituido por las autoridades de competencia, desarrollándose una comunidad orientada a establecer puntos de convergencia para enfrentar problemas comunes a través de working groups.

(17) Ley No. 26876 del 05.11.1997; Decreto Supremo No 017-98-ITINCI del 02.10.1998.

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



## Tania Zúñiga Fernández

separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquéllos 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.”

Evaluando en retrospectiva el número reducido de casos, la mayoría autorizados, que ha tenido a su cargo la autoridad de competencia, INDECOPI, se puede identificar que gran parte de las operaciones de concentración reportadas ante la autoridad de competencia han sido autorizadas, algunas bajo condiciones y otras se han encontrado fuera del ámbito de aplicación de la ley<sup>(19)</sup>. Probablemente el más importante pronunciamiento que haya realizado la autoridad de competencia es aquel relacionado con la interpretación del numeral a del artículo 5 de la Ley 26876<sup>(20)</sup> a través de la Resolución No 0623-2014/SDC-INDECOPI<sup>(21)</sup>, por la cual la Sala Especializada en Defensa de la Libre Competencia establece dicho pronunciamiento como precedente de observancia obligatoria.

## 4. Legislación antitrust en América Latina

### 4.1. Inexistencia de un régimen de control de concentraciones en la legislación comunitaria de competencia en la Comunidad Andina

La Comunidad Andina, proceso de integración del cual el Perú es Estado Miembro<sup>(22)</sup>, ha atravesado y atraviesa dificultades en establecer disposiciones comunitarias de inmediata recepción en sus Estados Miembros en materia de libre competencia, en general, y en particular, en cuanto a un procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial.

La Decisión No 608<sup>(23)</sup> de la Comunidad Andina “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, estableció en el año 2005 el marco jurídico comunitario sobre la prohibición y sanción de conductas restrictivas a la libre competencia.

---

“Artículo 2.- (...) c) Concentración Horizontal: Operaciones en las que se encuentran involucradas empresas que desarrollan una sola de las Actividades; d) Concentración Vertical: Operaciones en las que se encuentran involucradas empresas que desarrollan más de una de las Actividades;”

(19) Tania Zúñiga, *Fusionskontrolle in einer “small market economy” in Lateinamerika. Wettbewerbspolitische Untersuchung am Beispiel Peru.* (Baden-Baden: Nomos, 2009), 95-97.

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

“Artículo 5.- Si de la investigación o del procedimiento respectivo resultará que los actos de concentración pudiesen tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, la Comisión de Libre Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su caso, podrán adoptar las siguientes medidas:

a). Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que determine.”

(21) Resolución No. 0623-2014/SDC-INDECOPI - Expediente 005-2006/CLC, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 1° de noviembre de 2014.

(22) La Comunidad Andina se funda en virtud del Acuerdo de Cartagena suscrito el 26 de mayo de 1969.

(23) Decisión No. 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, aprobada en el Período Noventa de Sesiones Ordinarias de la Comisión del 28 de marzo de 2005. Dicha Decisión sustituyó a la Decisión 285 „Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia, del 21 de marzo de 1991, la cual a su vez sustituyó a la Decisión 230 „Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión“ del 11 de diciembre de 1987, y a la Decisión 45 que contiene las “Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión” de diciembre de 1971.

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

Esta norma jurídico-comunitaria reemplazaría a la Decisión No 285, y esta a su vez a la Decisión No 230 y Decisión No 45.

La Decisión No 608 solo contempla disposiciones sobre control de conductas<sup>(24)</sup> en el mercado, mas no respecto de los cambios en la estructura de mercados con motivo de las concentraciones, a través del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial.

Las dificultades en la elaboración de la Decisión No 608 se debió a la inexistencia de un marco regulatorio sobre libre competencia en Bolivia<sup>(25)</sup>, y por aquellos años, Ecuador<sup>(26)</sup> tampoco disponía de una ley de competencia, situación que cambió en el año 2011 con la publicación de su primera ley de competencia.

De acuerdo a ello, se puede traer a consideración la particular diferencia en comparación con el contexto regulatorio en la Unión Europea en el que se aprecia un poder de influencia preponderante en la evolución del Derecho de Competencia desde la Comunidad hacia los Estados Miembros a través de los Tratados fundacionales y la legislación comunitaria derivada que se explica esencialmente con los Reglamentos sobre control de concentraciones, Reglamento No 4064/89 y el de actual vigencia, Reglamento No 139/2004.

#### 4.2. Aplicación del control de concentraciones en América Latina

América Latina presenta una larga historia en lo que concierne al derecho *antitrust*<sup>(27)</sup>. La primera norma de competencia se origina en Argentina<sup>(28)</sup>, con la emisión de la Ley sobre Represión del Monopolio, Ley 11.210 de 1923<sup>(29)</sup>. En la legislación de competencia de Colombia se encuentra el antecedente más antiguo sobre el control de concentraciones económicas. El Artículo 4 de la Ley 155 “Disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”<sup>(30)</sup> de 1959 dispone un control preventivo a través de un procedimiento de registro de la operación de concentración.

La aplicación del control de concentraciones como se observa en la Tabla aparece en las leyes de competencia a inicios de la década de los noventa y su desarrollo normativo incluyendo modificaciones al ordenamiento jurídico y a la creación de instituciones orgánicas se irá presentando a comienzos del nuevo milenio hasta a la actualidad.

(24) Decisión No. 608, Comunidad Andina

“Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas. Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.”

(25) Bolivia, Ley No. 1600, Ley de Regulación Sectorial, Ley SIRESE del 28 de octubre de 1994.

(26) Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, aprobado por la Asamblea Nacional el 29 de septiembre de 2011, publicado el 13 de octubre de 2011.

(27) Malcolm Coate, René Bustamante y A. Rodríguez. “*Antitrust in Latin America: Regulating Government and Business*”. *Inter-American Law Review* 34 (1992): 44.

(28) *Supra* 27; Juan David Gutiérrez. *Competition Laws in Latin America and Caribbean: History, Enforcement and Amendments*. CEDEC - *Competition Law & Economics Working Paper 07-05* (2007): 4. J. Peña. *Competition Police in Latin America, post-Washington Consensus*. En: P. Marsden. (ed.). *Handbook of research in Trans-Atlantic Antitrust* (Cheltenham: Edward Elgar, 2006), 736.

(29) ARGENTINA. Ley. 11.210, Ley sobre Represión del Monopolio del 28.08.1923, que fuera luego modificada por la Ley 25.156, publicada el 20.09.1999.

(30) COLOMBIA. Ley 155 del 14.12.1959, que fuera luego modificada en diversas ocasiones, siendo la ley vigente la Ley No.1340 del 24.07.2009, complementada a través de decretos.





## Tania Zúñiga Fernández

Tabla 1.- Desarrollo legislativo del régimen de control de concentraciones empresariales en América Latina.

1950 - 1980	1990 - 1999	2000 - actualidad
Colombia (1959) Chile (1973)	Venezuela (1991)	Uruguay (2000, 2007)
	México (1992)	El Salvador (2006)
	Colombia (1992)	Honduras (2006)
	Brasil (1994)	Nicaragua (2006)
	Costa Rica (1994)	Panamá (2007)
	Bolivia (1994) <sup>a</sup>	México (2006)
	Panamá (1996)	Ecuador (2011)
	Perú (1997) <sup>b</sup>	Brasil (2012)
	Argentina (1999)	Paraguay (2013)
		Chile (2017)
		Argentina (2018)
		Perú (2018) <sup>c</sup>

Fuente: Elaboración propia. a = Bolivia ejerce el control a través de la Ley del Sistema de Regulación Sectorial en sectores regulados, b = Perú ejerce sólo un control en el sector eléctrico, Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico, c = Debate legislativo de proyectos de ley sobre control de concentraciones

Aún no todos los países tienen una ley de competencia, como el caso de Bolivia y Guatemala, sin embargo este último ejerce el control a través de una ley de regulación sectorial. Por otro

lado, Chile y Argentina son los países que recientemente han modificado su legislación con importantes cambios. En el primer caso, Chile<sup>(31)</sup> ha introducido un control obligatorio modificando el voluntario con la introducción de una ley de competencia con disposiciones sobre el control de concentraciones, y en el caso de Argentina, se ha reformado íntegramente su legislación, que además implica cambios a nivel orgánico en la estructura del Estado.<sup>(32)</sup>

### **5. Iniciativas legislativas sobre la regulación de evaluación previa de concentraciones empresariales presentadas ante el Congreso de la República**

La introducción de un régimen jurídico que regule las concentraciones empresariales ha sido motivo de una interesante saga por la fortaleza y oportunidad de los argumentos a favor y en contra desde la década de los noventa hasta nuestros días.<sup>(33)</sup>

(31) CHILE, Ley No. 20.945, Ley que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, del 19.08.2016.

(32) ARGENTINA, Ley No. 27.442, Ley de Defensa de la Competencia, del 09.05.2018. La Autoridad Nacional de la Competencia estará compuesta por un Tribunal de Defensa de la Competencia (autoridad de aplicación) y dos secretarías: una para la investigación de conductas anticompetitivas y la otra para el control de concentraciones económicas. Además: UNCTAD (2017) Peer Review, Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de la Competencia en Argentina. Ginebra: United Nations.

(33) José Távora. "Las políticas antimonopolio y la promoción de la competencia en el Perú." *Economía* 39-40 (1997): 472-473. Alberto Rebaza. "El Control de adquisiciones y fusiones en la nueva Ley Antimonopolio del Sector Eléctrico: Una raya más al tigre del Intervencionismo." *Themis* 36 (1997): 97-99. Beatriz Boza. "¿Por qué no es conveniente para el Perú contar con una política general de control de fusiones?". *INDECOP*, Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América, (1998): 158-159. Eduardo Quintana. "¿Rezando entre tinieblas?: El credo del control de concentraciones empresariales", *Themis* 39, (2001): 230-232. José Távora, Luis Diez Canseco. "Estabilizando el péndulo: Control de fusiones y concentraciones." *Themis* 47 (2003): 165-168. Verónica Sattler. "Contra el control de fusiones". *Revista de Economía y Derecho* 5 (2005): 73-80. Alfredo Bullard, Alejandro Falla. "Matrimonio con hijos: Sobre el Proyecto de Ley de Competencia" *Revista de Derecho y Economía* (2006): 29-49. Tania Zúñiga, *Control de concentraciones económicas, competencia y desarrollo, en Rutas hacia un Perú mejor*, 327-351. Juan Luis Crucelegui, Tanja Goodwin, Joselyn Olaechea, Gonzalo Ruiz, Tania Zúñiga. "Mesa Redonda Internacional Control de Concentraciones Empresariales: Promoción de la competencia en los mercados." *Derecho & Sociedad* 49 (2017): 277-294.

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

Las dos primeras iniciativas legislativas presentadas en el año 2005<sup>(34)</sup> y 2012<sup>(35)</sup> no obtuvieron un dictamen favorable de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera aunque sí en la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, al menos la iniciativa del año 2012, por lo cual no llegaron a presentarse en el Pleno del Congreso para su discusión.

Con el inicio de un nuevo gobierno en el año 2016, se presentaron durante los periodos legislativos anuales 2016-2017 y 2017-2018 un total de once (11) proyectos de ley que tiene como finalidad la regulación del procedimiento de evaluación previa de concentraciones empresariales<sup>(36)</sup>.

Al respecto, es preciso mencionar que, en el periodo legislativo anual 2016-2017 se creó el Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación del Empleo<sup>(37)</sup> al interior de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, con la misión de coordinar un debate público sobre la posibilidad de la introducción del control previo de concentraciones empresariales en el Perú, iniciando sus sesiones el 5 de diciembre de 2016, y cuyo Informe Final fuera presentado el 15 de marzo 2018, luego de haberse presentado el Anteproyecto de Ley<sup>(38)</sup> y el Proyecto de Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para Promover la Competencia, Proyecto de Ley 2604/2017-CR.

Durante el periodo anual 2016-2017 se llevaron a cabo varias sesiones de la “Mesa de Trabajo de Políticas de Regulación y Control de Proceso de Fusiones y Adquisiciones de Empresas”, en las cuales participaron académicos y expertos, la UNCTAD (United Nations Conference for Trade and Development), representantes del sector público de alto nivel, como los Ministros de Economía y Finanzas, de la Producción, de Comercio y Turismo, el Vice Ministro de Energía del Ministerio de Energía y Minas, la Vice Ministra de Economía, así como los presidentes de los consejos directivos de los organismos reguladores, OSIPTEL (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones), OSINERGMIN (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería), OSITRAN (Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público), la agencia de competencia INDECOPI, así como representantes del sector empresarial, CONFIEP (Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas), SNI (Sociedad Nacional de Industrias), CCL (Cámara de Comercio de Lima), ASBANC (Asociación de Bancos del Perú), Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), la SNMPE (Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía), la Sociedad

(34) El Proyecto de Ley No. 14199/2005-CR fue presentado con fecha 05 de diciembre de 2005 por el congresista Jesús Amado Alvarado Hidalgo.

(35) El Proyecto de Ley No. 972/2011-CR fue presentado con fecha 02 de abril de 2012 por el congresista Jaime Delgado Zegarra.

(36) Cabe indicar, que en mérito a la materia por aprobar, los proyectos de ley presentados usualmente son derivados a la Comisión de Defensa del Consumidor (CODECO), y a la Comisión de Economía (ECONOMÍA), con lo cual se emiten dos dictámenes por cada proyecto de ley.

(37) El Grupo de Trabajo se conformó de manera multipartidaria y estuvo liderado por el Congresista Jorge Del Castillo Gálvez, Presidente de la Célula Parlamentaria Aprista. El Pleno del Congreso de la República aprobó la creación de dicho Grupo de Trabajo al interior de la Comisión de Economía, con motivo de la Moción No. 557 presentada por la Célula Parlamentaria Aprista.

(38) Anteproyecto de Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia elaborado por el Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación del Empleo, 2017.

Puede accederse al texto: [http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2017/Comision\\_de\\_Economia/files/anteproyecto\\_de\\_ley.pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2017/Comision_de_Economia/files/anteproyecto_de_ley.pdf) El Anteproyecto de Ley se presentó el 14 de noviembre en el Congreso de la República, con la presencia de Sr. Juan Luis Crucelegui, alto funcionario y representante de la División de Políticas de Competencia y Consumidor de la UNCTAD, organización que asesoró técnicamente al Grupo de Trabajo en su elaboración, y de la Ministra de Economía y Finanzas, Claudia Cooper.



## Tania Zúñiga Fernández

de Radio y Televisión, la Sociedad de Pesquería, entre otras organizaciones<sup>(39)</sup>.

En primer lugar, el debate se orientó bajo la base de los estudios y recomendaciones de la UNCTAD<sup>(40)</sup> y la OECD.

El Estudio Multidimensional sobre el Perú elaborado por la OECD, y publicado en el año 2015, Capítulo 3 sobre Competitividad y Diversificación Económica en Perú manifestó que el INDECOPI debería contar con un marco regulatorio sobre control de fusiones y adquisiciones, el cual debe ser de naturaleza obligatoria considerando un diseño que ponga especial atención a los umbrales para la evaluación de la operación<sup>(41)</sup>. La importancia de los estudios realizados por la OECD se explica porque el Perú ha manifestado formalmente en el marco del Programa País su interés por ser parte de esta organización.<sup>(42)</sup> La OECD se ha pronunciado a favor de la regulación del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial: “INDECOPI should improve the regulatory framework of cartels

*and other horizontal agreements as well as mergers. Peru’s legislature is already discussing these two aspects as ways to improve efficiency and effectiveness of investigations. First, clarifying the legal standards applicable to cartels and other horizontal agreements is needed. This is particularly relevant in Peru given that from 2008 to 2013 more than 90% of the cases initiated by INDECOPI were linked to cartel–lie agreements and 70% of the fines levied corresponded to those cases. Second, merger control should be improved through the introduction of a compulsory pre-merger notification, with special emphasis placed on acquisitions in recent years calls for a better institutional framework for these operations. In the period 1995-2000, only 3 mergers and acquisitions were present in Peru, while the amount increased to 62 cases in the period 2010-14”<sup>(43)</sup>:*

(39) Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación de Empleo. Informe Final “Análisis de una Política de Regulación y Control de Fusiones y Adquisiciones para prevenir distorsiones del mercado que puedan afectar la libre competencia y los derechos de los consumidores y usuarios” (presentado a la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República el 15 de marzo de 2018), 4.

(40) La Séptima Conferencia UNCTAD sobre “UN Set on Competition Policy” tuvo lugar en Ginebra del 6 al 10 de julio de 2015. La Conferencia revisa el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, y aprueba la vigencia de este instrumento multilateral sobre recomendaciones y principios que deben informar la política de competencia en los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas. El UN Set on Competition Policy fue aprobado en su versión inicial el 5 de diciembre de 1980 en la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución No. 35/63.

(41) OECD, *Multi dimensional Review of Peru*. (Paris: OECD Publishing, 2015), 128-129. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264243279-en> El estudio hace referencia a los siguientes documentos: OECD, *Competition and Market Studies in Latin America: The Case of Chile, Colombia, Costa Rica, Mexico, Panama and Peru*. (Paris: OECD Publishing, 2015). [www.oecd.org/daf/competition/competition-and-market-studies-in-latinamerica2015.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-market-studies-in-latinamerica2015.pdf), OECD/IDB. “Follow-up to the Nine Peer Reviews of Competition Law and Policy of Latin American Countries: Argentina, Brazil, Chile, Colombia, El Salvador, Honduras, Mexico, Panama, and Peru”. (Paris: OECD, 2012). [http://www.oecd.org/daf/competition/2012Follow-upNinePeer%20Review\\_en.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/2012Follow-upNinePeer%20Review_en.pdf)

(42) Al respecto: <http://www.oecd.org/about/secretary-general/lanzamiento-del-programa-pais-de-la-ocde-con-peru.htm> El objetivo del Gobierno peruano es que su participación en el Programa País sea un instrumento para mejorar sus políticas públicas y servir mejor a sus ciudadanos. El “Programa País” (PP) no es un mecanismo de incorporación a la OCDE pero a través de él el Perú muestra el interés y capacidad en efectuar reformas en sus políticas públicas y conducirlas al nivel de los estándares de la OCDE. El 24 de mayo de 2014 el Secretario General de la OCDE, Angel Gurría formalizó la invitación a ser parte del PP a los ministros MRE y MEF, y el 30 de junio el Canciller Gonzalo Gutiérrez, en representación del Gobierno peruano, entregó en París una carta de fecha 26 de junio de 2014 aceptando dicha invitación. En este sentido también: OECD (2015b) *Competition and Market Studies in Latin America: The Case of Chile, Colombia, Costa Rica, Mexico, Panama and Peru*, Paris: OECD Publishing <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-market-studies-in-latinamerica2015.pdf> OECD/ECLAC (2012) *Latin American Economic Outlook 2012: Transforming the State for Development*, Paris: OECD Publishing <http://dx.doi.org/10.1787/leo-2012-en>

(43) OECD, *Multi-dimensional Review of Peru*, 128.

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

Por su parte, la UNCTAD ha manifestado en su oportunidad que las leyes sobre control de concentraciones no constituyen una amenaza a los inversionistas: *“cualquier inversor que venga al Perú quiere saber cuál es la protección que le da la normativa peruana y en el caso de que no haya un control de concentraciones sabe que el mercado tiene una estructura determinada, pero puede variar mediante una operación de fusión que nadie controla, es un elemento negativo para cualquier inversión extranjera. Cualquier inversor extranjero sabe que tiene que pasar por un control de fusiones, no tiene miedo, porque probablemente haya pasado por este proceso en otros países, estamos hablando de grandes corporaciones.”*<sup>(44)</sup>

El sector empresarial encabezado por la CONFIEP ha manifestado que es primordial fortalecer la institucionalidad en general de las instituciones en el Perú, y en particular, en el INDECOPI, para luego pensar en la implementación de un mecanismo de control de concentración empresarial. La mayor preocupación del sector privado se expresa en que se requiere de garantías institucionales mínimas que eviten la corrupción para alcanzar objetivos políticos o personales, que pueda conducir a una toma de decisiones equivocadas, lo cual afectaría el crecimiento y eficiencia del sector privado.<sup>(45)</sup>

Desde el sector académico, por otro lado, se ha expresado una amplia coincidencia en la implementación del control previo de concentraciones empresariales, básicamente bajo las consideraciones de que un control de conductas

es complementario al control de estructura del mercado (control de concentraciones empresariales). El INDECOPI no tiene competencias para evaluar las operaciones de concentración, y *“tan sólo le queda esperar a que se produzcan los supuestos para la aplicación la ley sobre conductas anticompetitivas”*, por lo que el control ex ante complementa la lucha contra los cárteles. En cuanto al aspecto de que el control conlleve a la corrupción *per se* tampoco es cierto, considerando ya existe en el Perú un procedimiento administrativo de evaluación previa sobre operaciones de concentración en el sector eléctrico, y en ese sentido, ningún inversionista ha expresado que debido a ello no va invertir en el Perú o que ello vaya a generar un sistema de corrupción.<sup>(46)</sup> Se señaló que en definitiva el Estado tiene la tarea pendiente en *“poder dotar de un grado mayor de autonomía institucional, incluyendo el proceso de elección del Presidente del INDECOPI y de la composición de las distintas comisiones, así como un presupuesto acorde con los diversos mandatos que la ley le atribuye.”*<sup>(47)</sup>

Por último, el sector académico<sup>(48)</sup> manifestó que una ley antimonopolio no constituye una barrera burocrática ilegal o carente

(44) Entrevista concedida al Diario La República por el representante de la UNCTAD, Juan Luis Crucelegui. <http://larepublica.pe/impresia/economia/827589-la-ley-antimonopolio-se-deberia-dar-con-el-consenso-de-todo-el-congreso>

(45) Al respecto: Cuarta Sesión de la Mesa de Trabajo de Políticas de Regulación y Control de Proceso de Fusiones y Adquisiciones de Empresas, llevada a cabo el día 25 de abril de 2017. Palabras del Presidente de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales, señor Roque Benavides. Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación de Empleo. Informe Final “Análisis de una Política de Regulación y Control de Fusiones y Adquisiciones para prevenir distorsiones del mercado que puedan afectar la libre competencia y los derechos de los consumidores y usuarios”, 2018, 5.

(46) Al respecto Primera Sesión de la Mesa de Trabajo de Políticas de Regulación y Control de Proceso de Fusiones y Adquisiciones de Empresas <https://www.youtube.com/watch?v=oAyGssDDoWQ&t=294s> Asimismo, Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación de Empleo (2018) Informe Final “Análisis de una Política de Regulación y Control de Fusiones y Adquisiciones para prevenir distorsiones del mercado que puedan afectar la libre competencia y los derechos de los consumidores y usuarios”, 7.

(47) Al respecto Cuarta Sesión de la Mesa de Trabajo de Políticas de Regulación y Control de Proceso de Fusiones y Adquisiciones de Empresas, llevada a cabo el día 25 de abril de 2017. En ese sentido se expresaron comentarios y opinión por parte de los profesores y expertos, Tania Zúñiga, Jose Luis Diez Canseco, Jose Távora y Elmer Cuba.

(48) Al respecto Cuarta Sesión de la Mesa de Trabajo de Políticas de Regulación y Control de Proceso de Fusiones y Adquisiciones de Empresas, llevada a cabo el día 25 de abril de 2017. Opinión expresada por Tania Zúñiga en relación al comentario expresado por el representante de la Cámara de Comercio de Lima.



## Tania Zúñiga Fernández

de razonabilidad que restrinja u obstaculice el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, pues “el Decreto Legislativo Nr. 1256 sobre prevención y eliminación de barreras burocráticas no considera a las normas con rango de ley de alcance nacional al amparo de la función legislativa dentro del ámbito de aplicación para la evaluación que realiza la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI”.<sup>(49)</sup>

En cuanto a la autoridad de competencia en el sector telecomunicaciones<sup>(50)</sup>, OSIPTEL, mostró su posición a favor de la implementación de un control de concentraciones, y que se atribuya la función de evaluar al OSIPTEL cuando se trate del mercado de telecomunicaciones.<sup>(51)</sup>

El INDECOPI, por su lado, señaló que debe considerarse tres variables básicas para el diseño normativo del procedimiento de evaluación de las concentraciones, a saber, eficiencia, celeridad y razonabilidad, es decir procedimientos transparentes y expeditivos con dos tipos de plazos dependiendo de la complejidad del caso y permitir que las empresas puedan presentar un compromiso previo que permita arribar al menor impacto negativo de la operación sobre la sociedad. En cuanto a la determinación del umbral deberían considerarse

parámetros transparentes y cuantificables, de conformidad con las prácticas recomendadas por la ICN. Y finalmente, mencionó que el INDECOPI necesitaría cinco (05) millones de soles para poder implementar el control.<sup>(52)</sup>

Bajo este marco, el Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación del Empleo realizó durante un año una labor sostenida del debate público sobre la conveniencia de la introducción y el diseño normativo del procedimiento de evaluación previa de las concentraciones empresariales, a través de las diversas audiencias públicas, tomando en consideración que la materia amerita sea discutida por todos los sectores y actores involucrados, dando lugar a que se manifiesten las posiciones, comentarios, y propuestas alternativas de texto normativo, en su caso, para poder arribar a puntos de convergencia.

El Anteproyecto de Ley que elaboró el Grupo de Trabajo al término de las sesiones de audiencia sirvió para que luego se estableciera

(49) Decreto Legislativo No. 1256 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 08 de diciembre de 2016, Artículo 3, num. 3, 2do párrafo:

“Artículo 3.- Definiciones

(...) Sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven de la aplicación de la normativa correspondiente, no se consideran barreras burocráticas dentro del ámbito de la presente ley:

a. Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros establecidos a través de leyes u otras normas con rango de ley y alcance nacional, emitidas al amparo de la función legislativa.”

(50) Decreto Legislativo No. 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, del 24 de junio de 2008.

“Artículo 17°.- Del OSIPTEL.-

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley No. 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.”

“Disposiciones Complementarias Finales

PRIMERA.- Competencia primaria.-

El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al OSIPTEL según lo establecido en las leyes respectivas. (...).”

(51) Al respecto Segunda Sesión de la Mesa de Trabajo de Políticas de Regulación y Control de Proceso de Fusiones y Adquisiciones de Empresas, llevada a cabo el día 10 de enero de 2017. Opinión del señor Gonzalo Ruiz, Presidente del Consejo Directivo del OSIPTEL.

(52) Al respecto Segunda Sesión de la Mesa de Trabajo de Políticas de Regulación y Control de Proceso de Fusiones y Adquisiciones de Empresas, llevada a cabo el día 10 de enero de 2017. Opinión del Presidente del Consejo Directivo del INDECOPI, señor Ivo Gagliuffi.



## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

un plazo de tres meses para que pueda ser evaluado por los diversos sectores y actores nacionales, así como por parte de las organizaciones internacionales, como fue el caso de la UNCTAD y de la OECD.

La UNCTAD al respecto manifestó: “el control de las fusiones es uno de los principales pilares de un régimen de defensa de la competencia, junto con las normas antimonopolio. Su objetivo es preservar la estructura competitiva de los mercados, a pesar de las operaciones de concentración, absorción o fusión empresarial que se puedan producir en una determinada jurisdicción”, y que, “en términos generales el texto del Anteproyecto se ajusta y es compatible con el estándar internacional en materia de control de concentraciones, en tanto que respeta los principios básicos que debe contener un texto legislativo de estas características.”<sup>(53)</sup>

La OECD por su parte expresó que: “la adopción de un régimen de control de fusiones es bienvenido en Perú. (...) Más de cien jurisdicciones tienen regímenes de control de fusiones como parte de sus leyes de competencia, esto incluye a los países miembros de la OCDE. Estas jurisdicciones reconocen que los problemas de competencia de naturaleza estructural pueden resultar de ciertas transacciones de fusión, y que una norma de control de fusiones puede lograr estructuras de mercado que permitan enfrentar efectos anticompetitivos significativos, difíciles de abordar con eficacia con otras herramientas.”<sup>(54)</sup>

A nivel del sector privado, la CONFIEP indicó que, “se debe tener en cuenta que ya se cuenta con un marco legal que restringe el abuso de posición de dominio por parte de los agentes económicos en el mercado; en ese sentido ¿Cuál es la necesidad de establecer una regulación para el control de fusiones?”. La Sociedad Nacional de Industrias consideró que

“existe amplia evidencia cuantitativa y cualitativa que demuestra que el control previo (*ex ante*) de fusiones y adquisiciones es un mecanismo con altos costos públicos y privados que no es idóneo para preservar la competencia, más todavía en economías como el Perú que cuentan con un control de conductas (*ex post*) que protege la competencia y que presentan características económicas e institucionales que dificultan su implementación”. COMEX cuestionó que entre otros puntos que el Anteproyecto es Inconstitucional: “ninguna disposición del artículo 61 de la Constitución del 93 permite concluir que el marco legal peruano impide la formación de monopolios privados o de empresas con posición de dominio en el mercado.” Finalmente, AFIN agregó que, “El Anteproyecto no solo debería regular el procedimiento de análisis previo de fusiones y adquisiciones, así como los presupuestos que gatillen su aplicación a ciertas operaciones de concentración, sino que también debería prever medidas de orden funcional que permitan implementar el proyecto en las recargadas funciones del INDECOP, sin contratiempos ni carencias.”<sup>(55)</sup>

Como resultado de dicho trabajo, se presentó el Informe Final “Análisis de una Política de Regulación y Control de Fusiones y Adquisiciones para prevenir distorsiones del mercado que puedan afectar la libre competencia y los derechos de los consumidores y usuarios”<sup>(56)</sup> a la Presidencia

(53) Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación de Empleo, 2018, 10.

(54) Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación de Empleo, 11.

(55) Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación de Empleo, 12

(56) Con fecha 15 de marzo de 2018 el Coordinador del Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación del Empleo, Congresista Jorge Del Castillo Gálvez presentó al Presidente de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, Congresista Guido Lombardi, el Informe Final “Análisis de una Política de Regulación y Control de Fusiones y Adquisiciones para prevenir distorsiones del mercado que puedan afectar la libre competencia y los derechos de los consumidores y usuarios”, que documenta el desarrollo del debate nacional sobre la Regulación de Fusiones y Adquisiciones empresariales, comprendido desde el momento de la aprobación del encargo del Pleno del Congreso de la República a dicho Grupo en mérito a la Moción Nro. 557 del 29 de septiembre de 2016 a la fecha de cierre de sus actividades en los periodos legislativos anuales 2016-2017 y 2017-2018.



## Tania Zúñiga Fernández

de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera adjuntándose el texto del Proyecto de Ley. Es así, que con fecha 21 de marzo de 2018 fue presentado ante el Congreso de la República y registrado como Proyecto de Ley N° 2604/2017-CR el “Proyecto de Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia”.<sup>(57)</sup>

A la fecha han sido presentados en el Congreso de la República once (11) proyectos de ley sobre la introducción de un procedimiento administrativo de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, sin embargo no todos los proyectos de ley presentan un impecable conocimiento de la materia a regular, lo cual conllevaría a descartar muchos de ellos, por no guardar conformidad con los estándares y prácticas internacionales así como las recomendaciones de organizaciones internacionales como la OECD, UNCTAD y la ICN.

De los once proyectos de ley, seis de ellos esperan ser derivados a la Comisión de Economía, a saber los Proyectos de Ley N° 2558/2017-CR, 2569/2017-CR, 2604/2017-CR, 2634/2017-CR, 2654/2017-CR y 2660/2017-CR. La Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de Servicio Público ya ha recibido los once proyectos, pero aún no se aprueba el dictamen correspondiente, por lo que la labor legislativa se prolongaría para el periodo legislativo anual 2018-2019.

Uno de los puntos más controvertidos que comunica a todos los proyectos de ley es la definición del umbral, es decir, el parámetro cuantificable, selectivo y objetivo a partir del cual se le atribuye a la autoridad de competencia la potestad de evaluar una operación de concentración, el cual se establece de acuerdo a las características de la economía nacional, con criterios razonables que permitan alcanzar un equilibrio adecuado entre los costos de transacción asociados a la evaluación, la carga administrativa que la autoridad deberá asumir, la protección de la libre iniciativa privada y la libertad

de empresa, así como la prevención de los riesgos para la competencia efectiva en los mercados.<sup>(58)</sup>

El Proyecto de Ley N° 2604 que es el resultado de las audiencias públicas y de comentarios sobre el Anteproyecto de Ley, propone como umbral lo siguiente: “Una concentración empresarial deberá sujetarse al procedimiento de evaluación previa cuando de manera concurrente se cumpla lo siguiente: a) La suma del valor de las ventas brutas totales en el país de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 120 000 (ciento veinte mil) Unidades Impositivas Tributarias, y b) El valor de las ventas brutas totales en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 20 000 (veinte mil) Unidades Impositivas Tributarias.”

Al respecto, existen proyectos de ley (PL) que han regulado este aspecto tomando en consideración el parámetro no recomendado por la ICN pues manifiestan un umbral calculado sobre la base de la cuota de mercado de los agentes económicos que participan en la operación de concentración y no en la determinación del volumen de ventas de los referidos agentes partícipes.<sup>(59)</sup>

La ICN ha manifestado que este tipo de criterios resulta menos adecuado para determinar con carácter previo si una

- (57) Proyecto de Ley No. 2604 “Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia. [http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Proyectos\\_de\\_Ley\\_y\\_de\\_Resoluciones\\_Legislativas/PL0260420180321.pdf](http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0260420180321.pdf) Al respecto: <https://elcomercio.pe/economia/peru/hay-debate-control-previo-fusiones-noticia-506053>
- (58) Artículo 3, numeral 1 del Anteproyecto de Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia elaborado por el Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación del Empleo, 2017.
- (59) Al respecto: PL 353/2016-CR, PL 2398/2017-CR, PL 2431/2017-CR, PL 2558/2017-CR, PL 2567/2017-CR, PL 2634/2017-CR.

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

Tabla 2.- Proyectos de ley sobre control de concentraciones empresariales presentados ante el Congreso de la República

Nº	PROYECTO DE LEY	SUMILLA	GRUPO PARLAMENTARIO
1	353/2016-CR	Ley de control previo de fusiones, adquisiciones o concentraciones empresariales para cautelar la libre competencia y el bienestar de los consumidores	Acción Popular
2	367/2016-CR	Ley de promoción de la libre competencia y la eficiencia en los mercados para la protección de los consumidores	Frente Amplio por la Justicia y Libertad
3	2398/2017-CR	Ley antimonopolio y antioligopolio empresarial	Célula Parlamentaria Aprista
4	2431/2017-CR	Ley que regula el abuso de posiciones dominantes o monopólicas del mercado	Alianza para el Progreso
5	2558/2017-CR	Ley de evaluación previa de los actos de concentración económica	Fuerza Popular
6	2567/2017-CR	Ley que establece la autorización previa por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, tratándose de concentraciones de tipo vertical y horizontal que se produzcan en las actividades de salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura	Fuerza Popular
7	2569/2017-CR	Ley que modifica los artículos 346, 347 y 552 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, referente a las fusiones de sociedades	Fuerza Popular
8	2604/2017-CR *	Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia*	Célula Parlamentaria Aprista Proyecto de Ley multipartidario
9	2634/2017-CR	Ley de control de estructuras para las operaciones de concentración económica	Fuerza Popular
10	2654/2017-CR	Ley que regula el procedimiento de autorización previa y posterior de actos de concentración económica y garantiza la libre competencia	Alianza para el Progreso
11	2660/2017-CR	Ley de prevención de concentraciones empresariales para el fortalecimiento de la libre competencia y defensa del interés del consumidor	Fuerza Popular

Fuente: Elaboración propia de acuerdo a la información disponible en la página web del Congreso de la República.\*El Proyecto de Ley Nro. 2604 fue el resultado de la labor legislativa del Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación de Empleo, adscrito a la Comisión de Economía del Congreso, encargado por el Pleno del Congreso de coordinar el debate nacional sobre la Regulación y Control de Fusiones y Adquisiciones.

concentración es susceptible de notificación. Según las Prácticas Recomendables para Procedimientos de Notificación de Concentraciones de la ICN, los umbrales de notificación deberán basarse exclusivamente en criterios objetivamente cuantificables, por ejemplo, el valor de los activos o el volumen de ventas o de negocio.<sup>60</sup> Y es que resulta que la determinación de la cuota de mercado conlleva cierto nivel de inseguridad frente a la propia definición del mercado relevante que debe realizar el sujeto privado antes del procedimiento de evaluación a cargo de la autoridad, es decir con la información y criterios que tenga a su disposición y considere, bajo su propio riesgo, de que ante la duda de estar o no bajo la dimensión predeterminada de la cuota de mercado, e indudablemente deba proceder a notificar la operación, a solicitar la autorización mediante el inicio del procedimiento administrativo.

Por otro lado, se advierte en algunos proyectos de ley<sup>(61)</sup> una fórmula legal que no logra establecer con claridad una diferencia entre el control de conductas y el control de estructura del mercado al determinar la naturaleza y características del procedimiento. El abuso de posición dominante o monopólica corresponde a la evaluación que realiza la autoridad de competencia en el marco del control ex post o denominado control de conductas.

El abuso de posición de dominio se manifiesta en una actuación concreta en el proceso competitivo en el mercado, y su regulación corresponde a la evaluación del control ex post, hoy en día regulado a través del Decreto Legislativo N° 1034 que aprueba la Ley de

(60) International Competition Network. Merger Group. "Prácticas recomendables para procedimientos de notificación de concentraciones." II. Umbrales de notificación, B. Los umbrales de notificación deben basarse en criterios objetivamente cuantificables, 2002, 4.

(61) PL 353/2016-CR, PL 2398/2017-CR, PL 2431/2017-CR, PL 2567/2017-CR, PL 2654/2017-CR.



## Tania Zúñiga Fernández

represión de conductas anticompetitivas, en particular el artículo 10° sobre el abuso de posición de dominio.<sup>(62)</sup>

También existe una marcada posición mayoritaria que reconoce al INDECOPÍ como única autoridad de competencia, siendo la Comisión de Libre Competencia la primera instancia administrativa, y el Tribunal del INDECOPÍ, la segunda y última instancia administrativa, dejando al OSIPTEL como autoridad de competencia para conductas anticompetitivas, mas no para el procedimiento de evaluación previa de concentraciones empresariales.

En resumen, se podría afirmar con respecto de las iniciativas legislativas presentadas a la fecha lo siguiente: i) Los once proyectos de ley tienen en común el interés por regular el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial; sin embargo, muchos de ellos tienen defectos de orden teórico, ii) Los proyectos de ley deben ser evaluados a la luz de los estándares y prácticas internacionales, tanto en la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de Servicios Públicos, como en la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, y recibir dictámenes por cada una, a fin de que sea discutido en el Pleno del Congreso, iii) Han transcurrido veintisiete (27) años desde la entrada en vigencia de la primera ley de competencia en el Perú, y aún no se cuenta con un procedimiento a través del cual se pueda evaluar las operaciones de concentración empresarial.

### **6. Aspectos a ser considerados en la regulación del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración**

Para que los agentes privados puedan considerar que la operación privada está sujeta al procedimiento de evaluación

previa, deben cumplirse necesariamente dos condiciones: 1) Que la operación privada se encuentre dentro de la definición de “concentración empresarial”, y 2) Que dicha operación privada se encuentre comprendida dentro del “umbral” establecido por la ley.

En virtud del principio de legalidad, las condiciones expuestas deben ser precisadas en la ley y describir exactamente sus alcances. Para ello, un complemento importante es la vía reglamentaria, y los lineamientos para su adecuada implementación.

A continuación se detallan los principales aspectos del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración, a ser considerados en su regulación.<sup>63</sup>

#### **6.1. Sobre la finalidad del procedimiento**

Las concentraciones empresariales son operaciones privadas que explican el crecimiento externo corporativo. Estas operaciones *per definitionem* no conspiran contra el mercado; sin embargo, algunas concentraciones pueden limitar u obstaculizar la competencia efectiva en el mercado.

Y es que, el Estado cumple y debe cumplir un rol facilitador y vigilante. El rol garante se pronuncia en el proceso competitivo frente a las fallas del mercado, relativas a los efectos anticompetitivos de los cambios en la estructura del mercado y a las situaciones de monopolio, u oligopolio expresadas en un

(62) Decreto Legislativo No. 1034

Artículo 10°.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

(63) Al respecto se hace mención al Anteproyecto y al Proyecto de Ley No. 2604, ambos productos elaborados al interior del Grupo de Trabajo y Promoción del Empleo, creado con la misión específica de llevar a cabo un debate público nacional sobre el control de concentraciones empresariales. Los documentos contaron con la asesoría técnica de la División de Política de Competencia y Consumidor de la UNCTAD. El Anteproyecto recibió comentarios de la División de Competencia de la OECD. Ambos documentos fueron elaborados por la autora del presente artículo.

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

alto nivel de concentración del mercado que conduzcan a la creación o fortalecimiento de una posición de dominio en el mercado.

Establecer las características del procedimiento de evaluación previa de concentraciones debe ser una tarea que el legislador lleve a cabo con precisión y conocimiento. Por ello, la ICN ha señalado en las Prácticas Recomendadas para el Análisis de Concentraciones Económicas que: “*las leyes y políticas para el análisis de concentraciones deben proporcionar a las agencias de competencia la habilidad de diferenciar las concentraciones que tienen un improbable efecto anticompetitivo significativo de aquellas que requieren más análisis. La identificación de las concentraciones que potencialmente amenazan con afectar la competencia, así como la revisión expedita y clara de concentraciones no problemáticas pueden llevar a la utilización más efectiva del uso de los recursos de la agencia así como un análisis más efectivo de los criterios legales y los asuntos económicos.*”<sup>(64)</sup>

En esa misma línea, afirma Gal refiriéndose al marco legal para el control de concentraciones: “*Merger control is one of the most effective competition policy tools available to regulate market power. (...) Merger policy is highly important for small economies, as mergers are one of the main driving forces behind changes in concentrated market structures. (...) A flexible merger approach may also be justified by the role mergers play as catalysts for efficiency and new investments*”<sup>(65)</sup>

Por su parte, la Ley Modelo de Competencia elaborada por la UNCTAD señala como objetivo de un control de concentraciones lo siguiente: “*Controlar o eliminar (...) las fusiones y adquisiciones, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico.*”<sup>(66)</sup>

En efecto, si bien la mayoría de los regímenes relativos a la competencia que existen en el mundo prevén normas de control de las fusiones, el contenido y el cumplimiento (*enforcement*) de esas normas varían de una jurisdicción a otra, y las diferencias entre uno y otro régimen se relaciona con los siguientes aspectos: “*i) Las disposiciones legales y la política de cumplimiento relacionadas con los distintos tipos de fusiones; ii) Los factores estructurales y de comportamiento considerados y su importancia relativa, incluida la cuota de mercado y/o los volúmenes de negocios que dan lugar a que las autoridades de defensa de la competencia analicen la situación, iii) los criterios de incompatibilidad con la libre competencia que deben cumplirse antes de que se pueda prohibir una determinada operación; iv) El tratamiento de las mejoras de eficiencia y de los criterios no relacionados con la competencia; v) El alcance y la estructura de las excepciones; vi) Las disposiciones de procedimiento, como la notificación voluntaria u obligatoria en el caso de las fusiones de empresas que cumplen determinados requisitos de volumen de negocios o cuota de mercado, o vii) las posibilidades ex post facto de tomar medidas en contra de las fusiones, y las medidas correctivas o sanciones*”.<sup>(67)</sup>

El objetivo se orienta a la promoción de la libre competencia, autorizando aquellos actos que no provoquen una disminución sustancial de la competencia efectiva en el mercado o que se demuestre que generan eficiencias económicas que compensan

(64) ICN. Prácticas recomendadas para el análisis de concentraciones económicas (2012), 1. Ver I.A. El propósito del análisis de las leyes de competencia para concentraciones es identificar y prevenir o remediar solamente las concentraciones que pueden dañar significativamente a la competencia.

(65) Gal, *Competition Policy for Small Market Economies*, 194-195; Gal, *Size Does Matter: The Effect of Market Size on Optimal Competition Policy*, 1441.

(66) El capítulo VI de la Ley Modelo de Competencia (Model Law on Competition) está reservado para las fusiones.

(67) UNCTAD. Model Law on Competition. Capítulo VI numerales 2 y 4, 2010.





## Tania Zúñiga Fernández

dichos efectos restrictivos y mejoran el bienestar de los consumidores. Una ley en este sentido beneficiaría en primer lugar a los consumidores, como beneficiarios directos, que en ausencia de un control de concentraciones, podrían resultar perjudicados si es que dicha operación se ejecuta, y no se conseguirían eficiencias económicas.

La mayor parte de los proyectos de ley presentados ante el Congreso de la República presentan una influencia de la legislación comunitaria europea, por la instauración del test del significativo impedimento de la competencia efectiva (“*significant impediment to effective competition*”, o *test SIEC*)<sup>(68)</sup>, que en gran medida es el resultado de la convergencia normativa global en materia de procedimientos de evaluación previa de operaciones de concentración, aunque algunos proyectos presentan características del test de la dominancia (“*dominance test*”) en el que se condena *per se* la creación o fortalecimiento de la posición de dominio.

Precisamente, debido a tal convergencia, se reconoce conjuntamente con el test SIEC el valor de la defensa de las eficiencias (“*efficiency defense*”) por el cual una operación de concentración cuyo índice de concentración sea alto o muy alto no se autorizaba. Hoy en día, si las empresas solicitantes demuestran la existencia de eficiencias económicas que compensen los potenciales efectos restrictivos a la competencia identificados (“*trade off*”) y puedan mejorar el bienestar de los consumidores, se puede autorizar, siempre que el beneficio derivado de la operación, se transfiera a los consumidores, sea intrínseco y verificable.

Al respecto cabe señalar que el Acuerdo Comercial Multipartes suscrito por el Perú<sup>(69)</sup> con la Unión Europea en

el año 2013 manifiesta en el artículo 259 de manera explícita el test de evaluación de las operaciones de concentración empresarial: “*Objetivos y principios: 1. Reconociendo la importancia de la libre competencia y que las prácticas anticompetitivas tienen el potencial de distorsionar el adecuado funcionamiento de los mercados, afectar el desarrollo económico y social, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor y menoscabar los beneficios resultantes de la aplicación de este Acuerdo, las Partes aplicarán sus respectivas políticas y leyes de competencia. 2. Las Partes acuerdan que las siguientes prácticas son incompatibles con el presente Acuerdo en la medida que dichas prácticas puedan afectar el comercio y la inversión entre las Partes: (...) (c) concentraciones de empresas, que obstaculice significativamente la competencia efectiva, en particular como resultado de la creación o fortalecimiento de una posición dominante de conformidad con lo dispuesto en sus respectivas leyes de competencia.*”<sup>(70)</sup>

El Perú ha venido implementando en general, los compromisos comerciales para dar a luz a disposiciones en el marco del Derecho de la Competencia, como fue el caso del Decreto Legislativo N° 1034 que regula las conductas anticompetitivas, en mérito al Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos de América. Sin embargo, aún permanece pendiente la implementación del Acuerdo

(68) Unión Europea, Reglamento (CE) No. 139/2004, Reglamento sobre el control de concentraciones entre empresas, publicado el 29 de enero de 2004 y entró en vigencia el 1 de mayo de 2004.

“Artículo 2. Evaluación de las concentraciones

3. Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común.”

(69) El Estado Peruano suscribió con la Unión Europea y de manera conjunta con la República de Colombia, el Acuerdo Comercial con fecha 26 de junio de 2012 en la ciudad de Bruselas, entrando en vigencia el 1° de marzo de 2013.

(70) El correlato normativo del artículo 259 del referido Acuerdo Comercial se encuentra en el artículo 2°, numeral 3 del Reglamento (CE) N° 139/2004. Al respecto comparar: Tania Zúñiga, Control de concentraciones empresariales en la Unión Europea: integración económica, defensa de la eficiencias y protección de los consumidores, en: Jaime Delgado (ed.) ¿Competidores o monopolistas? (Lima: Gaceta Jurídica, 2012), 124-125.

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

Comercial Multipartes con la Unión Europea, para la regulación de las concentraciones empresariales.<sup>(71)</sup>

#### 6.2. Las concentraciones empresariales

Al definir las operaciones de concentración sujetas al procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, se puede identificar a nivel comparado que, los criterios para establecer dicho alcance se expresan en: 1) Cambio o modificación permanente de la estructura societaria de una de las empresas involucradas, 2) Poder decisivo de control sobre la empresa absorbida, 3) En el caso, de la creación de una empresa en común o la adquisición del control conjunto sobre una empresa, ésta debe desempeñar con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tener por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, 4) Cuando se puede ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, que resulte de: i) la titularidad de derechos (propiedad o de uso) a través de contratos u otros medios, sobre la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; o, ii) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.<sup>(72)</sup>

Sin embargo, no se produce operación de concentración cuando: a) las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros cuya actividad normal constituya la negociación y transacción de títulos, por cuenta propia o de terceros, posean con carácter temporal participaciones que hayan adquirido de una empresa con la finalidad de revenderlas, siempre que no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas participaciones con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa, b) el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo.

Al respecto, el artículo 3 del Proyecto de Ley N° 2604-2017-CR señala el alcance de la definición de operación de concentración para efectos de entender el ámbito de aplicación: “Se entiende que se produce una operación de concentración empresarial sujeta al procedimiento de evaluación previa a todo acto o acuerdo que constituya un cambio duradero del control de la totalidad o parte, de uno o de varios agentes económicos. Dichas concentraciones se explican como consecuencia de: a) La fusión de dos o más agentes económicos, los cuales antes de la operación eran independientes, cualquiera sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión, b) La adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos, c) La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí, de una empresa en común, joint venture o cualquier otra modalidad contractual análoga, que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos, de tal forma que dicho agente económico desempeñe de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma, d) La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.”

Uno de los casos que podría ser de objeto singular de análisis es el caso de los *joint venture*, como acuerdos de cooperación

(71) Tania Zúñiga, Control de concentraciones empresariales en una economía social de mercado, en Carlos Gonzales, Thilo Rensmann, Manuel Tirard (editores.) *Los aspectos culturales del Estado constitucional* (Dresden: TUD Press, 2015), 144-145. Tania Zúñiga. “El Control de Concentraciones Empresariales: aspectos sustantivos para su introducción en el Perú” en Pólemos-Portal Jurídico Interdisciplinario. Tomado de: <http://polemos.pe/2014/04/el-control-de-concentraciones-empresariales-aspectos-sustantivos-para-su-introduccion-en-el-peru/>

(72) Al respecto: UK Competition and Markets Authority; Merger Guidance Bundeskartellamt, Leaflet on the German Control of Concentrations; US, Horizontal Merger Guidelines; UE, Merger Guidelines; UE, Reglamento (CE) No. 139/2004.



## Tania Zúñiga Fernández

empresarial, es decir aquellos *joint venture* de tipo contractual, no el de tipo societario. Ello, en tanto se podrían generar efectos anticompetitivos encubiertos tras la cooperación empresarial aparentemente inocua, ya que se generan beneficios o eficiencias al permitir sinergias entre las partes al tener habilidades o activos complementarios permitiendo emprendimientos productivos, pero también podría facilitar una colusión explícita o tácita generando restricciones frente a otros competidores o el incremento del poder de mercado. En todos los casos de *joint venture* concentrativos, el sujeto privado tendrá la carga de la prueba de probar la generación de eficiencias para compensar los efectos anticompetitivos.<sup>(73)</sup> En el derecho comparado, la regulación norteamericana para ello ha previsto que las operaciones de tipo concentrativo tendrían que reunir ciertas características (*full-integrated*)<sup>(74)</sup> Asimismo, la Unión Europea ha previsto el concepto de *joint ventures* de plenas funciones (*full functions*) a fin de definir las características en el orden de orden concentrativo.<sup>(75)</sup>

Lo más importante al momento de determinar si existe o no una concentración es definir e identificar el concepto del control. Como señala la UNCTAD: “*El concepto de control en este ámbito es de naturaleza sustantiva y depende exclusivamente de la capacidad de una persona o una empresa para ejercer una influencia decisiva sobre otra.*”<sup>(76)</sup>

El Reglamento europeo sobre control de concentraciones señala: “*Es preciso definir el concepto de concentración de forma que abarque las operaciones que den lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y, por tanto, en la estructura del mercado. En consecuencia, resulta adecuado incluir también (...) a las empresas en participación que ejerzan de forma duradera todas las funciones propias*

*de una entidad económica autónoma. Es preciso, además, considerar como una sola concentración transacciones estrechamente conectadas por estar relacionadas mediante condición o adoptar la forma de una serie de transacciones sobre títulos mobiliarios realizadas en un plazo razonablemente corto de tiempo.*”

En general, las operaciones de concentración comprenden diversos tipos de figuras contractuales, y habrá que evaluar sus características y las implicancias que pueden tener en el proceso competitivo para identificar si ingresan o no dentro del ámbito de aplicación de una ley de control de concentraciones empresariales.

### 6.3. Sujeto del procedimiento: Agente económico y Grupo Económico

Al mismo tiempo, sobre los sujetos del procedimiento, el alcance de las definiciones sobre agente económico y grupo económico, el artículo 3 del Proyecto Ley N° 2604-2017-CR indica lo siguiente: “*Se entenderá como agente económico a toda persona natural o persona jurídica que participan en la operación de concentración empresarial, nacionales o extranjeras, de derecho privado o de derecho público, o personas jurídicas que cuenten con participación mayoritaria del Estado, que ofrezcan o demanden bienes o servicios, que sean titulares de derechos o beneficiarios*

(73) José Tomás Errázuriz. “Tratamiento de los acuerdos de cooperación empresarial ante el derecho de la competencia. ¿Cuándo un *joint venture* es una concentración?” *Revista de Anales Derecho Universidad Católica de Chile* 2. Temas de libre competencia (Santiago de Chile: Legis, 2007), 163-169.

(74) Al respecto: US, Antitrust Guidelines for Collaboration among Competitors. <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2000/04/ftc-doj-issue-antitrust-guidelines-collaborations-among>

(75) Unión Europea, Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, publicada el 16 de abril de 2008 en el Diario Oficial de la Unión Europea. Al respecto, considerandos 91 y ss.

(76) UNCTAD. Desafíos a los que se enfrentan los organismos reguladores de la competencia pequeños y de reciente creación en la elaboración de un régimen de control de las fusiones. Nota de la Secretaría de la UNCTAD. 16° período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, llevado a cabo en Ginebra del 5 a 7 de julio de 2017, fundamento 17.

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

*de los contratos, o, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos.” Y como grupo económico al “conjunto de agentes económicos, sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.”*

En este aspecto, se considera importante la definición del grupo económico, en tanto este concepto pueda estar involucrado en un eventual procedimiento administrativo sancionador y pago de una multa, relativo al incumplimiento por parte del sujeto infractor de disposiciones sobre la ejecución de la operación mientras se encuentra bajo evaluación, o que dicha operación no haya sido notificada a la autoridad para que sea sometida a evaluación, o que se haya incumplido o contravenido lo establecido en una resolución, acuerdo o

compromiso adoptado, como pueden ser los remedios que influyen en el pronunciamiento de la autoridad de competencia para aprobar la solicitud de autorización.<sup>(77)</sup>

#### **6.4. Principios del procedimiento**

Uno de los aspectos que debiera importar a la hora del diseño normativo del procedimiento es el establecimiento de principios que puedan servir de guía ineludible para la aplicación e interpretación de las disposiciones.

En el Anteproyecto de Ley que elaboró el Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación del Empleo, anteriormente mencionado, se establecieron de manera pionera en una propuesta sobre legislación antimonopolio cuatro (04) principios: Principio de prevención<sup>(78)</sup>, principio de proporcionalidad<sup>(79)</sup>,

(77) Proyecto de Ley 2604, artículo 27

“Artículo 27.- Tipificación de las infracciones administrativas

27.1 Las infracciones leves son las siguientes:

a) No haber presentado la solicitud de autorización mediante el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, de conformidad con lo dispuesto sobre el ámbito de aplicación de la presente ley.

b) No haber suministrado al órgano competente la información requerida por éste, o no haber suministrado en el plazo previsto, o haber suministrado información incompleta, incorrecta, adulterada, engañosa o falsa.

c) La obstrucción a través de cualquier modalidad respecto de la labor de investigación que realice el órgano competente respecto de la operación de concentración empresarial.

27.2 Las infracciones graves son las siguientes:

a) La ejecución de una operación de concentración empresarial antes de haber sido sometida al procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial.

b) La ejecución de una operación de concentración empresarial antes de que haya sido emitida la resolución del órgano competente.

c) La ejecución de una operación de concentración empresarial antes de que se haya producido el silencio administrativo negativo.

27.3 Las infracciones muy graves son las siguientes:

a) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente ley.

b) Ejecutar una operación de concentración habiendo sido denegada su autorización.”

(78) Anteproyecto de Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia elaborado por el Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación del Empleo (2017).

“Artículo 4.- Principios

1. Principio de prevención: La evaluación de las operaciones de concentración que realizan los órganos competentes debe orientarse a evitar poner en riesgo el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.”

(79) Anteproyecto de Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia elaborado por el Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación del Empleo (2017).

“Artículo 4.- Principios



## Tania Zúñiga Fernández

principio de transparencia e independencia, y principio de confidencialidad. Posteriormente, el texto elaborado luego de los comentarios al mismo, se inscribió como Proyecto de Ley N° 2604-2017-CR, y recoge de ellos, dos principios: “1) *Principio de independencia: Los órganos competentes actúan en el desarrollo del procedimiento de evaluación previa con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole, demostrando independencia respecto de sus apreciaciones personales e influencia de intereses económicos o políticos, y 2) Principio de confidencialidad: Los empleados, funcionarios o representantes de la Secretaría y los miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, así como de la Secretaría Técnica de la Sala Especializada del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual y los miembros de esta última, independientemente del régimen laboral o de contratación, que tuvieran acceso al expediente, deben guardar reserva respecto de la información a la que tengan acceso en el procedimiento de evaluación previa y sólo podrá ser utilizada para la finalidad para la que fue requerida, que no se divulgue el secreto empresarial, comercial y/o industrial de los agentes económicos, o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad.*”<sup>(80)</sup>

Estos principios guardan conformidad con el Reporte de la OECD sobre las Recomendaciones adoptadas sobre Control de Concentraciones publicado en el 2013, en particular sobre confidencialidad.<sup>(81)</sup> La razón de insertar principios en este tipo de procedimiento se explica en particular, debido a que durante el procedimiento se tiene acceso a información privilegiada sobre la empresa o empresas afectadas respecto de la operación privada.<sup>(82)</sup>

Cabe precisar que dichos principios no contradicen los principios señalados en el Art IV del Título Preliminar del

Texto Único Ordenado de la Ley General del Procedimiento Administrativo, Ley N° 27444.

### 6.5. Inicio y conclusión del procedimiento

Las fases del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración se entienden en dos partes cruciales relativas a la posibilidad de que la operación objeto de evaluación pudiese manifestar razones para constituir un caso de alta complejidad en el que la probabilidad de que sea una autorización sujeta a condiciones, o en todo caso, no proceda su autorización.

Respecto de ello, se establecen distintas consecuencias: i) la información a proporcionar en el procedimiento como requisito para el inicio del procedimiento administrativo, ii) el plazo a establecer para el pronunciamiento de la autoridad, y iii) inicio de la segunda fase del procedimiento de evaluación como el resultado de un acto administrativo debidamente motivado

Para ello, la ICN ha estimado que: “*Dado que la mayoría de las operaciones notificadas no plantean problemas en materia de competencia, la notificación inicial debe aportar la mínima cantidad de información que resulte necesaria para iniciar el procedimiento de examen. Dicha notificación inicial debe utilizarse para comprobar que la operación ha sido debidamente notificada ante las autoridades de competencia a la vista de los criterios*

---

2. 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 relativos a la operación de concentración deben guardar 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.”

(80) Proyecto de Ley No. 2604, Artículo 11.

(81) OECD. *Report on country experiences with the 2005 OECD Recommendations on Merger Review*, 2013, 31.

(82) OECD. *Independence of competition authorities - from the designs to practice*. 15a. sesión del *Global Forum to Competition*, 2016. El objetivo del Foro: “The discussion focused on the notion of independence of competition enforcers from political interferences in their enforcement activity and will not address the equally important principle that competition authorities should be independent of business interests to avoid the risk of capture.”

<http://www.oecd.org/competition/globalforum/independence-of-competition-authorities.htm>



## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

*jurisdiccionales y de los umbrales de notificación aplicables, así como para determinar si la operación notificada plantea dudas en materia de competencia que sean susceptibles de una investigación más detallada. Asimismo, la notificación inicial puede servir para que la autoridad competente obtenga la información necesaria para la aprobación de la operación o para preparar cualquier otra documentación necesaria para poner fin al procedimiento.”<sup>(83)</sup>*

La notificación a que hace referencia la ICN es la presentación obligatoria de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial, que realiza el agente económico, es decir la empresa o empresas afectadas en la operación.

Por ello, la ICN recomienda que: *“cualquiera que sea el mecanismo de flexibilidad empleado [Formatos de notificación alternativa, Exención discrecional, Solicitud de información adicional], las autoridades de competencia deben limitar la cantidad de información solicitada a las partes en aquellas operaciones que no parecen plantear problemas en materia de competencia. No obstante, las autoridades podrán solicitar a las partes que aporten información suficiente para demostrar que la operación notificada no plantea problemas en materia de competencia.”<sup>(84)</sup>*

El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud adjuntando los requisitos que para el efecto establezca el Reglamento, que se relacionan con la información sobre la operación privada.

Pueden darse los siguientes supuestos luego de presentada la solicitud: i) Se declare improcedente por no estar comprendida la operación dentro del ámbito de aplicación de la ley (*out of scope*) debido a que o no se trata de una concentración empresarial bajo lo que dispone la norma, o ii) La operación no se encuentra comprendida dentro del umbral de notificación, que se estima de acuerdo al valor que se haya fijado en la ley.

En este sentido el artículo 16 del Proyecto de Ley N° 2604-2017-CR regula el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración, y guarda conformidad con los estándares internacionales.

La primera fase procedimental se inicia con la admisión a trámite de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial y concluye con la resolución de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en los siguientes supuestos: i) Si la Comisión concluye que la concentración notificada no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley, lo declarará mediante resolución. La comunicación de dicha resolución no debe exceder de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de admisión a trámite de la solicitud, ii) Si la Comisión comprueba que la operación de concentración notificada se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley, y no plantea serias preocupaciones sobre los efectos anticompetitivos en términos de restringir significativamente la competencia efectiva en el mercado relevante, decidirá no oponerse a la misma y autorizará la operación sin condiciones. La comunicación de dicha resolución a las partes intervinientes no debe exceder de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de admisión a trámite de la solicitud, dando por concluido el procedimiento de evaluación previa.

La segunda fase procedimental se inicia con la resolución de la Comisión que pone fin a la primera fase procedimental, habiendo

(83) ICN. Prácticas recomendables para procedimientos de notificación de concentraciones. V. Requisitos para la notificación inicial, 2003, 14.

(84) ICN. Prácticas recomendables para procedimientos de notificación de concentraciones. B. Comentarios sobre Los requisitos y prácticas relacionadas con la notificación inicial deben aplicarse de manera que no impongan cargas innecesarias para las partes en relación con aquellas operaciones que no plantean problemas en materia de competencia, 15.



## Tania Zúñiga Fernández

comprobado la Comisión que la operación de concentración empresarial notificada se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley, y plantea serias preocupaciones sobre los efectos anticompetitivos en términos de restringir significativamente la competencia efectiva en el mercado relevante, y ordena se proceda con la segunda fase del procedimiento de evaluación previa. La comunicación de dicha resolución a las partes intervinientes no debe exceder de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de admisión a trámite de la solicitud. Esta fase no excederá de noventa (90) días hábiles, pudiendo prorrogarse hasta por un plazo máximo de treinta (30) días hábiles adicionales, debiendo indicarse los motivos que justifiquen la correspondiente ampliación. La resolución que emita la Comisión dará por concluida la primera instancia administrativa.

A la primera fase del procedimiento se le conoce como paso rápido o abreviado (*fast track*) y permite por un lado a la autoridad una administración eficiente de la carga procesal relativa al número de casos que debe resolver anualmente, y por otro, al sujeto privado que podrá obtener la resolución de la entidad administrativa en un plazo razonable. Ello a su vez, se debe reflejar en el valor de la tasa exigible al administrado por el inicio del procedimiento administrativo. Tal como señala el artículo 14 del Proyecto de Ley N° 2604-2017-CR: *“El procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial está sujeto al pago de una tasa administrativa cuyo valor no excederá de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias. La tasa administrativa para la presentación de la solicitud de autorización equivale a veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias. En el caso que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia decida se proceda con la segunda fase procedimental, la tasa administrativa por el inicio de esta fase procedimental equivale a treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias.”*

Por otro lado, en los casos que se haya presentado el vencimiento del plazo para el pronunciamiento de la autoridad administrativa, se debe proceder a establecer en el texto legal el reconocimiento del silencio administrativo negativo, de conformidad con el artículo 37 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.<sup>(85)</sup>

### **6.6. Colaboración entre entidades e informes no vinculantes durante el procedimiento**

Durante el procedimiento se prevé que la autoridad administrativa pueda en el marco de la colaboración entre entidades de la Administración Pública<sup>(86)</sup>, solicitar informes que puedan precisar de datos necesarios para la evaluación de la operación y la posible autorización de la misma.

En este sentido el artículo 17 del Proyecto de Ley N° 2604 -2017- CR que regula el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración, señala en cuanto a los Informes no vinculantes proporcionados por entidades públicas en el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial como propuesta lo siguiente: *“Los órganos competentes en el procedimiento de evaluación previa se encuentran facultados para solicitar a otras entidades de la Administración Pública información que posean, sin más limitación que la establecida por la Constitución y la ley, para lo cual se dictarán las medidas e*

(85) TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444  
Artículo 37.- Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.

37.1 Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos bilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. Las entidades deben sustentar técnicamente que cumplen con lo señalado en el presente párrafo.

Por Decreto Supremo, refrendado por el Presidente de Consejo de Ministros, se puede ampliar las materias en las que, por afectar significativamente el interés público, corresponde la aplicación de silencio administrativo negativo.

(86) Al respecto: Artículos 85 y 87 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444.

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

*implementarán los medios correspondientes para una eficaz colaboración interinstitucional en el marco del cumplimiento de la finalidad señalada en la presente ley.”*

#### **6.7. Los remedios o compromisos ofrecidos por los agentes económicos frente los efectos anticompetitivos de la concentración**

Uno de los aspectos típicos del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración lo constituyen los denominados remedios, que son medidas de mitigación o compromisos que ofrecen y asumen los agentes económicos ante la autoridad administrativa de competencia. La razón por la cual el sujeto privado propone remedios se explica por la gestión del riesgo en la tutela de la libre competencia en los mercados y eficiencia de las medidas que pudiera establecer la autoridad administrativa en la resolución final. En esencia se trata de un derecho de las empresas afectadas por la operación, es decir quienes han solicitado la autorización.

Sin embargo, ello no debe ser óbice para confundir con la libertad de proponer medidas sin criterios de evaluación que pueda aplicar la autoridad.

La Unión Europea ha desarrollado lineamientos sobre el particular con la finalidad de orientar a los agentes económicos en el procedimiento de evaluación de la operación de concentración, pues ellos pueden presentar ante la autoridad conjuntamente con la solicitud de autorización propuestas para mitigar o eliminar los problemas de competencia<sup>(87)</sup>, conocidos como “remedios” o “soluciones” o “compromisos”.

Los compromisos pueden presentarse tanto en la Fase 1 como en la Fase 2; sin embargo, dado que sólo se lleva a cabo una investigación en profundidad del mercado en la Fase II, los compromisos presentados a la Comisión en la Fase I conducen a excluir claramente las “serias preocupaciones” sobre los efectos anticompetitivos en términos de restringir significativamente la competencia efectiva en el mercado

relevante, por lo cual la intención del agente económico es presentar una solución para que la operación puede ser autorizada.

Los compromisos deben ser proporcionales al problema de competencia de que se trate y eliminarlo por completo.<sup>(88)</sup> Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el objetivo básico de los compromisos es garantizar unas estructuras de mercado competitivas, por ello es que la autoridad de competencia al aceptar los compromisos puede acompañar su decisión de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas afectadas cumplan sus compromisos en su oportunidad y de forma efectiva. Al respecto, los compromisos que son de naturaleza estructural, tales como el de vender una actividad empresarial guardan un nivel de mayor convicción en la autoridad al momento de autorizar por el perfil de sostenibilidad y supervisión frente a los problemas de competencia que puede generar la concentración; sin embargo, se aceptan otro tipo de compromisos como la concesión de acceso a infraestructura clave o a insumos con carácter no discriminatorio, y los compromisos relativos a conductas en el mercado.<sup>(89)</sup>

Por otro lado, autoridad de competencia chilena en la Guía de Remedios, señala que si bien los remedios pueden ser ofrecidos en cualquier etapa de la investigación, aquéllas ofrecidas en la Fase I solo podrán ser aceptadas cuando los riesgos resulten fácilmente identificables y los remedios sean suficientemente comprensivos y claros para asegurar a la autoridad que abordan adecuadamente todos los posibles problemas de competencia planteados por la operación.<sup>(90)</sup>

(87) Unión Europea, Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) No. 802/2004 de la Comisión del 22 de octubre de 2008.

(88) Unión Europea, Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) No. 139/2004, considerando 2.

(89) Unión Europea, Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) No. 139/2004, considerandos 15-17.

(90) Fiscalía Nacional Económica. Guía de Remedios, Santiago de Chile: FNE, 2017, 7. <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-remedios-.pdf>



## Tania Zúñiga Fernández

Como señala el artículo 18 del Proyecto de Ley N° 2604-2017-CR: “La autoridad resolverá en un plazo de quince (15) días hábiles si dichas medidas propuestas resultan ser factibles tomando en consideración su implementación efectiva, ejecución en el tiempo y supervisión correspondiente. El plazo para la resolución del procedimiento de evaluación previa se suspende hasta que la autoridad se pronuncie sobre la propuesta presentada por los agentes económicos.” Asimismo, los compromisos propuestos por los agentes económicos podrán ser comunicados a terceros en la medida que se justifique la necesidad para su evaluación, de conformidad con la finalidad de la presente ley.<sup>(91)</sup>

Es decir, los compromisos deben generar convicción en la autoridad, de ser suficientes para que la autoridad pueda dictar una resolución autorizando la operación de concentración. Indudablemente, bajo la condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por las empresas. Es importante ello, porque podría generarse bajo determinadas circunstancias decisiones con serias consecuencias sobre la estructura del mercado como son el error de Tipo 1 y error de Tipo 2. En el primer caso se prohibiría una fusión que debió aprobarse, en el segundo caso se aprobaría una fusión que debió prohibirse.

Los remedios más utilizados en el campo de la política antimonopolio, pueden ser clasificados según impliquen o no la realización de medidas de desinversión por parte de los agentes económicos que se concentran y otras medidas de mitigación. En cuanto a medidas de desinversión, pueden ser de dos tipos: i) venta de activos a un comprador adecuado, y ii) medidas que tienen por objeto remover vínculos entre competidores. En el primer caso, “Las medidas de desinversión de activos a un comprador adecuado son aquellas que persiguen la aparición de una nueva entidad competitiva o la consolidación de los competidores existentes, con el fin de restablecer la presión competitiva perdida como consecuencia de la operación de concentración, mediante la enajenación de parte de los activos tangibles e intangibles de los agentes económicos que pretenden concentrarse”. Mientras que en el segundo caso, “las medidas tienen por objeto remover vínculos entre competidores, exhiben por lo general una naturaleza accesoria, y persiguen morigerar los riesgos coordinados suscitados por una operación de concentración, por la vía

*de forzar la enajenación de determinadas participaciones propietarias que tengan las partes en terceros*”.<sup>(92)</sup>

Como se puede observar, los remedios prácticamente orientan el desarrollo y destino de la autorización de la operación de concentración. Indudablemente, será necesario evaluar cada caso en su real dimensión, lo cual lleva a consideraciones de orden estructural, es decir el tipo de operación que esté en discusión.

Tratándose de una fusión, tendría que distinguirse de una de tipo horizontal, vertical o conglomerado. Asimismo, de tratarse de otro tipo de operaciones de concentración bajo esquemas contractuales concentrativos, como el *joint venture* de naturaleza concentrativa, en el que no existe adquisiciones, sino de compartir intereses y objetivos comunes bajo un esquema que permita en la línea del tiempo orientar debidamente la transacción privada. A ello se suma la gestión de riesgo del incumplimiento de dichas medidas por parte de los sujetos privados, para lo cual sería necesario que la autoridad de competencia supervise el cumplimiento de las medidas que se deban adoptar, en el marco de la función de fiscalización, cuya ejercicio ameritaría precisar las delimitaciones del poder atribuido y la finalidad pública.

Tales riesgos en un universo tan dinámico como las operaciones en el mercado, necesariamente tendrían que atender a un estudio de las propias características del mercado y los cambios tecnológicos.

Dado estos supuestos, la determinación del incumplimiento podría estar sujeto a la mayor cautela posible en la supervisión para no invadir esferas jurídicas de tutela de la

(91) Proyecto de Ley No. 2604, Artículo 18.2.

(92) Fiscalía Nacional Económica (2017), 9..

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

inversión privada y de los esquemas de protección del proceso competitivo en sí mismo.

Al respecto, correspondería necesariamente que la autoridad de competencia pueda emitir Guías o Lineamientos sobre remedios, debido a que ello conduce a formar la voluntad de la Administración Pública relativa a la autorización de la operación privada.

#### **6.8. El paradigma de los “efectos en la estructura del mercado” en la evaluación del procedimiento**

El control de concentraciones económicas como instrumento de política de competencia deber orientarse a la evaluación de los efectos en la estructura de mercado (*effects-based approach*) y no sólo al simple cambio en la estructura en los mercados calculado en cuotas de mercado (*structure-based approach*) como tampoco al poder de dominio en los mercados (*dominance-based approach*).<sup>(93)</sup>

El proceso de crecimiento externo corporativo es una manifestación propuesta por las condiciones dinámicas de la competencia. El procedimiento no está orientado a evaluar el crecimiento de la competitividad de la industria doméstica, la corrección de condiciones de crecimiento de una determinada economía, o al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad en su conjunto.<sup>(94)</sup>

Sin embargo, ello no obsta a que se reconozca el impacto o las consecuencias de las políticas de competencia en el desarrollo económico y el crecimiento inclusivo; es decir no obstante que los objetivos de competencia están dirigidos típicamente a asegurar un proceso competitivo efectivo, promover el bienestar de los consumidores y alcanzar niveles de eficiencia económica, es posible identificar que las leyes de competencia

lleguen a cumplir objetivos relacionados con reducir la pobreza y la inequidad.<sup>(95)</sup>

A diferencia de la evaluación de conductas que atraviesa por un procedimiento administrativo sancionador en el caso del procedimiento de evaluación de concentraciones, se trata de un procedimiento de autorización, en el cual el sujeto privado debe cumplir con todos los requisitos. La diferencia radica en los resultados de los estudios económicos que deben ser evaluados para poder identificar si la operación conlleva a la producción de efectos anticompetitivos.<sup>(96)</sup>

Como se ha hecho referencia anteriormente, en el caso de la labor legislativa en el Perú, gran parte de los proyectos de ley mantienen una marcada orientación por el test europeo como criterio de evaluación denominado Test SIEC (“*significant impediment to effective competition*”), propuesto por el actual Reglamento comunitario europeo de concentraciones, el Reglamento (CE) 139/2004, a saber, el “significativo impedimento a la competencia efectiva”. Y es que a nivel global, no hay que dejar de mencionar que con el radical cambio de paradigma de la norma europea sobre control de concentraciones sustituyendo al Reglamento (CE) 4064/89 se evidencia una convergencia normativa global en el tratamiento del control de concentraciones con el modelo americano, el Test SLC, “*significant lessening of competition*”<sup>97</sup>, abandonándose el test anterior

(93) M. Pellmann, *Significant Impediment to Effective Competition. Marktbeherrschung und erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test) in der Europäischen Fusionskontrolle*. (Baden-Baden: Nomos, 2006), 117-119.

(94) E.M. Fox. “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect.” *The Antitrust Law Journal* 70 (2002): 409. M. Botta, *Merger Control Regimes in Emerging Economies. A Case Study on Brazil and Argentina*. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011), 293.

(95) Banco Mundial. *A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*. Washington, DC: World Bank, 2017, 6-7.

(96) M. Wolf, *Effizienzen und europäische Zusammenschlusskontrolle. Die wettbewerbsrechtliche Integrationsfähigkeit einer „efficiency defence“ am Beispiel horizontalesr Zusammenschlüsse. Zugleich ein Beitrag zur kritischen Präzisierung eines „more economic approach“* (Baden-Baden: Nomos, 2009), 93-102.

(97) A. Lindsay, *The EC Merger Regulation: substantive issues*, 2a. Ed (London: Sweet & Maxwell, 2006).





## Tania Zúñiga Fernández

denominado test de la dominancia (“*dominance test*”) por el cual se priorizaba en el análisis el número de competidores en el mercado, es decir el grado de concentración que se manifestaba por la cuota de participación en el mercado.

En esa línea, el Proyecto de Ley N° 2604-2017-CR reconoce en el artículo 19 el test SIEC: “*El procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial evalúa los efectos de los cambios en la estructura del mercado relevante a fin de identificar si dichos efectos producen una restricción significativa de la competencia efectiva en el mercado.*”

El referido texto acorde con los estándares internacionales, considera como criterios de evaluación lo siguiente: a) La estructura del mercado relevante, b) La competencia real o potencial de los agentes económicos en el mercado, c) La evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, d) Las fuentes de distribución y comercialización, e) Las barreras legales o de otro tipo para el acceso al mercado, f) El poder económico y financiero de las empresas involucradas, g) La creación o fortalecimiento

de una posición de dominio, h) La generación de eficiencias económicas.

El problema se enfoca en el reconocimiento de que en un mercado el estado de competencia perfecta existe sólo en la teoría<sup>(98)</sup>, y no en la práctica.<sup>(99)</sup>

Por ello, hoy en día, el estudio es más profundo acorde con este nuevo paradigma y la posible autorización de operaciones que no obstante pudieran emitir a través del índice Herfindal-Hirschman un alto grado de concentración en el mercado relevante, ello no impide su posible apreciación positiva en tanto se justifique la existencia de eficiencias de orden productivo o dinámico que permitan trasladar a los consumidores los beneficios concomitantes, intrínsecos a la operación. Las eficiencias que se identifiquen deberán tener un carácter inherente a la operación y ser verificables.

<sup>(100)</sup> La sola creación o fortalecimiento de

(98) La teoría de la competencia perfecta evita considerar en la evaluación del proceso competitivo la dimensión temporal, factores externos, el nivel atomístico de la concurrencia en el mercado, y la capacidad limitada de acceso a la información, así como la velocidad del cambio de comportamiento de los ofertantes y demandantes en el mercado ante los cambios de los datos del mercado. Ello refiere a los modelos de equilibrio perfecto basados en el pensamiento neoclásico que supone la aceptación de un estado óptimo en el que se alcanza sólo cuando ya no es más posible a través de un cambio en la relación de intercambio o de producción niveles mayores de bienestar de los sujetos económicos (Óptimo de Pareto). Esta teoría de la competencia perfecta se encuentra descartada como principio orientador debido a sus premisas de partida, ajenas a la realidad y por la dificultad de su sometimiento a pruebas para ser evaluadas. Compárese: Schmidt, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*. (Stuttgart: Lucius & Lucius, 2005), 5.

(99) I. De León. *An Institutional Assessment of Antitrust Policy. The Latin American Experience* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2010), 123. En ese mismo sentido: I. De León. *Latin American Competition Policy: From Nirvana Antitrust Policy to Reality-Based Institutional Competition Building*. *Chicago-Kent Law Review* 83 (2009): 39-65.

(100) Al respecto: Unión Europea, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03), Reglamento (CE) No. 139/2004, publicado el 5 de febrero de 2004.

Beneficio para los consumidores.-

79. El punto de referencia pertinente para la evaluación de las eficiencias invocadas es que los consumidores no se vean perjudicados por la concentración. A tal fin, las eficiencias deben ser sustanciales y producirse con prontitud y han de beneficiar, en principio, a los consumidores de aquellos mercados de referencia en los que, de lo contrario, probablemente surgirían problemas de competencia.

83. En general, cuanto más largo sea el plazo previsto para la materialización de las eficiencias, menor será la importancia que pueda conferirles la Comisión. Esto implica que las eficiencias han de producirse con prontitud para que puedan considerarse un factor compensatorio.

Carácter inherente a la concentración

85. Las eficiencias son pertinentes para la evaluación competitiva cuando son consecuencia directa de la concentración

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

la posición de dominio no constituye una prohibición de la operación de concentración empresarial, siendo necesario evaluar los efectos restrictivos significativos a la competencia efectiva en el mercado.

Ello ha llevado a considerar en el examen los criterios de eficiencia económica, denominado “*more economic approach*”<sup>(101)</sup>, un enfoque que rescata la oportunidad de examinar los proyectos de concentración a través de un profundo y amplio análisis económico, con simulaciones econométricas.

La UNCTAD en la última revisión al Capítulo sobre Fusiones de la Ley Modelo de Competencia indica que las preguntas principales que se suelen realizar en diversos países durante la evaluación son las siguientes: “(a) *Will there be a substantial lessening of competition in a given market?*, (b) *Will the merger result in the creation or strengthening of a dominant position?*, (c) *Will competition be prevented, distorted and/or restricted?*”<sup>(102)</sup>

De conformidad con el test SIEC, la posición de dominio constituye una situación de poder económico en el mercado relevante confiriéndoles la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus

competidores, sus clientes y finalmente, los consumidores. Al considerar como uno de los criterios en la evaluación, la restricción a la competencia efectiva en los mercados puede ser evaluada entonces a la luz de otros criterios tales como las ventajas por eficiencia, denominada la “defensa de las eficiencias” (“*efficiency defense*”)<sup>(103)</sup> y el bienestar de los consumidores (“*consumer welfare*”)<sup>(104)</sup> y dar lugar así a la aprobación de un proyecto de concentración.

Bajo esta formulación se estaría dando prioridad al mantenimiento de mecanismos de mercado, que garanticen un máximo de bienestar al consumidor. Se ha argumentado que la formulación sobre la “defensa de las eficiencias” habría recibido una influencia de la Escuela de Chicago, basado en la teoría neoclásica del precio que define la competencia como un proceso dinámico donde el equilibrio del mercado representa un “punto de oscilación”<sup>(105)</sup>, pues en los mercados rige el principio de “*survival of the fittest*”, una concepción abiertamente liberal, que pone de

---

notificada y no pueden materializarse en la misma medida a través de soluciones alternativas menos anticompetitivas. En estas circunstancias, se considera que las eficiencias se derivan de la concentración y son, por tanto, inherentes a la concentración.

Verificabilidad

86. Para que la Comisión pueda tener una seguridad razonable de que las eficiencias se materializarán, éstas tienen que ser verificables y han de ser suficientemente sustanciales como para compensar el perjuicio potencial que una concentración pueda ocasionar a los consumidores.

- (101) E. Mestmäcker, H. Schweitzer. *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3a. ed. (Munich: Beck, 2014), 7-8.; A. Christiansen, “Die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?”, *Wirtschaft und Wettbewerb* 3 (2005): 285-293; M. Hermann, *Die Neufassung des materiellen Untersagungskriteriums* in artículo 2, 2 und 3 EG-FKVO. (Baden-Baden: Nomos, 2008), 429.
- (102) UNCTAD. Ley Modelo de Competencia, Capítulo VI Fusiones, revisado durante el 17º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, llevado a cabo en Ginebra del 11 al 13 de julio de 2018, B. Merger control analysis, considerando 27.
- (103) F. Schuhmacher, *Effizienz und Wettbewerb. Ein Modell zur Einbeziehung ökonomischer Ansätze in das Kartellrecht* (Baden-Baden: Nomos, 2011), 19-28.
- (104) J. Basedow, “Konsumentenwohlfahrt und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik”, *Wirtschaft und Wettbewerb* 7-8 (2007): 712-715; D. Schmidtchen. “Der more economic approach in der Wettbewerbspolitik”, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1 (2006): 6-17.
- (105) La Escuela de Chicago rechaza el paradigma de la Escuela de Harvard: “*structure-conduct-performance*” como descripción del proceso competitivo en el mercado.



## Tania Zúñiga Fernández

manifiesto el éxito de las empresas eficientes<sup>(106)</sup>, y sólo ellas estarían en condiciones de aportar al beneficio del consumidor. Esta posición daría lugar a que una empresa con poder de dominio, o que tenga una importante y considerable cuota de mercado sea apreciada como una señal positiva en el mercado precisamente porque se encuentra en mejor posición para generar beneficios a los consumidores, en contraste con sus otros competidores con menor cuota de mercado, que no logran alcanzar niveles de eficiencia.<sup>(107)</sup>

Se ha aceptado que existen dos maneras en que las concentraciones horizontales pueden obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en particular al crear o reforzar una posición dominante: a) eliminando gran parte de la presión competitiva sobre una o varias empresas, que en consecuencia dispondrán de un poder de mercado incrementado sin tener que recurrir a un comportamiento coordinado (efectos no coordinados); y b) cambiando la naturaleza de la competencia de tal manera que resulte mucho más probable que empresas que previamente no coordinaban su comportamiento pasen a coordinarse y a subir sus precios o a perjudicar por otros medios la competencia efectiva. Una concentración también puede facilitar o hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración (efectos coordinados).<sup>(108)</sup>

En cuanto a los efectos coordinados se debe tener en cuenta lo siguiente: i) Las empresas que van a fusionarse tienen elevadas cuotas de mercado, ii) Las posibilidades de los clientes para cambiar de proveedor son limitadas; iii) La probabilidad de que los competidores aumenten el suministro si suben los precios es escasa, iv) La entidad fusionada está en condiciones de impedir la expansión de sus competidores, y v) La fusión elimina una fuerza competitiva importante. Para detectar los efectos coordinados, se deben cumplir tres

condiciones para que la coordinación sea viable: i) Las empresas que coordinan entre sí deben poder ejercer un control suficiente sobre el cumplimiento de las condiciones de la coordinación, ii) Se requiere que haya algún mecanismo de disuasión creíble que pueda activarse en caso de detectarse una desviación de lo acordado, y iii) Los resultados esperados de la coordinación deben estar relacionados con las reacciones tanto de los competidores actuales o futuros como de los clientes.<sup>(109)</sup>

Existe unanimidad en aceptar el hecho de que la definición de competencia efectiva no es posible definirla, pues ella no puede comprender todas sus condiciones, consecuencias, y resultados.<sup>(110)</sup> No existe un instrumento perfecto para determinar con qué grado de presión competitiva o número adecuado de competidores, puede ser definida la competencia efectiva.<sup>(111)</sup> Por ello, la competencia es un instrumento, una institución a ser protegida.

La función que cumple la competencia relativa a la libertad económica y la función de maximización económica son dos aspectos del proceso competitivo, dos lados de una misma medalla.<sup>(112)</sup> En ese contexto, la competencia desarrolla una función social.<sup>(113)</sup> En realidad, la competencia se gesta ahí donde el sujeto económico hace uso de su libertad de negociación en el tráfico económico. En general, cada agente económico tiene todos

(106) G. Aberle, *Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik*. 2a. Ed. (Stuttgart: Kohlhammer, 1992), 41.

(107) Tania Zúñiga, *Fusionskontrolle in einer "small market economy" in Lateinamerika*. Wettbewerbspolitische Untersuchung am Beispiel Peru (Baden-Baden: Nomos, 2009), 196.

(108) Unión Europea, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, disposición No. 22.

(109) Unión Europea, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, disposición No. 24 y siguientes y 39 y siguientes.

(110) Mestmäcker, Schweitzer, Rn. 75.

(111) O. Black, *Conceptual Foundations of Antitrust* (New York: Cambridge University Press, 2005), 39.

(112) E. Hoppmann, *Fusionskontrolle* (Tübingen: Mohr, 1972), 18-22; Schmidt, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 11,28.

(113) Mestmäcker, Schweitzer, Rn. 76.

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación

### *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

los motivos para promover competencia en el mercado, o restringirla. La pregunta sobre cómo se manifiesta dicha libertad económica de negociación depende fundamentalmente del sistema económico respectivo y del ordenamiento jurídico que garantiza su desenvolvimiento.<sup>(114)</sup>

El diseño de este tipo de procedimiento debe estar justificado en adecuados puntos de apoyo, por lo cual deberá tomarse en consideración que las concentraciones empresariales al ser uno de los motores poderosos en la modificación de la estructura de mercado, al mismo tiempo, deben ser evaluadas bajo un procedimiento que otorga las garantías adecuadas para el pronunciamiento de la autoridad, que cuenta con información presente y debe posicionarse a través de estudios económicos y criterios de evaluación jurídico-económicos.

#### **6.9. Revisión del acto de autorización de la operación de concentración empresarial: Nulidad y revocación**

La resolución de autorización, independientemente de que pueda contener obligaciones de hacer o no hacer en el marco de la disposición de condiciones que el sujeto privado debe dar cumplimiento, puede ser objeto de la revisión de oficio por parte de la autoridad de competencia. Para ello, pueden activarse diferentes medidas como la nulidad de oficio, o la revocación de oficio.

De acuerdo a las prácticas y legislación comparada, procedería la nulidad de oficio respecto del acto que autorizó la operación de concentración cuando se determine que la información suministrada por el agente económico solicitante sea falsa o haya sido adulterada, sin perjuicio de que se dicten las medidas correctivas o de orden sancionatorio, según lo que establezca la Ley y el Reglamento.<sup>(115)</sup>

Por otro lado, cuando la autorización de una operación de concentración empresarial se sujete al cumplimiento de una condición de conducta, debe entenderse que el cumplimiento de dicha obligación deberá estar asociada a un horizonte temporal, y en consecuencia, la autoridad podrá revocar de oficio el acto administrativo que autorizó dicha

operación. Para ello deberá revisar de oficio las características y el entorno competitivo del mercado, y el marco legal vigente, a efectos de determinar si resulta pertinente o no mantener la condición impuesta a los agentes económicos obligados a su cumplimiento, apreciando elementos de juicio que no genere perjuicio a terceros.<sup>(116)</sup>

La revocación de acto administrativo ha sido objeto de análisis por parte del INDECOPI en la Resolución N°0623-2014/SDC-INDECOPI<sup>(117)</sup>, por la cual la Sala Especializada en Defensa de la Libre Competencia la declara como precedente de observancia obligatoria. Este pronunciamiento que se relaciona con la aplicación de la Ley Nr. 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico debiera significar un paso importante en la predictibilidad de los pronunciamientos de la autoridad, lo cual coadyuvaría en la aplicación de la nueva ley antimonopolio aplicable para todos los sectores de la economía.

Desde luego, en este ámbito de la revisión de los actos administrativos, y propiamente, sobre las condiciones que se imponen al sujeto privado en la autorización de la operación de concentración empresarial, los agentes económicos pueden solicitar la revocación del acto administrativo que autorizó la operación con condiciones, cuando lo estimen pertinente, a fin de que la autoridad revise las condiciones de conducta impuestas, debiendo para tal efecto identificar el cambio de circunstancias que se haya producido en el mercado relevante y que amerite el levantamiento o actualización de las condiciones establecidas válidamente en su oportunidad.

(114) Mestmäcker, Schweitzer, Rn.73.

(115) Proyecto de Ley No. 2604, Artículo 22

(116) Proyecto de Ley No. 2604, Artículo 23.

(117) Resolución No. 0623-2014/SDC-INDECOPI - Expediente 005-2006/CLC, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 1 de noviembre de 2014.



Tania Zúñiga Fernández

## 7. Conclusiones

La política de competencia en el Perú aún se encuentra incompleta.

Actualmente, se presenta en el ordenamiento jurídico peruano un procedimiento administrativo de evaluación de operaciones de concentración circunscrito al sector eléctrico, lo cual constituye una situación extraordinaria, en lo que respecta a la política de competencia, pues según el mandato constitucional sobre el rol facilitador y vigilante de la libre competencia, en una economía social de mercado, no se establece ninguna restricción para que el Estado ejerza una función de supervisión y evaluación de los efectos de los cambios que se producen en la estructura del mercado como resultado de las operaciones de fusión o adquisición empresarial, entre otras formas societarias o contractuales concentrativas, en las que importa evaluar la creación o fortalecimiento de la posición de dominio de los agentes económicos a fin de tutelar la libre competencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

Han transcurrido veintiséis años desde la publicación de la primera ley de competencia en el Perú en noviembre de 1991, y desde el año 2005 a la fecha se han presentado 13 proyectos de ley para su integración en el ordenamiento jurídico, 11 de ellos presentados en lo que va del periodo legislativo 2016-2021 en el Congreso de la República del Perú.

El fundamento constitucional de toda propuesta legislativa para la introducción de un control de concentraciones se encuentra formulada en los artículos 61 y 58 de la Constitución Política de 1993.

Han transcurrido prácticamente tres décadas de prolongado dilema sobre la pertinencia y conveniencia de su aplicación en una pequeña economía emergente como el Perú. El credo de los noventa que sostiene la inconveniencia o falta de evidencia que justifique su introducción, no resiste; sin embargo, los argumentos y estudios actuales dentro del primer tercio del nuevo milenio, así como los compromisos y obligaciones de orden multilateral y bilateral, recomendaciones de organizaciones internacionales como la OECD, Banco Mundial UNCTAD, Unión Europea que señalan la necesidad e importancia de la implementación del procedimiento

de evaluación previa de concentraciones empresariales, conocido como control de concentraciones empresariales el marco de la libre competencia, gobernanza regulatoria y desarrollo económico.

El debate político se ha extendido hacia el debate académico para contribuir en el desarrollo de la legislación y política de competencia.

Las posiciones escépticas sobre su conveniencia cuestionan la necesidad de su introducción; sin embargo, la teoría económica y los pronunciamientos de las autoridades de competencia a nivel global y las organizaciones internacionales han dado a conocer que el Estado no puede cumplir el rol de facilitar y vigilar la libre competencia, contando únicamente con un procedimiento administrativo que evalúa las conductas anticompetitivas (*control ex post*). Se requiere del otro instrumento, el control de estructura del mercado (*control ex ante*) como complemento necesario para garantizar el proceso competitivo en los mercados, la libre competencia y el bienestar de los consumidores.

Es importante manifestar asimismo, que la implementación de la futura ley es tan importante como el diseño normativo. Por ello, urge que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo tomen en cuenta el fortalecimiento institucional de la autoridad de competencia, INDECOPI, pero también de los organismos reguladores que supervisan los distintos mercados, en particular en el más corto plazo posible, en aquellos mercados en los que se observa un mayor impacto en la economía nacional como el OSIPTEL y OSINERGMIN. La relación de colaboración interinstitucional debe ser fortalecida en los campos en que se aprecie la importancia del conocimiento de los mercados, como es el caso de OSIPTEL,



## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

que de acuerdo a ley, es autoridad de competencia en el mercado de telecomunicaciones para la evaluación de las conductas anticompetitivas.

El procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración requiere de un diseño normativo conforme a las prácticas internacionales recomendadas, la definición conceptual de la concentración y el umbral, así como la metodología de evaluación no puede dejar de lado el conocimiento técnico especializado y la experiencia internacional.

El presente artículo se inscribe en el periodo anual legislativo 2018-2019 en el cual los once proyectos de ley serán evaluados en la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos y la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, emitiéndose los dictámenes correspondientes, para su pase al debate multipartidario en el Pleno del Congreso de la República del Perú y su consecuente aprobación.

### 8. Referencias bibliográficas

Aberle, G. 1992. *Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik*. 2ª. Ed. Stuttgart: Kohlhammer, 41.

Banco Mundial. 2017. *A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*. Washington, DC: World Bank, 6-7.

Basedow, J. 2007. *Konsumentenwohlfahrt und Effizienz - Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik*, *Wirtschaft und Wettbewerb* No.7-8, 712-5.

Black, O. 2005. *Conceptual Foundations of Antitrust*, New York: Cambridge Univ. Press, 39.

Botta, M. 2011. *Merger Control Regimes in Emerging Economies. A Case Study on Brazil and Argentina*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 293.

Boza Dibós, Beatriz. 1998. ¿Por qué no es conveniente para el Perú contar con una política general de control de fusiones? en: *INDECOPI, Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América*, 158-159.

Bullard, Alfredo, Falla, Alejandro. 2006. *Matrimonio con hijos: Sobre el Proyecto de Ley de Competencia*, *Revista de Derecho y Economía*, 29-49.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD. 2017. *Desafíos a los que se enfrentan los organismos reguladores de la competencia pequeños y de reciente creación en la elaboración de un régimen de control de las fusiones*. Nota de la Secretaría de la UNCTAD. 16º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, 5 al 7 de julio de 2017, en Ginebra, fundamento 17.

Coate, M.B.; Bustamante, R.; Rodríguez, A.E. 1992. *Antitrust in Latin America: Regulating Government and Business*. *Inter-American Law Review* 34, 44.

Christiansen, A. 2005. *Die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?*, *Wirtschaft und Wettbewerb* 3, 285-293.

Crucelegui, J.L, Goodwin, T., Olaechea, J. Ruiz, G., Zúñiga, T. 2017. *Mesa Redonda Internacional Control de Concentraciones Empresariales: Promoción de la competencia en los mercados*. *Derecho & Sociedad* 49, (octubre): 277-294.

DECISIÓN No. 608 . “ Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”. Comisión de la Comunidad Andina. 2005.

De León. I. 2010. *An Institutional Assessment of Antitrust Policy. The Latin American Experience*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 123.

De León, I. 2009. *Latin American Competition Policy: From Nirvana Antitrust Policy to*



## Tania Zúñiga Fernández

Reality-Based Institutional Competition Building. *Chicago-Kent Law Review* 83, 39-65.

Entrevista concedida al Diario La República por el representante de la UNCTAD, Juan Luis Crucelegui, <http://larepublica.pe/impresia/economia/827589-la-ley-antimonopolio-se-deberia-dar-con-el-consenso-de-todo-el-congreso>

Errázuriz, José Tomás. 2007. Tratamiento de los acuerdos de cooperación empresarial ante el derecho de la competencia. ¿Cuándo un joint venture es una concentración? *Revista de Anales Derecho Universidad Católica de Chile* 2 (agosto), 163-169.

Fiscalía Nacional Económica. 2017. Guía de Remedios, Santiago de Chile: FNE, 7. <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-remedios-.pdf>

Fox, E.M. 2002. What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect. *The Antitrust Law Journal* 70, 409.

Gal, Michal. 2000-2001. Size does matter: The effect of market size on optimal competition policy. *Southern California Law Review* 74, 1439-1441.

\_\_\_\_\_. 2001. Size Does Matter: The Effect of Market Size on Optimal Competition Policy. *Southern California Law Review* 74, 1441.

\_\_\_\_\_. 2003. *Competition Policy for Small Market Economies*. Cambridge: Cambridge University Press, 194-195.

Gagliuffi, Ivo. 2017. Opinión presentada en la Segunda Sesión de la Mesa de Trabajo de Políticas de Regulación y Control de Proceso de Fusiones y Adquisiciones de Empresas, llevada a cabo el día 10 de enero de 2017 en Lima.

GRUPO DE TRABAJO PRO INVERSIÓN Y GENERACIÓN DE EMPLEO. 2018. *Informe Final "Análisis de una Política de Regulación y Control de Fusiones y Adquisiciones para prevenir distorsiones del mercado que puedan afectar la libre competencia y los derechos de los consumidores y usuarios"*, presentado el 15 de marzo a la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, 4-5, 7.

Gutiérrez Rodríguez, J.D. 2007. *Competition Laws in Latin America and Caribbean: History, Enforcement and Amendments*. CEDEC - Competition Law & Economics Working Paper 07-05, 4.

Hermann, M. 2008. *Die Neufassung des materiellen Untersagungskriteriums*. Baden-Baden: Nomos, 429.

Hoppmann, E. 1972. *Fusionskontrolle*, Tübingen: Mohr, 18-22.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad. 2007. EXPEDIENTE No. 005-2006/CLC.

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Reso001-2007.pdf>

\_\_\_\_\_. 2014. RESOLUCIÓN No. 0623-2014/SDC-

[https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/168301/Res\\_623-204.pdf/3301cbfd-78db-472c-b521-7e9a08afacf0](https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/168301/Res_623-204.pdf/3301cbfd-78db-472c-b521-7e9a08afacf0)

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. 2002. Merger Group. Prácticas recomendables para procedimientos de notificación de concentraciones. Umbrales de notificación, 4.

\_\_\_\_\_. 2003. Prácticas recomendables para procedimientos de notificación de concentraciones. Requisitos para la notificación inicial, 14

\_\_\_\_\_. 2003. Prácticas recomendables para procedimientos de notificación de concentraciones. Comentarios sobre los requisitos y prácticas relacionadas con la notificación inicial deben aplicarse de manera que no impongan cargas innecesarias para las partes en relación con aquellas operaciones que no plantean problemas en materia de competencia, 15.

## El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación *Merger Control in Peru: Basics for its Regulation*

\_\_\_\_\_. 2012. Prácticas recomendadas para el análisis de concentraciones económicas, 1. Véase I.A. El propósito del análisis de las leyes de competencia para concentraciones es identificar y prevenir o remediar solamente las concentraciones que pueden dañar significativamente a la competencia.

Kovacic, W.E. 2001. Institutional foundations for economic legal reform in transition economies: The case of competition policy and antitrust enforcement. *Chicago Kent Law Review* 77: 289-290.

Kresalja, Baldo. 2001. La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993. *IUS ET VERITAS* 22 (junio): 291.

Kresalja, Baldo y César, Ochoa. 2009. *Derecho Constitucional Económico*, Lima: Fondo Editorial PUCP.

Lindsay, A. 2006. *The EC Merger Regulation: substantive issues*, 2ª. Ed. London: Sweet & Maxwell.

Mestmäcker, E.-J., Schweitzer, H. 2014. *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3a. Ed. Munich: Beck, 7-8.

Ochoa, César. 1987. Economía y Constitución. *En la Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, ed. Francisco Eguiguren, 660.

\_\_\_\_\_. 1993. Bases fundamentales de la Constitución Económica de 1993: Análisis y comentarios. *Lecturas Constitucionales* 11: 90.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Report on country experiences with the 2005 OECD Recommendations on Merger Review*. Publicado en un reporte de la OECD de 2013, 31.

\_\_\_\_\_. 2015. *Multi-dimensional Review of Peru*: volumen 1. Paris: OECD, 128-9. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264243279-en>

\_\_\_\_\_. 2016. Independence of competition authorities - from the designs to practice. 15ª sesión del Global Forum on Competition, 1 al 2 diciembre. <http://www.oecd.org/competition/globalforum/independence-of-competition-authorities.htm>

Pellmann, M. 2006. *Significant Impediment to Effective Competition. Marktbeherrschung und erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test) in der Europäischen Fusionskontrolle*. Baden- Baden: Nomos, 117-119.

Peña, J. 2006. *Competition Police in Latin America, post-Washington Consensus*. En: Marsden, P. (ed.). *Handbook of research in Trans-Atlantic Antitrust*. Cheltenham: Edward Elgar, 736.

Primera Sesión de la Mesa de Trabajo de Políticas de Regulación y Control de Proceso de Fusiones y Adquisiciones de Empresas [videograbación] Lima, 2017. < <https://www.youtube.com/watch?v=0AyGssDDoWQ&t=294s>>

Quintana, Eduardo. 2001. ¿Rezando entre tinieblas?: El credo del control de concentraciones empresariales, *Themis* 39: 230-232.

Rebaza, Alber to. 1997. El Control de adquisiciones y fusiones en la nueva Ley Antimonopolio del Sector Eléctrico: Una raya más al tigre del Intervencionismo, *Themis* 36: 97-99.

Ruiz, Gonzalo. 2017. Opinión presentada en la Segunda Sesión de la Mesa de Trabajo de Políticas de Regulación y Control de Proceso de Fusiones y Adquisiciones de Empresas, llevada a cabo el día 10 de enero de 2017 en Lima.

Sattler, Verónica. 2005. Contra el control de fusiones, *Revista de Economía y Derecho* 5: 73-80.

Schmidt, I. 2005. *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 5, 11, 28.



## Tania Zúñiga Fernández

Schmidtchen, D. 2006. Der more economic approach in der Wettbewerbspolitik, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1: 6-17.

Schuhmacher, F. 2011. Effizienz und Wettbewerb. Ein Modell zur Einbeziehung ökonomischer Ansätze in das Kartellrecht. Baden-Baden: Nomos, 19-28.

Távora, José. 1997. Las políticas antimonopolio y la promoción de la competencia en el Perú. *Economía* 39-40, Volumen 20: 472-3.

Távora, José, Diez Canseco, Luis. 2003. Estabilizando el péndulo: Control de fusiones y concentraciones. *Themis* 47: 165-8.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. 2005. Expediente No. 0048-2004-PI/ TC. <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. 2003. Expediente No. 008-2003-AI/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Wolf, M. 2009. *Effizienzen und europäische Zusammenschlusskontrolle. Die wettbewerbsrechtliche Integrationsfähigkeit*

einer „efficiency defence“ am Beispiel horizontaler Zusammenschlüsse. Zugleich ein Beitrag zur kritischen Präzisierung eines more economic approach. Baden-Baden: Nomos, 93-102.

Zúñiga, Tania. 2009. *Fusionskontrolle in einer „small market economy“ in Lateinamerika: Wettbewerbspolitische Untersuchung am Beispiel Peru*. Baden-Baden: Nomos.

\_\_\_\_\_. 2010. Control de concentraciones económicas, competencia y desarrollo. En *Rutas hacia un Perú mejor. Que hacer y cómo lograrlo*. Lima: Editorial Aguilar, 327-351.

\_\_\_\_\_. 2015. *The Principle of Subsidiarity as the Essential Restriction on Peruvian State Business Activity under Pro-Competitive Conditions*. En *State-initiated restraints of competition Cheltenham*, Josef Drexler y Vicente Bagnoli (editores) Edward Elgar Publishing UK, 57-59.

\_\_\_\_\_. 2015. Control de concentraciones empresariales en una economía social de mercado, en Gonzales Palacios, Carlos, Rensmann, Thilo, Tirard, Manuel (editores) *Los aspectos culturales del Estado constitucional*, Dresden: TUD Press, 144-145.

\_\_\_\_\_. 2015. El Control de Concentraciones Empresariales: aspectos sustantivos para su introducción en el Perú en *Pólemos*. <http://polemos.pe/2014/04/el-control-de-concentraciones-empresariales-aspectos-sustantivos-para-su-introduccion-en-el-peru/>

