

# EL NUEVO SISTEMA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN PERÚ A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA CHILENA

## THE NEW PERUVIAN MERGER CONTROL SYSTEM IN LIGHT OF THE CHILEAN EXPERIENCE

Macarena Alliende Serra\*  
DLA Piper Chile

*Law 31112 contemplates the creation of an unprecedented mandatory preventive merger control in Peru, which will come into force within 15 days after the publication of the adaptation that Indecopi must elaborate.*

*The institutional design of the Peruvian merger control system has several similarities with the Chilean system, which was implemented through Law 20945 of 2016, and in force since June 1, 2017. The over 100 cases resolved by the Chilean competition authority have involved a relevant evolution in the criteria and tools applied. In this sense, given the similarity between both systems, the author presents how the Chilean experience can feed future discussions and practices of the neighboring jurisdiction, which could enhance coordination and cooperation between the two countries, improving the merger controls with effects across Latin America.*

**KEYWORDS:** *competition law; merger control procedures; competition law in Latin America.*

*La Ley 31112 contempla la creación de un nuevo sistema de control previo obligatorio para concentraciones empresariales en Perú, que entrará en un plazo de 15 días tras la publicación de la adecuación normativa que debe ser elaborada por el Indecopi.*

*El diseño institucional del sistema de control de concentraciones peruano presenta varias similitudes con el sistema chileno, implementado mediante la Ley 20945 y vigente desde el 1 de junio de 2017. Los más de 100 casos resueltos por la autoridad de competencia chilena han implicado una relevante evolución en los criterios y herramientas empleados. En ese sentido, debido a la similitud entre ambos sistemas, la autora presenta cómo la experiencia chilena puede nutrir las futuras discusiones y prácticas del ordenamiento vecino, lo que podría potenciar una coordinación y cooperación efectiva entre ambos países, mejorando la revisión de concentraciones con efectos en diversos países de Latinoamérica.*

**PALABRAS CLAVE:** *libre competencia; control de concentraciones; derecho de la libre competencia en Latinoamérica.*

\* Abogada. Asociada en DLA Piper Chile (Santiago de Chile, Chile). Integrante de la Red ProCompetencia. Contacto: macarena.alliende@ug.uchile.cl

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 13 de marzo de 2020, y aceptado por el mismo el 23 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

El pasado 7 de enero se publicó la Ley 31112, que establece un sistema administrativo de control previo de operaciones de concentración empresarial en Perú (en adelante, Ley 31112). Esta ley derogó, pero mantuvo la mayor parte del contenido, del Decreto de Urgencia 013-2019 (en adelante D.U. 013), que fue modificado por el Decreto Legislativo 1510 (en adelante D.L. 1510), publicado el 11 de mayo de 2020, en pleno desarrollo del estado de emergencia sanitaria por la pandemia de la COVID-19. Mediante esta ley, Perú se uniría próximamente a la mayoría de los países latinoamericanos que tienen controles previos obligatorios de concentraciones, entre ellos, Argentina<sup>1</sup>, Brasil<sup>2</sup>, Colombia<sup>3</sup>, Chile<sup>4</sup>, Ecuador<sup>5</sup>, México<sup>6</sup> y, recientemente, Uruguay<sup>7</sup>.

Para quienes no se encuentren familiarizados con el Derecho de la Libre Competencia, un sistema de control preventivo de operaciones de concentración –o alternativamente, concentraciones empresariales– es un procedimiento de evaluación que se caracteriza por constituir un análisis previo a la materialización (*ex ante*) de los riesgos que puede suponer el proceso de toma de control de un agente económico por parte de otro, y constituye uno de los instrumentos de la política de competencia (Zúñiga Fernández, 2018, p. 237). La diferencia sustancial, por lo tanto, con las herramientas de control y sanción *ex post* del Derecho de la Libre Competencia, es que la investigación y evaluación de las conductas de los agentes económicos se hace de forma previa o preventiva, es decir, actúa como un instrumento que anticipa la generación de efectos anticompetitivos en un escenario futuro de conductas de los agentes económicos (Zúñi-

ga Fernández, 2018, p. 237). En otras palabras, un control previo de operaciones de concentración entrega herramientas a una autoridad para que esta analice si una determinada concentración empresarial tiene la aptitud suficiente para restringir la libre competencia en el mercado en el que tendrá efectos.

Debido a que los procedimientos y autoridades de libre competencia involucradas en cada país son diferentes, también lo serán los resultados del sistema. Empero, incluso al considerar las legítimas diferencias institucionales y económicas de cada país, los mecanismos de control previo de operaciones de concentración han sido bien recibidos y recomendados por diversas organizaciones mundiales; en particular por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), organización que ha hecho un esfuerzo relevante en promover la implementación de estos sistemas en los países latinoamericanos (OCDE & BID, 2012).

Desde una perspectiva de la política de libre competencia, un control *ex ante* o preventivo permite identificar los riesgos anticompetitivos presentes en las operaciones de concentración que tendrán efectos negativos en los mercados, antes de que estos efectos se vuelvan una realidad y sea difícil volver al estado previo de su materialización (lo que se conoce en inglés coloquialmente como *unscramble the eggs*, o en español como **sacar los huevos a la tortilla**). Por otro lado, para los agentes económicos un control previo puede traer aparejados varios beneficios: (i) otorga certeza y objetividad en cuanto a qué concentraciones serán objeto de una mayor atención por parte de la autoridad; (ii) permite contemplar garantías procesales ade-

<sup>1</sup> En Argentina, las concentraciones económicas deben ser notificadas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en los plazos y con las formalidades de ley, establecidos en el artículo 9 de la Ley 27442, el Decreto Reglamentario 480/2018, la Resolución 40/2001 de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, y la Resolución 208/2018 de la Secretaría de Comercio.

<sup>2</sup> En Brasil, la normativa para el control de concentraciones empresariales se encuentra en la Ley 12529, que contempla un procedimiento de notificación previo obligatorio ante el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE). La Resolución 2, de 29 de mayo de 2012 contempla el procedimiento de notificación de las operaciones de concentración.

<sup>3</sup> En Colombia, el procedimiento de control de operaciones de concentración se encuentra en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 2153 de 1992, y la circular interna de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), que es la autoridad de competencia de este país.

<sup>4</sup> En Chile, según se explicará más adelante, la regulación del procedimiento de notificación y control de operaciones de concentración se encuentra en el Título IV del Decreto Ley 211 y en el Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración 33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo del 1 de marzo de 2017.

<sup>5</sup> En Ecuador, el procedimiento de control a las operaciones de concentración se encuentra en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del 2011. El control de concentraciones se hizo efectivo con la implementación de la estructura administrativa de la Autoridad en septiembre de 2012.

<sup>6</sup> En México, el procedimiento de concentraciones se desarrolla principalmente ante la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), y su regulación se encuentra en la Ley Federal de Competencia Económica.

<sup>7</sup> En Uruguay, mediante la Ley 19833 que reformó la ley de competencia en septiembre de 2019 y el Decreto 194/020, dictado en julio de este año, se dio forma al nuevo sistema de control previo de concentraciones. La autoridad encargada de revisar las concentraciones es la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.

cuadas y específicas a la revisión de una concentración, incluyendo un procedimiento específico para la negociación de medidas de mitigación en caso de que sean necesarias; y, (iii) define el estándar al cual se debe someter el control, lo que se puede ver complementado por guías administrativas e interpretaciones de las autoridades de competencia (Nehme & Mordoj, 2012).

Los beneficios mencionados dependen en gran medida de la estructura institucional y la normativa del derecho de competencia de un país, lo que se verá matizado por el funcionamiento práctico de las políticas de la libre competencia. En este sentido, cobra relevancia la evolución casuística y doctrinal del Derecho de la Libre Competencia, junto al conocimiento técnico y la experiencia de los profesionales que integran los órganos revisores. Debido a lo anterior, un buen sistema regulatorio en el papel no necesariamente va a implicar que el sistema sea serio y eficiente en la práctica.

Los controles previos de operaciones de concentración también presentan una serie de desafíos. En efecto, un buen sistema de control previo debe equilibrar la realización de un análisis sustantivo que permita resguardar adecuadamente la libre competencia, con la eventual dilación innecesaria que dichos procesos pueden suponer para el cierre de las transacciones. Lo anterior se relaciona a los errores tipo I y tipo II que puede generar el sistema. El error tipo I corresponde a prohibir una operación de concentración que debió ser aprobada, al no presentar riesgos a la competencia; mientras que el error tipo II supone aprobar una operación de concentración sin medidas, cuando esta generaba riesgos sustanciales a la libre competencia. Ambos errores, como se verá más adelante, se relacionan a los umbrales definidos para el control obligatorio, las sanciones fijadas en el caso de no cumplir con la obligación de notificar y la posibilidad de discutir con la autoridad las medidas de mitigación (González & Benítez, 2009). Dichos errores siempre van a existir, pero un buen sistema debe tener por finalidad minimizarlos, y equilibrarlos con los costos de transacción adicionales que supone el control por parte de la autoridad (Nehme & Mordoj, 2012).

La eficiencia y eficacia institucional, junto con la normativa cobra relevancia considerando que existen concentraciones que tienen efectos en múltiples ordenamientos, por lo que la cooperación y coordinación entre las distintas autoridades de libre competencia en materias de control de operaciones de concentración se torna clave desde una perspectiva de política pública económica (OCDE, 2011, p. 11). A pesar de que los mercados relevantes en los que inciden dichas concentraciones

pueden variar de un país a otro, puede haber casos en que los mercados afectados no difieren sustancialmente, lo que permitiría la aplicación de criterios de revisión similares, facilitando la toma de decisiones de las autoridades de competencia en las distintas jurisdicciones (OCDE, 2011, p. 11). Teniendo a la vista la necesidad de una efectiva cooperación y coordinación entre las distintas autoridades de libre competencia, la experiencia chilena en el control previo obligatorio de operaciones de concentración puede nutrir la futura ejecución que haga el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) del nuevo sistema de operaciones de concentración en Perú, tomando nota de las lecciones de Chile para fortalecer tanto su práctica interna del Derecho de la Libre Competencia, como su coordinación con la autoridad chilena.

Considerando lo anterior, este trabajo es un esfuerzo por describir y comparar el actual y futuro sistema de control de concentraciones del Perú con el sistema vigente en Chile, para proponer lineamientos que faciliten una mayor coordinación y cooperación en el marco de la revisión de concentraciones con efectos en ambos países. Con esta finalidad en mente, el presente trabajo se divide de la siguiente manera: la sección II contempla una descripción y análisis del sistema de control de operaciones de concentración en Perú; así, describimos el control previo obligatorio vigente en el sector eléctrico, para luego analizar el nuevo sistema de control de concentraciones que entrará en vigor a partir de los próximos meses del 2021, incluyendo todas sus modificaciones. En la sección III describimos someramente el sistema de control previo de operaciones de concentración chileno para luego, en la sección IV, analizar las similitudes y diferencias entre los sistemas de ambos ordenamientos. Posteriormente, en la sección V, evaluamos los aprendizajes que se pueden extraer del sistema chileno, desde su dimensión institucional y práctica. En la sección VI, entregamos lineamientos generales para una mayor cooperación y coordinación entre las autoridades y los sistemas de control de concentraciones en Latinoamérica, para finalmente concluir en la sección VII.

## II. LA REFORMA AL SISTEMA DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS EN PERÚ

### A. Antecedente: el control previo obligatorio en el sector eléctrico

Actualmente Perú tiene un control obligatorio de operaciones de concentración empresarial aplicable solo a aquellas transacciones vinculadas

al sector eléctrico. El procedimiento de control previo y obligatorio se estableció mediante la Ley 26876 en el año 1997, denominada Ley Antimonopolio y Anti-oligopolio del Sector Eléctrico. Su aplicación es limitada a concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación, transmisión y/o distribución de energía eléctrica. En cuanto a su diseño institucional, este corresponde a una notificación obligatoria ante el Indecopi de las concentraciones de tipo vertical y horizontal sobre un determinado umbral. Dicha ley se deroga con la entrada en vigencia de la Ley 31112, la que aun requiere de la publicación de su reglamento.

Para que una operación del sector eléctrico se someta a dicho procedimiento, es necesario que concurren las siguientes circunstancias:

1. Que la transacción se trate de una concentración

La legislación es bastante amplia al describir qué debe comprenderse por concentración. Así, el artículo 2 de la Ley 26876 señala lo siguiente:

Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación *joint venture*, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares (1998).

En otras palabras, lo relevante es que exista una pérdida de independencia entre los agentes económicos o cambios en la estructura del mercado. Esto se puede materializar mediante diversas maneras, dentro de las cuales se incluye la adquisición de la mayoría de los derechos a voto de una sociedad, la habilidad de elegir miembros del directorio, o la adquisición de votos que permitan el veto o aprobación de decisiones fundamenta-

les para la empresa. Este concepto amplio, por lo tanto, subsume bajo la categoría de concentración incluso la adquisición de intereses minoritarios, cuando dicha adquisición permita tener control sobre el directorio ya sea mediante veto, remoción o designación de sus miembros.

2. Que la transacción supere un umbral (presencia de mercado o participación de mercado)

Adicionalmente, solo deben notificarse a Indecopi las concentraciones que traspasen el umbral definido en la ley. Dicho umbral está definido conforme a la participación de mercado de las empresas y varía conforme a si se trata de una concentración horizontal o una vertical<sup>8</sup>. En este sentido, el artículo 3 inciso 2 de la Ley 26876 señala lo siguiente:

Concentración horizontal: Se tendrá que notificar a Indecopi si la transacción implica que las partes tras la operación, ya sea de forma conjunta o separada, alcanzarán el equivalente a una participación de mercado del 15% o mayor.

Concentración vertical: Que la transacción implique que las partes, ya sea de forma conjunta o separada, alcanzaran el 5% o más de cualquiera de los mercados involucrados (1998).

Los porcentajes de participación son definidos por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osiner), el que determina semestralmente los porcentajes de participación en el mercado de las empresas del sector eléctrico en base a declaraciones juradas que semestralmente deben presentar las mismas. Como se explicará más adelante, la determinación de los umbrales en base a la participación de las empresas en el mercado es un mecanismo menos objetivo y más engorroso de calcular que otros indicadores, como lo son las ventas generadas por los agentes económicos.

En cuanto al procedimiento, la notificación de la operación se debe realizar antes de la materialización de esta, y la Comisión de Libre Competencia del Indecopi cuenta con 30 días para revisar la transacción desde el momento en que la notificación se declara completa. Luego de realizar la investigación, el Indecopi puede aprobar la concentración, o también puede, conforme al artículo 5 de la Ley 26876, adoptar las siguientes medidas: (a) sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de

<sup>8</sup> Al menos en Chile, la Fiscalía Nacional Económica, la autoridad administrativa de libre competencia, entiende por concentración horizontal, aquella en que las empresas involucradas son competidoras actuales o potenciales en un mercado relevante dado; por concentración vertical, aquella en que las empresas involucradas operan en distintas etapas de la producción o distribución de un bien o servicio, generalmente con carácter de proveedoras y clientes entre sí; y por concentración de conglomerado, aquella que no tiene el carácter de horizontal ni de vertical (Fiscalía Nacional Económica, 2012).

condiciones, o (b) ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente.

En cuanto a las sanciones, el artículo 6 de la Ley 26876 señala que la Comisión de Libre Competencia del Indecopi podrá imponer a las personas o empresas multas por hasta 500 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) (aproximadamente 629 mil USD)<sup>9</sup> cuando omitan presentar la solicitud de autorización, cuando suministren datos inexactos o no proporcionen la información en los plazos debidos. Adicionalmente, se contempla una multa de hasta el 10% de las ventas de ingresos brutos percibidos por las empresas involucradas, cuando realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa, o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud, pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, cuando materialicen la concentración prohibida, o cuando no cumplan con las medidas ordenadas. Asimismo, el artículo 7 de la ley faculta al Indecopi a disponer o iniciar las acciones que resulten necesarias con el objeto de dejar sin efecto el acto de concentración realizado.

En términos recursivos, corresponde a la Comisión de la Libre Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi conocer y resolver en primera y segunda instancia respectivamente.

En cuanto a los resultados de este procedimiento en el tiempo, nos remitimos a las palabras de Tania Zúñiga Fernández, quien señala:

[e]valuando 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 (2018, p. 7).

## B. Nuevo sistema de control previo obligatorio de operaciones de concentración

La discusión en torno a la necesidad de contar con un régimen de control de concentraciones empresariales se remonta a los años noventa en Perú (Zúñiga Fernández, 2018, p. 228). Es preciso mencionar que, a partir del año 2016, se presentaron un total de once proyectos de ley con la finalidad de regular un procedimiento preventivo

de control de operaciones de concentración en Perú. Asimismo, durante el año 2016, se llevaron a cabo sesiones de la Mesa de Trabajo de Políticas de Regulación y Control de Proceso de Fusiones y Adquisiciones de Empresas, en la cual participaron múltiples organismos del Estado y privados (Zúñiga Fernández, 2018, p. 229).

Por otra parte, el 15 de marzo de 2018, el Grupo de Trabajo Pro-Inversión y Generación del Empleo al interior de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, presentó un informe final sobre la posibilidad de la introducción del control previo de concentraciones empresariales en Perú. Este grupo tuvo un rol crucial puesto que,

[...] 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 (Zúñiga Fernández, 2018, p. 231).

De la misma forma, dicho grupo elaboró el Anteproyecto de Ley, que fue sometido al escrutinio de diversos sectores y actores nacionales e internacionales.

Para defender la conveniencia de un sistema previo de operaciones de concentración, Tania Zúñiga Fernández señaló que,

[l]as posiciones escépticas sobre su conveniencia **[de un sistema de control previo de concentraciones]** 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 consu-

<sup>9</sup> Conforme al Ministerio de Economía y Finanzas el valor de la UIT es de 4300 soles para el año 2020. El cálculo a dólares se hizo considerando que promedio semestral (enero a junio de 2020) del dólar conforme a la estadística del Banco Central de Reserva del Perú fue de 3.415 soles el dólar.

midores (Zúñiga Fernández, 2018, p. 252) [el énfasis es nuestro].

Dicha discusión quedó zanjada mediante la publicación del D.U. 013 en noviembre de 2019, que recogería el texto elaborado por el Grupo de Trabajo en el Congreso. Posteriormente, el 23 de octubre de 2020, el pleno del Congreso aprobó el proyecto de Ley 5913, que daría lugar a la actual Ley 31112, derogando (aunque recogiendo) parte importante de la reforma contemplada en el D.U. 013. De esta manera, y luego de varios cambios, se dio lugar a un control previo de operaciones de concentración aplicable a prácticamente todos los sectores e industrias económicas en Perú, según se detalla en la siguiente sección.

1. El sistema previo de control de concentraciones contemplado en el Decreto de Urgencia 013-2019

Durante el primer semestre del 2021 se espera que rijan en Perú el nuevo sistema de control previo de concentraciones. Este sistema aplica a todas las operaciones que se desarrollen en el marco de actividades económicas, salvo las operaciones que involucren a bancos y compañías de seguros que pongan en riesgo la estabilidad del sistema financiero, las que solo requerirán una decisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. De esta manera, mediante una disposición complementaria derogatoria, la ley 31112 deroga la Ley 26876 ya analizada.

La autoridad competente para conocer del control de concentraciones será la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi y el control previo tendrá la finalidad de identificar si una operación tiene la aptitud de ocasionar efectos restrictivos significativos de competencia en el mercado, tal como se indica en el artículo 21.4 de la Ley 31112, junto con el objetivo de “promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”, señalado en el artículo 1 de la Ley 31112 (2021).

En cuanto a su estructura, se someterán al control previo todas aquellas operaciones de concentración empresariales, siendo estos cualesquiera actos u operación que implique una transferencia o

cambio en el control de una empresa o parte de ella. Adicionalmente, conforme al artículo 5.1 de la Ley 31112, lo anterior puede ocurrir como consecuencia de las siguientes vías:

1. Una fusión de dos o más agentes económicos, los cuales eran independientes antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.
2. 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.
3. 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.
4. La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos (2021).

Lo anterior excluye aquellas hipótesis de transacciones que involucren a empresas de un mismo grupo económico, entendiéndose estas como parte del crecimiento de la empresa, tal como lo indica el artículo 5.2. de la Ley 31112.

Adicionalmente, se dispone que se considerará como una única operación de concentración empresarial el conjunto de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en el plazo de 2 años, debiendo notificarse antes de ejecutarse la última transacción o el acto que permite superar los umbrales (artículo 5.3 de la Ley 31112). Este es un cambio que debe ser valorado, en cuanto facilita la aplicación efectiva de la ley, restringiendo la posibilidad de que agentes económicos realicen transacciones fragmentadas (aunque con el mismo objetivo) para eludir la aplicación del control previo<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> La Fiscalía Nacional Económica, la autoridad administrativa encargada de velar por la libre competencia en Chile, señala al respecto que

[a]lgunas veces, varias transacciones, que individualmente no califican como concentración, si son tomadas en conjunto, califican como operación de concentración y se encuentran sujetas a control de la FNE. El propósito de ello es impedir que los agentes económicos evadan el control de esta Fiscalía al dividir o escalar la operación de concentración en varias transacciones (2017, p. 12).

En cuanto a los umbrales fijados para que la operación deba someterse a un control previo, estos son dos umbrales copulativos, según el artículo 6.1. de la Ley 31112, consistentes en que:

- a. La suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales 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 118.000 UIT (aproximadamente 148.5 millones USD) .
- b. El valor de las ventas o ingresos brutos anuales en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial hayan alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 18.000 UIT cada una (aproximadamente 22.6 millones USD) (2021).

Si la operación de concentración no supera los umbrales, la Ley 31112 contempla un mecanismo de notificación voluntaria, y al mismo tiempo contempla la posibilidad de una actuación de oficio del Indecopi en los casos en que haya indicios razonables para considerar que la operación puede generar posición de dominio o afecte la competencia efectiva en el mercado relevante (artículo 6.4 de la Ley 31112). De esta manera, el procedimiento peruano se consolida como uno mixto, contemplando una obligación de notificar, pero otorgando herramientas para perseguir aquellas operaciones que sin traspasar los umbrales puedan restringir la competencia.

En caso de que la operación de concentración supere estos umbrales, y una vez notificada la operación, el control se regirá por un procedimiento de dos fases (artículo 21 de la Ley 31112). Estas se resumen de la siguiente manera:

Fase 1: Tras declarar la notificación completa, el Indecopi tiene 30 días hábiles para decidir si la operación es apta para producir efectos restrictivos en la competencia. En caso de no existir tales efectos, autorizará la operación.

Fase 2: Si Indecopi decide que hay riesgos, se extenderá la investigación por 90 días hábiles de plazo, que pueden extenderse por 30 días hábiles

adicionales de manera fundada. En caso de que no se cumplan dichos plazos será aplicable el silencio administrativo positivo, entendiéndose autorizada la operación.

En cuanto al criterio de evaluación aplicable, la Ley 31112 señala en el artículo 7.1 que “[...] el órgano competente evalúa los efectos de la operación de concentración, a fin de identificar si produce una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados” (2021). Los factores o elementos considerados para tal evaluación se enumeran en el artículo 7.2 y son la estructura del mercado involucrado, la competencia real o potencial de los agentes económicos, la evolución de la oferta y la demanda, las fuentes de distribución y comercialización, las barreras a la entrada en el mercado, el poder económico y financiero de las empresas involucradas, la creación o fortalecimiento de una posición de dominio, y, por último, la generación de eficiencias.

Tras efectuar su análisis de competencia, y conforme al artículo 25 de la Ley 31112, el Indecopi debe emitir una resolución motivada adjuntando los informes que correspondan, y expresando su decisión de autorizar la operación, autorizar la operación bajo la condición de que se cumplan ciertas medidas de mitigación (condiciones), o prohibir la misma.

En caso de prohibición de la operación o si se autoriza con condiciones, los solicitantes podrán apelar al Tribunal del Indecopi<sup>11</sup>, siendo este la última instancia administrativa de las apelaciones interpuestas contra los actos administrativos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi en el procedimiento de control previo, conforme al artículo 14 de la Ley 31112.

En cuanto a las infracciones administrativas, estas son sancionadas por el Indecopi y se distinguen entre leves, graves y muy graves (artículo 27 de la Ley 31112), lo que a su vez determina la graduación de la sanción (artículo 29 de la Ley 31112). Adicionalmente, se contemplan una serie de medidas correctivas en el capítulo VII de la Ley 31112, dentro de la cual se encuentra la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos.

Entre las conductas sancionadas y su gravedad se encuentran, entre otras: no presentar la solicitud

<sup>11</sup> Sobre este punto, es necesario señalar que la existencia de un órgano de investigación, como lo es la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, junto con una segunda instancia resolutoria mediante el Tribunal del Indecopi parece ser una situación atípica a nivel comparado para las autoridades de competencia en el mundo. A pesar de lo anterior, este diseño institucional garantizaría a las partes un procedimiento imparcial y objetivo, separando las funciones de investigación y juzgamiento.

de autorización (leve), ejecutar la operación de concentración antes de haber sido sometida al procedimiento de control previo (conocida en inglés como *gun-jumping*)<sup>12</sup> (grave), y ejecutar la operación de concentración cuando esta fue prohibida (grave). Dentro de las conductas infraccionales también se encuentran las de no proporcionar la información requerida en el plazo previsto (leve) y negarse injustificadamente a suministrar la información requerida, o suministrar información no veraz (muy grave) (Ley 31112, 2021, art. 27).

Por último, es necesario destacar la inclusión expresa de la cooperación interinstitucional entre el Indecopi y otras entidades nacionales o extranjeras, con la finalidad de aplicar adecuadamente la Ley 31112 (Ley 31112, 2021, disposición complementaria undécima).

De esta manera, Perú tomó la decisión de sumarse a los países con un control previo de operaciones de concentración aplicable a todas las actividades económicas, aumentando considerablemente el ámbito de escrutinio del Indecopi en este respecto.

## 2. Elementos destacados del nuevo control de operaciones de concentración empresariales peruano

Revisada la estructura general del control de operaciones de concentraciones empresariales contemplada en la Ley 31112, es posible esgrimir algunas conclusiones generales sobre el sistema de control que será aplicado en Perú.

En primer lugar, es necesario destacar que se trata de un sistema mixto (con notificación obligatoria o voluntaria) de dos fases, con una fase previa de notificación. Lo anterior implica que en la primera fase se le da a la autoridad de competencia la posibilidad de adentrarse en el mercado, conocer sus principales actores y las conductas de los agentes del mercado involucrados. En este sentido, la primera fase tiene el objetivo de conocer el mercado e investigarlo, mientras que la segunda fase tiene lugar solo si se han encontrado riesgos competitivos derivados de la operación o si se requiere una revisión más a fondo. Esto dota de mayor celeridad al sistema, ya que las concentraciones menos complejas que supongan menos riesgos se aprobarán antes que aquellas que requieran un análisis más exhaustivo (OCDE, 2014, p. 102).

En segundo lugar, las legislaciones contemplan claros factores o elementos a considerar en la evaluación de los riesgos anticompetitivos generados por las concentraciones. Lo anterior se relaciona estrechamente con el estándar sustantivo que aplicará el Indecopi al evaluar una concentración, que en este caso corresponde a “una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados”, conforme al artículo 7.1. de la Ley 31112. Dicho estándar es similar al contemplado en otros ordenamientos, en particular al empleado por la Unión Europea, correspondiente a “obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado” (en inglés *significant impediment to effective competition*, conocido también por sus siglas SIEC), conforme lo señala el artículo 2 del Reglamento 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

En cuanto a los órganos involucrados, se escoge un procedimiento administrativo, con la posibilidad de impugnar la decisión mediante un recurso jurisdiccional (ante el Tribunal del Indecopi), siendo el Indecopi el encargado de realizar el procedimiento de control, mediante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Lo anterior implica que la competencia para conocer el control de concentraciones quedaría radicada en un órgano especializado en materias de libre competencia, quien tendría la facultad de revisar todas las concentraciones, independiente del sector económico en el cual se desarrollen, salvo las excepciones ya mencionadas. La Comisión cuenta con el apoyo técnico y administrativo de la Secretaría Técnica, a la cual se le asigna un rol investigativo en el procedimiento. Por último, una Sala especializada competente del Tribunal del Indecopi es el órgano jurisdiccional que resuelve en segunda y última instancia administrativa las apelaciones contra los actos administrativos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, así como los procedimientos sancionadores regulados en el D.U. 013.

Por otra parte, la Ley 31112 contempla una serie de sanciones en caso de que los agentes económicos no cumplan con la obligación de notificar, o con la de no materializar la concentración, antes que el Indecopi tome una decisión. En este sentido, la legislación le otorga al Indecopi amplias facultades para adoptar las medidas correctivas necesarias, además de la imposición de multas. Lo anterior se suma a una medida correctiva, correspondiente a que la concentración quede sin efectos legales. Di-

<sup>12</sup> Las hipótesis de infracción conocidas a nivel comparado como “*gun jumping*” corresponden a aquellos casos en que las partes que notificaron una operación de concentración llevan a cabo la misma, contraviniendo la obligación de suspender la materialización de la concentración hasta que se encuentre ejecutoriada la resolución de término dictada en el procedimiento correspondiente.

chas sanciones son muy relevantes, debido a que son en parte lo que hace que el sistema de control previo sea efectivo. Si las sanciones no son lo suficientemente relevantes, los agentes económicos tendrían incentivos para no notificar la operación y pagar las multas (González & Benítez, 2009).

Es también relevante destacar que, a diferencia del procedimiento contemplado en la Ley 26876 aplicable al sector eléctrico, la fijación de umbrales se hace conforme a las ventas de los grupos empresariales o el adquirido, en lugar del cálculo mediante la participación de mercado de las empresas, que es una forma menos técnica y precisa de determinar los umbrales (Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup, 2008, p. 14). La cuestión de los umbrales es particularmente controvertida, en cuanto estos deben constituir un parámetro cuantificable, selectivo y objetivo a partir del cual se le atribuye a la autoridad de competencia la potestad de evaluar la operación de concentración. Debido a lo anterior, se deben considerar las características del país en particular, como también criterios que permitan integrar los costos de la transacción asociados a la evaluación, la carga administrativa de la autoridad, la protección de la iniciativa privada y la libertad de empresa (Zúñiga Fernández, 2018, p. 234).

Las características anteriores hacen que el sistema de control previo de operaciones de concentración delineado en la Ley 31112 sea sistemático, claro, con un procedimiento de revisión objetivo (al contar con dos instancias diferenciadas), además de contar con incentivos claros para que los agentes económicos se sometieran al procedimiento. Ciertamente, mediante este nuevo control de concentraciones Perú se integraría a las mejores prácticas mundiales en materia de libre competencia (OCDE & BID, 2018, p. 118).

### III. EL SISTEMA DE CONTROL PREVIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN CHILENO

Antes de la entrada en vigor del procedimiento de control de operaciones de concentración conteni-

do en el Título IV, el Decreto Ley 211 (en adelante, D.L. 211)<sup>13</sup> no contemplaba un procedimiento claro y específico para el control de operaciones de concentración. Lo que pasaba en la práctica es que el D.L. 211 sancionaba conductas ilícitas, tal y como el abuso de posición dominante o la colusión (controladas de forma *ex post*) y otorgaba la opción de consultar preventivamente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia<sup>14</sup> (en adelante, TDLC) si ciertos actos o contratos podrían dar lugar a dichos ilícitos. Dentro de estos actos se encontraban las concentraciones (Nehme & Mordoj, 2012, p. 89). En dicha instancia, participaban tanto los agentes económicos como la Fiscalía Nacional Económica<sup>15</sup> (en adelante, FNE), como eventualmente los terceros que tuvieran un interés legítimo en el resultado de la consulta. Este procedimiento de consulta voluntaria generaba una serie de dificultades, no tanto por las decisiones de fondo del TDLC, sino por los problemas asociados al diseño institucional y procesal.

Esta deficiencia institucional y procesal se traducía en que las operaciones de concentración se suspendían por el solo hecho de que un tercero iniciara el procedimiento de consulta, incluso si dicha solicitud se realizaba de forma infundada. Además, el procedimiento era bastante largo, tardando entre 12 a 14 meses, incluyendo el recurso de reclamación ante la Corte Suprema. Lo anterior se sumaba a que no existía una etapa procesal *ad hoc* para que las partes propusiera medidas de mitigación a la autoridad de competencia (Nehme & Mordoj, 2012).

La falta de claridad sobre el procedimiento aplicable implicó que, en realidad, los casos se resolvieran de forma disímil, y sin lograr dar certeza jurídica a los agentes económicos que participaban en la misma (Nehme & Mordoj, 2012, pp. 89-90).

Particularmente ilustrativo de estos problemas fue el informe emitido por la OCDE en el año 2014 que evaluaba el régimen de control de concentraciones en Chile, el que señalaba “[l]a principal conclusión de este informe es que el actual régimen de con-

<sup>13</sup> El Decreto Ley 211 que fija normas para la defensa de la Libre Competencia, se publicó en el Diario Oficial Edición 28733 de fecha 22 de diciembre de 1973 y su versión refundida, sistematizada y coordinada fue fijada por el Decreto Supremo 511 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de 27 de octubre de 1980. Ha sido modificado por las leyes: a) 18118, de 22 de mayo de 1982; b) 19336, de 29 de septiembre de 1994; c) 19610, de 19 de mayo de 1999; d) 19806, de 31 de mayo de 2002; e) 19911, de 14 de noviembre de 2003; f) 20088 de 5 de enero de 2006; y g) 20945, que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia, se publicó en el Diario Oficial Edición 41.546 de fecha 30 de agosto de 2016, esta última en adelante la “Reforma”.

<sup>14</sup> El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional chileno especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema cuya función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. Es un tribunal colegiado, integrado por tres abogados y dos economistas.

<sup>15</sup> La Fiscalía Nacional Económica es un servicio público descentralizado e independiente, encargado de velar por el respeto a la libre competencia. Está a cargo del Fiscal Nacional Económico, quien actúa independientemente de cualquier autoridad o tribunal.

trol de operaciones de concentración carece de transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad, elementos clave para un eficaz sistema de control de concentraciones” (OCDE, 2014, p. 7).

Tomando el guante dejado por la OCDE (y como condición para la inclusión de Chile en la Organización), mediante la Ley 20945 de agosto de 2016 se introdujeron una serie de modificaciones al D.L. 211. Entre los cambios más relevantes, destaca la creación del Título IV llamado De las Operaciones de Concentración, que crea un régimen mixto de control de concentraciones<sup>16</sup>, destacando el régimen previo y obligatorio de operaciones de concentración que superen cierto umbral de ventas, definido por la FNE<sup>17</sup>.

Como resultado de la reforma, desde el 1 junio de 2017 se encuentra vigente el régimen obligatorio de las operaciones de concentración que, de forma resumida, consiste en una revisión administrativa desarrollada por la FNE en dos fases y en eventual recurso de revisión resuelto por el TDLC. La primera (fase 1) corresponde a una evaluación de la operación en un plazo máximo de 30 días. Tras esta etapa, la FNE puede aprobar la operación (con o sin medidas de mitigación), o extender la investigación –mediante resolución fundada– a una segunda fase. La segunda (fase 2) tiene una mayor duración, siendo esta de un máximo de 90 días, y tiene como propósito la evaluación de si la operación puede reducir sustancialmente la competencia. Tras esta fase, además de poder aprobar la operación (ya sea con o sin medidas de mitigación), la FNE podría eventualmente prohibirla, caso en el cual procede el recurso de revisión especial ante el TDLC. Las partes notificantes pueden negociar medidas de mitigación con la FNE, teniendo incluso plazos de suspensión del procedimiento para tales efectos.

En cuanto al detalle del control previo de operaciones de concentración, es necesario aclarar que solo quedan sujetos a control obligatorio (y por lo tanto tendrán que ser notificados a la FNE) aquellos actos

o hechos que califiquen de operación de concentración y sobrepasen los umbrales definidos.

Las operaciones de concentración se pueden concretar mediante diversas vías, contempladas en el artículo 47 del D.L. 211:

Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías:

- a. Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.
- b. Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.
- c. Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente.
- d. Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título (1973).

Lo relevante, conforme al inciso 1 del artículo 47 del D.L. 211 es que exista pérdida de independencia de los agentes económicos, que no forman parte de un mismo grupo empresarial<sup>18</sup>.

En cuanto a los umbrales, estos son fijados por la FNE. La última modificación se hizo mediante la Resolución Exenta 157 del 25 de marzo de 2019<sup>19</sup>, y señala que deberán notificarse a la FNE las operaciones de concentración en que se cumplan los dos criterios copulativos:

<sup>16</sup> Un régimen mixto es aquel en que existe una obligación de notificar las concentraciones que traspasen cierto umbral, y bajo ese umbral existe la posibilidad de hacer una notificación voluntaria a la autoridad de competencia, además de la facultad de investigar concentraciones de oficio por parte de la autoridad.

<sup>17</sup> Para más información sobre el control previo obligatorio de operaciones de concentración, sugerimos visitar la página web de la FNE.

<sup>18</sup> Conforme al mismo artículo 47 del D.L. 211:

Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que ofrezca o demande bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios (2019).

<sup>19</sup> Recientemente, el día 17 de agosto de 2020, el Fiscal Nacional Económico, Ricardo Riesco, anunció mediante la prensa su intención de bajar el umbral de ventas. En caso de realizarse una modificación en los umbrales, esta se efectuaría antes de que termine el año 2020.

- i. Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, montos iguales o superiores a 2.5 millones de Unidades de Fomento (en adelante, UF) (aproximadamente 100,7 millones USD).
- ii. Que la suma Que, en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación por montos iguales o superiores a 450 mil UF (aproximadamente 18,1 millones USD) (2019).

Al igual que en la jurisdicción peruana, una vez notificada la operación, no se podrá perfeccionar sino hasta que sea aprobada por la FNE o por el TDLC en su oportunidad.

En cuanto al procedimiento de revisión, este comienza una vez que la FNE declara completa la notificación. Si las partes presentan dudas sobre si es necesario o no presentar una notificación, pueden someterse a una prenotificación voluntaria, que consiste en la posibilidad que tienen las partes de una operación de concentración de contactar a la FNE, en forma previa a la notificación que pretenden realizar, con el objeto de preparar la información requerida por el Decreto 33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 1 de marzo de 2017, que Aprueba Reglamento Sobre la Notificación de una Operación de Concentración y resolver las dudas que puedan tener al respecto.

Una vez declarada completa la notificación, la FNE dicta una resolución de inicio de su investigación, la que se divide en dos fases:

Fase 1: la FNE cuenta con un plazo de 30 días para evaluar la operación, plazo en el cual deberá adoptar una de las siguientes decisiones:

- i. Aprobar la operación pura y simplemente;
- ii. Aprobar la operación a condición de que se cumpla con las medidas ofrecidas por el notificante;
- iii. Extender la investigación hasta por 90 días para recabar más antecedentes. Si la FNE no

responde dentro de plazo, se entenderá que aprueba la operación.

Fase 2: en caso de que la FNE decida extender la investigación por 90 días adicionales, al término de este puede:

- i. Aprobar la operación pura y simplemente;
- ii. Aprobar la operación a condición de que se cumpla con las medidas ofrecidas por el notificante; o
- iii. Prohibir la operación notificada.

En cuanto al criterio sustantivo de revisión de la FNE (y eventualmente del TDLC), está dirigido a realizar un examen sustantivo con el objeto de determinar si la operación analizada **cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia**. El que fue introducido en nuestra legislación en base a las recomendaciones efectuadas por la OCDE (OCDE, 2014, p. 12).

Finalmente, se podrá deducir un recurso de revisión especial en el TDLC en caso de que la FNE prohíba la operación, para lo cual el interesado tendrá un plazo de 10 días desde la notificación de la resolución. Excepcionalmente, procederá un recurso de reclamación ante la Corte Suprema en caso de que se apruebe la operación sujeta a medidas de mitigación (o remedios) distintos de aquellos ofrecidos por las partes<sup>20</sup>.

Las partes pueden notificar voluntariamente las operaciones de concentración que pretendan materializar, y la FNE puede iniciar de oficio investigaciones en la materia hasta un año después de perfeccionarse, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 del DL 211. Esto es lo que hace que el sistema de control chileno sea uno mixto, y no uno puramente obligatorio o voluntario.

En cuanto a las medidas de mitigación, es necesario destacar que conforme al artículo 53 inciso 3 del D.L. 211 las partes tienen el derecho de “[...] ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiere producir para la libre competencia” (2019). Las medidas se ofrecen por escrito y no constituyen un reconocimiento de

<sup>20</sup> El artículo 31 del DL 211, en su inciso final señala que,

[e]n contra de la sentencia que pronuncie el Tribunal en virtud de lo establecido en este artículo no procederá recurso alguno, a menos que aquella hubiere condicionado la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por las partes de conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. En este último caso, tanto las partes como el Fiscal Nacional Económico podrán deducir el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27 (2019).

la existencia de los riesgos que a través de ellas se pretendan mitigar. Las medidas de mitigación son muy relevantes en el procedimiento de control de operaciones de concentración, debido a que la implementación de estas puede evitar que operaciones que en su diseño original presentaban riesgos para la libre competencia sean bloqueadas por las autoridades competentes. En este sentido, si las medidas de mitigación propuestas por las partes se hacen cargo de manera adecuada de los riesgos anticompetitivos identificados, la concentración deberá ser aprobada, sujeta al cumplimiento de dichas medidas.

Destaca de este procedimiento que la intervención de terceros se ve fuertemente limitada, debido a que los terceros que no hayan tomado parte en la operación de concentración no podrán notificarla a la FNE. Adicionalmente, el expediente de investigación no es público durante la Fase 1. Solo en el caso de que la FNE dicte resolución abriendo la Fase 2, se publicará una versión del expediente y se llamará a los terceros interesados a aportar antecedentes, conforme al artículo 55 del D.L. 211.

Por último, en cuanto a las sanciones, el sistema de control de concentraciones chileno contempla sanciones por no notificar la concentración, por materializarla de forma previa a su aprobación, o por materializarla cuando esta ha sido prohibida. Adicionalmente, existen sanciones para las partes que no aporten la información requerida por la FNE durante la investigación, o aportes información parcial o falsa.

El artículo 3 del D.L. 211 señala que

[p]ueden aplicarse las medidas del artículo 26, así como aquellas preventivas, correctivas, o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes:

- a. Infrinjan el deber de notificación que establece el artículo 48 [Obligación de notificar las operaciones de concentración que sobrepasen los umbrales señalados].
- b. Contravengan el deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la Fiscalía Nacional Económica y que se encuentre suspendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.
- c. Incumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración, al tenor de lo dispuesto en los artículos 31 bis, 54 o 57, según sea el caso.

- d. Perfeccionen una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que haya prohibido dicha operación, de conformidad a lo establecido en los artículos 31 bis o 57, según corresponda.
- e. Notifiquen una operación de concentración, de conformidad al Título IV, entregando información falsa (1973).

Las medidas señaladas en el artículo 26 del D.L. 211 son amplias. En resumen, estas son las medidas que puede adoptar el TDLC en estos casos:

- a. Modificar o poner término a actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos.
- b. Modificar o disolver sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas.
- c. Aplicar multas a beneficios fiscales hasta una suma equivalente al 30% de las ventas del infractor correspondiente a la línea de productos o servicios asociados a la infracción, por el periodo por el cual se haya extendido la infracción. Si no se puede determinar este monto, se puede aplicar una multa hasta por 60.000 UTA (aproximadamente 44,6 millones USD)<sup>21</sup>. Las multas pueden ser impuestas a la persona jurídica, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo (2019).

El mismo artículo 26 del D.L. 211 señala en su letra e) que en caso de que se infrinja el deber de notificar a la FNE, la multa asciende hasta 20 UTA —es decir, Unidades Tributarias Anuales— (aproximadamente 14,8 mil USD) por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración.

Adicionalmente, el artículo 39 letra h) y j) contempla sanciones para quienes no colaboren o entreguen información falsa durante la investigación de la FNE.

Las sanciones se someten al procedimiento del art. 39 letra h), tramitándose por un procedimiento expedito ante el TDLC, o poniéndose en conocimiento los antecedentes al Ministerio Público, que ejerce la acción penal pública en caso de que la sanción sea penal.

De esta manera, el sistema chileno contempla una serie de sanciones, que van desde multas hasta

<sup>21</sup> Para calcular esta aproximación se tomó el valor de la UTA a junio de 2020, equivalente a \$604.464 pesos chilenos. En cuanto al dólar, se tomó el valor semestral del dólar (enero a junio de 2020) siendo este de 812,8 pesos chilenos el dólar.

sanciones penales, para asegurar que se generen los incentivos adecuados para que las partes notifiquen la concentración y aporten la información de forma oportuna durante la investigación de la FNE.

#### IV. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES PERUANO Y EL CHILENO

##### A. Similitudes entre ambos sistemas

Las similitudes entre el control previo de operaciones de concentración chileno y el futuro sistema peruano son varias, entre ellas:

1. El control es realizado por una autoridad de competencia administrativa y no por un Tribunal: en el caso chileno, la autoridad encargada del proceso de revisión inicial es la FNE, mientras que en el caso peruano es la Comisión de Libre Competencia del Indecopi. En ambos casos se contempla una instancia de revisión o apelación de la decisión de prohibición de la operación ante un Tribunal administrativo especial. En cuanto al nivel y garantías de independencia de las autoridades de control frente a los Gobiernos, en el caso de Chile destaca que, al contar tanto la FNE y el TDLC con patrimonio propio y un sistema de nombramiento indirecto, se asegura un alto nivel y garantías para su independencia de los gobiernos de turno. En el caso de Indecopi, se ha destacado la necesidad de establecer mayor autonomía e independencia, proponiéndose incluso la autonomía constitucional del organismo.
2. Las hipótesis que configuran las operaciones de concentración son amplias: en ambos casos, la enumeración realizada por la ley es equivalente. Es necesario notar, sin embargo, que lo relevante no es la forma en que se materialice la concentración, sino el concepto de pérdida de independencia de un agente económico o un activo clave. Sobre este punto, el Indecopi podría desarrollar una guía para entregar más precisión sobre qué debe entenderse por una concentración, como lo hizo la FNE.
3. Los umbrales para someter las operaciones a control previo tienen como base las ventas de las empresas: este criterio es particularmente relevante, considerando que las participaciones de mercado de las empresas son parámetros difíciles de cuantificar de manera exacta y exigen determinar de forma previa el mercado relevante afectado. Esta forma de definir los umbrales hace que estos sean de-

finidos de una manera clara, cuantificable y objetiva (Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup, 2008).

4. Notificación voluntaria y la facultad de actuar de oficio de las autoridades de libre competencia en caso de que no se superen los umbrales: la notificación voluntaria permite a los agentes económicos obtener la seguridad jurídica de que su operación no será revisada posteriormente, mientras que la actuación de oficio resuelve ciertos problemas que puede generar la fijación de los umbrales, lo que ha destacado particularmente en el caso de operaciones en mercados digitales, donde la adquisición de competidores incipientes suele no superar los umbrales fijados. En cuanto a la ley peruana, esta no fijó un plazo para ejercer la facultad de actuar de oficio del Indecopi (artículo 6.4 de la Ley 31112), mientras que en el caso chileno, la FNE tiene el plazo de un año tras la materialización de la operación para ejercer dicha facultad (artículo 48 inciso noveno del D.L. 211). La falta de un plazo para ejercer la facultad de oficio podría traer aparejados problemas de certeza jurídica de los agentes económicos involucrados en la operación de concentración.
5. Separación en dos fases del procedimiento de control ante la autoridad administrativa: en ambos casos se trataría de un procedimiento de dos fases, la primera correspondiente a una revisión preliminar sobre los potenciales riesgos de la operación, y la segunda destinada a los casos más complejos que requieren una investigación más profunda, otorgando a las partes la posibilidad de proponer medidas de mitigación que atenuen estos efectos o posibles eficiencias que los compensen.
6. Procedimientos que contemplan Fase 1 de 30 días y la Fase 2 de 90 días: en ambos casos se contempla una primera fase con una duración legal de 30 días y una segunda fase con una duración de 90 días; sin embargo, el sistema peruano contempla la prórroga por 30 días adicionales de la fase 2, lo que podría implicar un procedimiento más largo. Es importante mencionar que además hay diferencias en torno a las excepciones de suspensión y extensión del plazo para la revisión de la autoridad de competencia de las medidas de mitigación.
7. Criterio sustantivo de revisión: en ambos casos el criterio legal sustantivo de revi-

sión es análogo al criterio empleado por la Unión Europea, correspondiente al previamente referido SIEC, es decir, obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado.

8. Suspensión legal del procedimiento en caso de que las partes presenten medidas de mitigación: en el caso de Perú, lo anterior está señalado en el art. 8.4 de la Ley 31112, mientras que en el caso de Chile dicha suspensión se encuentra en el art. 60 D.L. 211.
9. Las sanciones en caso de no notificar la operación o materializarla de forma previa a la decisión administrativa correspondiente: ambas jurisdicciones contemplan multas y otras sanciones por *gun jumping* además de multas por cada día que no se notifique una operación que debía ser notificada de forma obligatoria. Esto es relevante en cuanto determina la efectividad que tendrá el sistema (González & Benítez, 2009).
10. Procedimiento de notificación simplificada: la Ley 31112 peruana señala que el reglamento del decreto podrá simplificar los requisitos de notificación para aquellos tipos de operaciones de concentración que revisan una menor probabilidad de producir efectos restrictivos a la competencia. En Chile, por otra parte, se contempla en el artículo 48 inciso 7 que el reglamento que regula el procedimiento podrá contemplar un mecanismo de notificación simplificada, que requiera del notificante acompañar una menor cantidad de antecedentes. La innovación del D.L. 1510 es clave, en cuanto una parte importante de las operaciones se notifican mediante el formulario de notificación simplificado, como se verá más adelante.

Las similitudes que existen entre ambos sistemas de control previo de operaciones de concentración, en particular las similitudes procesales y en cuanto a los organismos administrativos encargados de la revisión, implican que los casos resueltos en cada jurisdicción pueden ilustrar o dar luces sobre posibles mejoras, críticas u observaciones en el otro sistema. Además, la uniformidad en los procedimientos podría contribuir a su predictibilidad y a la generación de criterios sustantivos comunes de revisión.

### C. Diferencias entre ambos sistemas

A diferencia del sistema peruano, el sistema chileno se ha visto fuertemente complementado por las distintas guías emitidas por la FNE, constituyendo un verdadero *soft law*<sup>22</sup>. Dentro de estas guías, las más relevantes para el análisis de operaciones de concentración son: (i) La Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración (2012), (ii) Guía de Competencia (2017), y la Guía de Remedios (2017). De esta forma, el sistema de control chileno no se encuentra reglado de forma total en el D.L. 211 ni por el reglamento, sino que se encuentra fuertemente suplementado por las guías de la FNE<sup>23</sup>. Sería positivo que el Indecopi peruano adoptara esta práctica, considerando que las guías facilitan la interpretación de la legislación y dan certeza a los actores del procedimiento. El Indecopi ha emitido una serie de guías relativas a la aplicación del derecho de competencia, sin embargo, no ha existido una guía que se refiera al análisis de operaciones de concentración, ni siquiera limitada al sector eléctrico. En este sentido, a diferencia del sistema chileno que se encuentra suplementado por estas guías, el sistema peruano pareció inclinarse por una regulación más acabada dentro de la legislación. Por ejemplo, en la ley se definen los elementos de análisis y los principios inspiradores en el procedimiento. De esta manera, la técnica legislativa peruana permitiría una mayor certidumbre jurídica en torno a elementos sustanciales en el análisis desarrollado por la autoridad de competencia, tal y como los criterios de evaluación de la operación; sin embargo, también podría implicar una obsolescencia de los criterios aplicados, en particular en operaciones de concentración en mercados digitales (Cruz Pinzón, 2019).

Una diferencia sustantiva entre ambos sistemas es que el D.L. 211 determinó en el art. 39 letra o) que es facultad del Fiscal Nacional Económico fijar los umbrales del procedimiento de control de concentraciones. Lo anterior es muy relevante, especialmente si se considera que, en 2 años de vigencia, los umbrales de notificación ya fueron modificados, y el Fiscal Nacional Económico Ricardo Riesco anunció posibles cambios a los mismos (Fiscalía Nacional Económica, 2019). Lo anterior se diferencia de la Ley 31112, ya que los umbrales quedaron fijados en la misma y solo pueden ser modificados por una ley posterior. No obstante, el Indecopi puede sugerir su actualización de manera justificada. Lo anterior podría implicar una

<sup>22</sup> Sobre este punto, es necesario señalar que las Guías de la FNE tienen una fuerte inspiración en las Guías de la Comisión Europea, a pesar de también recoger los lineamientos emitidos por otras autoridades (por ejemplo, los de la Federal Trade Commission de EE. UU.) y la OCDE.

<sup>23</sup> Todas las guías de la FNE se encuentran disponibles en su página web institucional.

mayor lentitud en ajustar los umbrales a la carga administrativa efectiva del Indecopi.

Otra diferencia está en las sanciones aplicables a los agentes económicos en el marco del control de concentraciones. En el caso peruano, el art. 10.3 de la Ley 31112 señala que “[p]rocede la nulidad de oficio respecto del acto que autorizó la operación de concentración empresarial cuando se compruebe fraude o falsedad en la declaración, en la información o en la documentación presentada por el agente económico [...]” (2019). No existe una sanción similar en el caso chileno, sino que son aplicables las sanciones del artículo 26 del D.L. 211 que contempla la posibilidad de poner término actos o convenciones. Algo similar ocurre en el caso de *gun jumping*, ya que el artículo 23.2 de la Ley 31112 contempla la nulidad de los actos derivados de la ejecución, lo que no ocurre en Chile, siendo el TDLC el que tendrá que anular los actos derivados de la concentración no notificada. De forma general, se puede señalar que el D.L. 211 chileno contempla sanciones menos específicas y más abiertas que la Ley 31112 peruana, otorgándole al TDLC la posibilidad de aplicar el amplio abanico de sanciones contemplado en el art. 26 del D.L. 211.

Otra diferencia entre ambos sistemas es la amplitud del recurso de impugnación que se ejerce ante el Tribunal administrativo. En el caso de Chile, el D.L. 211 contempla un recurso de revisión especial en el artículo 57 del D.L. 211, mientras que la Ley 31112 en el artículo 26 peruano contempla una apelación ante el Tribunal del Indecopi. Lo anterior es relevante, ya que en Chile ha sido controvertida la extensión que debe tener el recurso de revisión especial que conoce el TDLC, como se verá más adelante. El hecho de que Perú se haya remitido al recurso de apelación puede resolver con mayor facilidad cuestiones en torno a la extensión del recurso.

A pesar de las diferencias o matices señalados en esta sección, ambos sistemas de control de concentraciones presentan importantes similitudes, lo que permitiría que los casos resueltos hasta ahora por las autoridades de competencia chilena ilustren o sirvan para anticipar los casos que tenga que evaluar la autoridad de competencia peruana.

## V. APRENDIZAJES DEL SISTEMA CHILENO

El control previo de operaciones de concentración en Chile se encuentra vigente desde el día 1 de junio de 2017, lo que ha implicado que la autoridad

de competencia ya haya revisado más de 100 operaciones de concentración a la fecha<sup>24</sup>. Lo anterior implica un desarrollo sustancial tanto del criterio aplicado por las autoridades de competencia, plasmado en sus resoluciones sobre concentraciones en variados mercados, como también una evolución doctrinal en torno a los criterios sustantivos y procesales aplicables.

### A. Aprendizajes institucionales: el procedimiento

La experiencia chilena se ha visto nutrida por la generación de estudios cuantitativos y doctrina que evalúan de forma crítica y constructiva el procedimiento de control obligatorio de concentraciones. Un ejemplo de estas contribuciones corresponde al estudio elaborado por el Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, realizado con la finalidad de evaluar cuánto tardan las investigaciones de la FNE en materia de fusiones. Este estudio arrojó una serie de conclusiones al evaluar 113 resoluciones de la FNE, tras la implementación del sistema de control preventivo el 1 de junio de 2017 hasta el 15 de enero de 2020 (CentroCompetencia UAI, 2020a).

Entre los resultados más interesantes, se encuentran:

1. Del total de operaciones analizadas, 8 fueron aprobadas con medidas conductuales, 3 con medidas estructurales y 3 fueron prohibidas.
2. El número de operaciones de concentración revisadas al año se encuentra en descenso.
3. Los tiempos efectivos de investigación de la FNE son mayores que los plazos contemplados en la ley, siendo la duración promedio de una investigación de una operación menos compleja equivalente a 63 días corridos desde la presentación de la notificación.
4. Dicho plazo aumenta notoriamente para el caso de las operaciones que pasan a Fase 2, teniendo estas una duración promedio de 274 días corridos. (CentroCompetencia UAI, 2020a)

A partir de esta información, una primera lección para el sistema peruano es la importancia en la claridad sobre lo que constituirá una notificación completa, para que así las partes puedan aportar la mayor cantidad de antecedentes posibles en la

<sup>24</sup> Las resoluciones de la FNE sobre las operaciones de concentración se pueden encontrar en el buscador web de esta institución.

primera fase de revisión y no dilatar este periodo de forma innecesaria. Lo anterior hace prácticamente indispensable un reglamento o una guía que señale detalladamente lo que debe contener la notificación de la operación que presenten las partes al Indecopi.

Por otra parte, la extensión de los periodos de revisión, especialmente en la segunda fase, parecieran anticipar que las autoridades de competencia, una vez que la concentración ya pasó a la Fase 2 del procedimiento, se tomen el tiempo legal para analizarla. Lo anterior podría implicar que el Indecopi haga uso de los 30 días adicionales que permiten prorrogar la Fase 2 que tiene una duración de 90 días. Debido a lo anterior, y considerando que las autoridades administrativas pueden tener incentivos para investigar las operaciones el máximo tiempo posible, es importante destacar que la prórroga deberá siempre ser fundada y excepcional. Al mismo tiempo, la lata extensión de la Fase 2 hace aún más importante la coordinación y cooperación entre las diferentes agencias de libre competencia, para alivianar su carga de análisis y discutir criterios comunes donde sean pertinentes.

#### **B. Aprendizajes de casos prácticos: dos aprobaciones y una prohibición**

Como se señaló anteriormente, la FNE ha resuelto más de 100 casos mediante el sistema de notificación obligatoria de operaciones de concentración. Lo anterior ha implicado un análisis de diversas industrias y mercados, lo que ha permitido consolidar criterios e interpretaciones de las normas aplicables, tanto en su dimensión procesal como institucional. Si bien existen diferencias entre la normativa y la institucionalidad de libre competencia en su conjunto en ambos países, algunos de los casos chilenos, al ser excepcionales, podrían dar luces sobre algunos de los desafíos que enfrentará el sistema peruano. Considerando que el análisis pormenorizado de cada caso escaparía el propósito del trabajo actual, el presente análisis se centra en tres casos, explicando su relevancia y su relación a la normativa procesal y sustantiva de la libre competencia. Lo anterior servirá para ilustrar cómo los casos desarrollados en Chile pueden anticipar o informar futuros casos que se presenten en Perú.

#### **1. Caso Integral/Nutrabien: la aplicación del recurso de revisión**

La relevancia de este caso radica en que es el único en donde se ha evaluado el alcance del recurso de revisión especial ante el TDLC, que permitiría someter a revisión la decisión administrativa tomada por la FNE. Además, este es uno de los pocos casos en que la FNE prohibió una operación de concentración, por lo que también contribuyó a delimitar el estándar legal aplicable.

En cuanto a la operación, en julio de 2017, Ideal S.A. (en adelante, Ideal), Foods Compañía de Alimentos CCU S.A. y CCU Inversiones S.A., notificaron a la FNE una operación de concentración consistente en la adquisición de Alimentos Nutrabien S.A. (en adelante, Nutrabien) por parte de Ideal (Fiscalía Nacional Económica, 2018). En cuanto al mercado o industria en que se desarrollaban ambas partes, Ideal produce y comercializa productos de panadería y pastelería, mientras que Nutrabien produce bizcochos, galletas y otros productos horneados. En cuanto al mercado afectado por la operación, se destaca que “[l]a oferta de las [p]artes se superponía en las categorías de productos de bizcochos, alfajores y galletas dulces; tanto para el canal tradicional como para el canal supermercadista” (Pavic, 2019, p. 390).

La investigación de la operación de concentración pasó a la Fase 2 del sistema control, y las partes de esta negociaron medidas de mitigación de los riesgos identificados en esa fase. A pesar de las medidas propuestas, mediante resolución, en mayo de 2018 la FNE prohibió la concentración, considerando que los antecedentes del expediente acreditaban que la misma era apta para reducir sustancialmente la competencia<sup>25</sup>. A fines de mayo de 2018, las partes presentaron ante el TDLC un recurso de revisión especial, impugnando la resolución de la FNE en cada uno de sus puntos, siendo por lo tanto el primer caso en que el TDLC resolvería este recurso.

Si bien las consideraciones relativas a la parte sustantiva del caso traen lecciones importantes –tal y como la relevancia de la evidencia económica y el limitado aporte del marco teórico del mercado relevante en ciertas operaciones– lo crucial de este

<sup>25</sup> En particular, la FNE consideró (i) las altas participaciones de mercado, que aumentarían significativamente tras la operación; (ii) los índices de presión al alza en precios, que permitan concluir que tras la operación las partes incrementarían los precios por sobre umbrales tolerados; (iii) la cercanía competitiva de las partes, en particular en el segmento de productos específicos como los brownies donde Ideal sería el principal competidor de Nutrabien; (iv) las eficiencias no fueron debidamente acreditadas, dado que no cumplían el criterio de ser verificables e inherentes a la operación; (v) la falta de un nuevo actor que pudiera disciplinar a las partes, debido a las condiciones de entrada al mercado; (vi) las medidas de mitigación fueron consideradas insuficientes para mitigar los riesgos identificados (Pavic, 2019, pp. 392-393).

caso en términos institucionales y procesales es la delimitación que hizo el TDLC del alcance del recurso de revisión, y el impacto que este genera en el control de operaciones de concentración.

Mediante su decisión, el TDLC resolvió acoger el recurso de revisión especial interpuesto por las partes, aprobando la concentración notificada, sujeta medidas de mitigación. Esta decisión fue acordada con un voto de mayoría de tres ministros, mientras que dos ministros votaron en contra. La división fundamental entre los ministros se dio en torno al alcance del recurso de revisión especial: el voto de mayoría en *Recurso de revisión especial deducido por Ideal S.A. (Ideal), Foods Compañía Alimentos CCU S.A. (Foods) y CCU Inversiones S.A. (CCU Inversiones)*, señaló que el recurso de revisión habilita a un **escrutinio tanto sobre el mérito como sobre la validez** de la resolución de la FNE, teniendo el TDLC **amplias facultades para revisar y tomar decisiones** (considerando 6); mientras que el voto de minoría sostuvo que el recurso no tendría el carácter de una apelación ni una reclamación, sino que se debe limitar a una revisión judicial basado en un criterio de deferencia con la autoridad administrativa, corroborando que la misma fuera legal, razonable y no contraría al procedimiento fijado (Pavic, 2019, p. 395).

Finalmente el voto de mayoría fue el que quedó asentado, entre otros motivos, considerando que el artículo 31 bis del D.L. 211 le permite al TDLC, en el marco del recurso de revisión, basarse en información que recabe de oficio o a petición de parte. Lo que se vería corroborado por el hecho de que el mismo artículo habilitaría al TDLC a aprobar la operación, condicionándola al cumplimiento de nuevas medidas de mitigación o condiciones, distintas de aquellas propuestas y negociadas por las partes en la fase administrativa ante la FNE. Esta interpretación, además, sería coherente con la práctica internacional (Pavic, 2019).

De esta manera, la resolución del TDLC vino a resolver una cuestión institucional y procesal no menor, que es la determinación del alcance del recurso de revisión especial ante el TDLC, donde se determinó que su alcance sería amplio, dándole al Tribunal facultades de análisis tanto formal como sustantivas de la decisión administrativa de la FNE.

En el caso del nuevo sistema de control de concentraciones peruano, se establece expresamente que el tipo de recurso será un recurso impugnatorio de apelación ante el Tribunal del Indecopi, siendo este la última instancia administrativa de las apelaciones interpuestas contra los actos administrativos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el procedimiento de

control previo. La delimitación específica sobre los requisitos de procedencia del recurso, fundamentalmente, la adecuación del recurso, la descripción del agravio y la fundamentación del vicio o error, quedarán entregados a la jurisprudencia emitida por el Tribunal del Indecopi. A pesar de que el recurso pueda dar una amplia facultad de revisión, el Tribunal podría —en los hechos— guardar cierta deferencia al Indecopi.

## 2. Caso Copec: *failing firm defense* o excepción de empresa en crisis

En junio de 2020, la FNE resolvió aprobar la operación de concentración entre una estación de servicio (conocidas informalmente en Chile como **bomba** o como **grifo** en Perú) que funcionaba como independiente y Copec (la primera distribuidora de combustibles líquidos del país), en la comuna de Hualpén ubicada en la Región del Bío. La adquisición del control de la estación de servicio por parte de Copec involucraba a la empresa dueña del inmueble donde se encontraba la estación en cuestión (SMR), la que detentaba el derecho de explotación de la estación (CGL) y la empresa relacionada de CGL que subarrendaba y operaba la estación de manera independiente (Chajtur). La operación analizada por la FNE consistía en una serie de actos que en definitiva permitían a Copec operar la estación en Hualpén. La relevancia de este caso deriva del hecho de que es una de las pocas aplicaciones de la excepción de empresa en crisis, conocida también como *failing firm defense* (CentroCompetencia UAI, 2020b).

La defensa de empresa en crisis permite que, en ciertos casos excepcionales, las autoridades de competencia aprueben una operación de concentración que presenta riesgos a la libre competencia, cuando se acredita que, de no mediar la operación, una de las empresas notificantes se vería gravemente afectada en términos financieros, lo que le impediría mantenerse compitiendo en el mercado, perjudicando de esta manera a los consumidores (Bórquez Electorat, 2020). En otras palabras, corresponde a la elección de un mal menor, debido a que supone aprobar una operación riesgosa para evitar que una de las empresas (o todas) no pueda mantenerse en el mercado compitiendo, lo que se traduciría en un aumento de precios, menor calidad, o menor innovación en el mercado. Por lo tanto, se trataría de una defensa que deben esgrimir las partes, una vez identificados los riesgos por parte de la autoridad de competencia, quien deberá evaluar el efecto que tendrá la salida del mercado de la o las empresas en cuestión.

La defensa de empresa en crisis se ha tornado particularmente relevante en el contexto actual

de la pandemia de la COVID-19, considerando que esta excepción o defensa podría potencialmente ofrecer cierta flexibilidad a las empresas que quieren concentrarse y se hayan visto gravemente afectadas por las consecuencias económicas de la COVID-19. Debido a lo anterior, y considerando que Perú comenzará a aplicar el control de concentraciones en un contexto donde dichos efectos serán particularmente graves, son relevantes los argumentos empleados por la FNE en este caso para dar cabida a la excepción de empresa en crisis. Estos argumentos podrían ser considerados en Perú cuando corresponda al Indecopi analizar concentraciones en sectores afectados por las medidas sanitarias y las consecuencias económicas de la pandemia.

De forma previa, es necesario destacar que en Chile no existe una ley que se refiera de forma expresa a la aplicación de la defensa de empresa en crisis. Fue la FNE la que delimitó esta excepción en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración dictada en octubre de 2012 (en esta sección, **Guía**). En la Guía, la FNE describe las condiciones de la excepción de empresa en crisis:

Para configurar la excepción de empresa en crisis las Partes deberán acreditar:

- a. La empresa presuntamente en crisis, a causa de sus problemas económicos, abandonará el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa;
- b. Dicha salida hará inevitable la desaparición del mercado de los activos tangibles e intangibles de esa empresa;
- c. Que no existe otra opción para preservar los activos de la empresa en el mercado, y que sea menos gravosa para la competencia, habiéndose realizado esfuerzos por encontrar alternativas (Fiscalía Nacional Económica, 2012, p. 26).

Para acreditar que se cumplan las condiciones, las partes deben agregar la evidencia que estimen conveniente, que corresponderá principalmente a documentos internos relacionados al estado financiero de las partes.

De forma previa a este caso, la FNE había hecho escasas referencias a la excepción de empresa en crisis, siendo esta invocada solamente en cuatro casos resueltos. Solo en el último caso (Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Red Interclínica S.A. Rol FNE 178-2019) la FNE analizó estrictamente el cumplimiento de las condiciones necesarias para dar lugar a la excepción de empre-

sa en crisis, determinándose que las partes no lograron aportar los antecedentes necesarios, y, por lo tanto, desechándola (Bórquez Electorat, 2020). Por lo tanto, el caso de la estación de servicio de Hualpén toma gran relevancia, debido a que es el primer caso donde expresamente se acepta la excepción de empresa en crisis conforme al estándar fijado en la Guía de la FNE.

En cuanto al análisis concreto, la FNE desarrolló los criterios aplicados para estimar que concurría la excepción de empresa en crisis en un capítulo completo del Informe de Aprobación. Esto anticipa que la excepción debe ser tomada con mucha rigurosidad, para evitar que sea usada como una forma de evadir el control efectivo de una operación de concentración, y que la autoridad apruebe una operación que en el largo plazo será más dañina que beneficiosa para los consumidores.

En este caso, la FNE estimó que se cumplieron los tres requisitos mencionados para dar lugar a la excepción de empresa en crisis, desarrollando los siguientes argumentos:

- i. **La empresa abandonará el mercado a causa de sus problemas económicos** (letra a): la FNE señaló que en cuanto a la situación contable y financiera tanto de CGL como de todo el grupo empresarial, la operación de la estación en Hualpén resultaría inviable sin el apoyo constante y permanente de su grupo empresarial. Tanto CGL como su grupo empresarial se situaba *ad portas* de una insolvencia generalizada (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 8). Es importante destacar que dicha inviabilidad económica era anterior al Estado de Emergencia decretado con la crisis sanitaria derivada de la pandemia de la COVID-19, por lo que se reafirma que, si bien la pandemia puede agravar la situación financiera de una empresa, no basta invocar la pandemia por sí sola para tener acreditado este requisito.
- ii. **La salida hará inevitable la desaparición de los activos** (letra b): la FNE señala que “existe certeza respecto de la consecuente salida de los activos de la Estación Objeto del mercado en caso de abandonar CGL la venta minorista de combustibles” y que “no existe otro agente económico dispuesto o capaz de adquirir y operar los activos, por lo que dicho requisito se encuentra asimismo acreditado” (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 9). Lo anterior se acreditó evaluando todos los posibles escenarios alternativos a la compra de los activos por parte de Copec. Todas las alternativas fueron descartadas, por lo que la

adquisición por parte de Copec era la única alternativa viable.

- iii. **No existen alternativas menos gravosas a la competencia** (letra c): la FNE concluye que “[...] de la información examinada ha quedado suficientemente acreditado que se hicieron, sin éxito, esfuerzos razonables para encontrar opciones alternativas que permitieran preservar los activos de la Estación Objeto en el mercado de manera menos gravosa para la competencia que la Operación propuesta” (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 9). Lo anterior se acreditó descartando la posibilidad de que dos empresas de distribución minorista de combustible (Esmax y Enex) podrían adquirir el control de la estación.

De esta forma, habiéndose acreditado los tres requisitos, la FNE formalmente aceptó la excepción de empresa en crisis en este caso, señalando lo siguiente:

Atendidas las circunstancias excepcionales bajo las que las Partes proponen la materialización de la Operación, caracterizada por la adquisición de un agente económico –la Estación Objeto– en situación de evidente crisis económica, cuyos activos abandonarán el mercado en forma inminente de no mediar la Operación y en que se han acreditado los esfuerzos razonables por preservar los activos de una forma alternativa y menos gravosa para la competencia –situación que ha sido profundizada por el impacto en la Estación Objeto del Estado de Emergencia y la Crisis Sanitaria– es que resulta posible a esta División concluir que se ha configurado respecto de la Operación la excepción de empresa en crisis, atendido que los requisitos establecidos en la Guía para acreditarla se encuentran cumplidos (Fiscalía Nacional Económica, 2020, p. 81).

De esta forma, la FNE ha definido los estándares que hacen aplicable la excepción de empresa en crisis, fijando el estándar en un nivel alto, al evaluar de forma pormenorizada y detallada, sobre la base de la información aportada por las partes, si es que realmente se trataría de la alternativa menos gravosa para los consumidores.

En cuanto a la nueva regulación peruana, es recomendable que el criterio de excepción de empresa en crisis sea desarrollado con mayor precisión en una guía del Indecopi, que será particularmente relevante considerando el sombrío panorama económico que podría legar la pandemia de la COVID-19.

De esta manera, el caso analizado es un excelente ejemplo sobre el rigor que ha adoptado la FNE al delimitar el alcance de la excepción de empresa en crisis. Su análisis revela que las partes deben aportar información suficiente y sustantiva que permita acreditar cada una de las condiciones definidas en la Guía. Considerando que las excepciones de empresa en crisis son poco frecuentes, este caso resulta ser un antecedente particularmente útil, tanto para los futuros casos analizados en Chile como para el Indecopi en Perú, que podría tener en consideración los criterios esbozados a la hora de elaborar su propia guía de análisis de operaciones de concentración, o al enfrentarse a un caso en el que los notificantes hagan valer dicha excepción.

### 3. Caso Iquique: un caso de prohibición

En diciembre de 2019, la FNE prohibió la adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por la empresa Redintereclínica S.A. transformándose en uno de los pocos casos de prohibición por parte de la FNE. Este caso destaca por ser el caso de prohibición más reciente, en que la FNE delimitó nuevamente el criterio aplicable al control de operaciones de concentración (CentroCompetencia UAI, 2019).

En febrero de 2019, las partes notificaron voluntariamente la operación señalada, lo que implicaría que la Red Interclínica participaría en la propiedad de los dos únicos establecimientos hospitalarios privados de la ciudad de Iquique. Una vez declarada completa la notificación, la FNE inició la investigación, solicitando antecedentes a las aseguradoras privadas del sistema de salud chileno (Isapres), a los prestadores institucionales y a otras autoridades sectoriales como el Fondo Nacional de Salud (Fonasa) y a la Superintendencia de Salud. Fue particularmente importante la realización de una encuesta telefónica a usuarios de las clínicas junto con cuestionarios enviados a los médicos de Iquique. La encuesta reveló la fuerte influencia de los médicos en la decisión de sus pacientes al elegir clínicas (40% de los pacientes encuestados lo señaló como principal motivo). Conforme al cuestionario enviado 32 de 45 médicos recomiendan un establecimiento particular para realizar cirugías (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 24). Lo anterior ponía en duda la sustituibilidad de las clínicas privadas con los hospitales del sector público.

Un complejo y extenso análisis de la FNE evaluó los distintos mercados relevantes potencialmente afectados (seis hipótesis distintas) y respecto de todas ellas llegó a la misma conclusión:

Que, bajo esta estructura de mercado y conforme se expondrá, la Operación implica una con-

centración de los dos únicos prestadores privados de salud de atención cerrada en el mercado relevante geográfico, otorgando a la entidad resultante la habilidad y los incentivos para aumentar los aranceles y disminuir la calidad de las prestaciones de salud ofrecidas, en perjuicio de los consumidores y de los diversos actores de la industria de la salud en la ciudad de Iquique (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 4).

Es interesante que la FNE haya indagado en el efecto de la operación en relación con la calidad de los servicios prestados, y no meramente en el precio. Dicha tendencia es acorde a las sugerencias de la OCDE (OCDE, 2018). Conforme a la FNE, la calidad no solo se podía ver disminuida en sus aspectos observables, sino que también en aquellos no visibles para el consumidor. Frente a esto, las partes plantearon que el estricto régimen regulatorio al que se encontraban sujetos implicaría que la calidad no se podría ver afectada. Frente a este argumento, la FNE señaló en su resolución que “[...] la competencia en calidad se extiende más allá de esos mínimos, lo cual queda de manifiesto al analizar el comportamiento comercial de las Clínicas, y las razones de preferencia de los usuarios” (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 4).

Adicionalmente, es destacable que la FNE usó por primera vez un nuevo índice económico, el llamado CMCR (*Compensating Marginal Cost Reduction*). Este índice buscaría capturar el nivel de eficiencias o ahorros de costo marginal requeridos para neutralizar el incentivo a aumentar los precios después de la fusión. Su ventaja sobre los otros indicadores es que permitiría tomar en cuenta el efecto de retroalimentación que se genera con los otros productos existentes en el mismo mercado, dada la presión al alza en precios en el mercado. Este índice se suma a una amplia gama de indicadores previamente usados por la FNE en sus investigaciones de concentraciones, lo que confirmaría la sofisticación de las herramientas econométricas empleadas por las autoridades de libre competencia chilenas (CentroCompetencia UAI, 2019).

Tras sopesar los índices y la evidencia aportada en la investigación, el informe de la FNE es concluyente en que la operación notificada presenta riesgos de competencia unilaterales relevantes, siendo estos los siguientes: (i) la concentración conllevaría el aumento de precios para los usuarios finales a través del copago financiado con el plan de salud; (ii) la calidad se vería reducida sobre aquellos aspectos que superan los límites legales regulatorios; (iii) se estiman altos índices de presión al alza en precios para los servicios hospitalarios, para todos los usuarios finales; (iv) se afectaría el sistema de salud público al verse mermada su posición nego-

ciadora para hacer derivaciones al extrasistema; y, (iv) en cuanto a las prestaciones ambulatorias y de urgencia, se reduciría la competencia al existir alta concentración y existir condiciones desfavorables a la entrada. Estos riesgos no serían contrarrestados por el poder negociador de las aseguradoras, ni por la presión competitiva que puedan ejercer los prestadores privados ubicados fuera de la región de Tarapacá.

Conforme a la resolución de la FNE, las eficiencias propuestas por las partes no serían posibles de verificar, y no cumplirían el estándar de ser inherentes a la operación. Asimismo, tampoco comenzarían el mayor poder de mercado de la entidad resultante.

En cuanto a las medidas de mitigación propuestas, la FNE las rechazó por considerarlas inadecuadas para mitigar los riesgos, al no ser factibles de implementar, ejecutar ni monitorearlas. Se trataría, conforme a la resolución de la FNE, de medidas esencialmente conductuales y transitorias, incapaces de contrarrestar los riesgos de carácter permanente, debido a las condiciones de entrada a los mercados afectados. Considerando los antecedentes jurídicos y económicos contenidos en el expediente de investigación, la FNE concluyó lo siguiente:

Que, en definitiva, el perfeccionamiento de la Operación generará un agente económico dotado de posición monopólica en el mercado de la salud privada de atención cerrada en la ciudad de Iquique, y otorgará a la entidad resultante la habilidad y los incentivos para aumentar los aranceles y disminuir la calidad de las prestaciones de salud ofrecidas, con impacto directo en los usuarios. Dichas aprehensiones no se ven acotadas por los contrapesos presentados, ni suficientemente mitigadas por las Medidas ofrecidas (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 8).

De esta forma, la FNE consolida un criterio de prohibición restrictivo, de *ultima ratio*. En primer lugar, se deben evaluar los riesgos y sopesarlos con las posibles eficiencias de la operación. Si la operación presenta riesgos, se deben evaluar las medidas propuestas por las partes que mitiguen los riesgos. Por último, solo en el caso de que las medidas de mitigación sean insuficientes para contrarrestar de forma efectiva los riesgos, la concentración será prohibida. Lo anterior es confirmado por la cantidad de casos que han sido prohibidos por la FNE: solo 3 de los más de 100 casos analizados.

En este caso, se destaca que la notificación voluntaria y la capacidad de investigar de oficio de la FNE son herramientas muy valiosas, ya que el

hecho de que las partes de una concentración no sobrepasen los umbrales de ventas fijados por la FNE no implica que las operaciones no presenten riesgos desde la perspectiva de libre competencia. Por lo anterior, es necesario que las partes tengan la posibilidad de someter su operación a escrutinio y la autoridad de libre competencia de iniciar investigaciones de oficio.

Los tres casos analizados permiten ilustrar diferentes desafíos que ha enfrentado el sistema de control de operaciones de concentración en Chile y cómo estos han sido resueltos por las autoridades de libre competencia. Su resolución ha sentado relevantes criterios tanto en torno a la delimitación del procedimiento, como a los criterios sustantivos de evaluación aplicables por las autoridades de competencia. Dichas resoluciones podrían informar el criterio que tendrán que aplicar las autoridades de competencia peruanas en la aplicación del nuevo sistema de control de concentraciones.

## VI. HACIA UNA MAYOR COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN EN LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LATINOAMÉRICA

Cada sistema de control de operaciones de concentración debe ajustarse a la realidad de los mercados locales de cada país. En este sentido, sería forzoso fijar umbrales similares o procedimientos idénticos en países que tienen trayectorias diversas en cuanto a su institucionalidad, normativa de libre competencia y desarrollo económico (International Competition Network, 2004).

A pesar de las diferencias locales que puedan existir en cada país, una parte relevante de la información que debe ser aportada por las partes en un proceso de notificación puede fácilmente asimilarse a la que debe ser presentada en otro país. Un ejemplo de esto es la descripción de las actividades de las partes notificantes, los competidores cercanos que tienen en un mercado determinado, la estructura de la transacción y sus plazos de implementación, entre otros. Si bien cada concentración tiene elementos eminentemente locales, lo cierto es que mucha de esta información podría fácilmente asimilarse en las distintas jurisdicciones, y con mayor razón, entre países vecinos.

Debido a lo anterior, la sistematización de la información requerida para notificar es particular-

mente relevante considerando que los plazos de revisión por parte de la autoridad de competencia suelen extenderse más allá de los señalados legalmente, que suelen ser los originalmente contemplados por los notificantes. De hecho, este fue uno de los elementos destacados por el Fiscal Nacional Económico en su última cuenta pública, quien señaló que se debía buscar acortar los plazos de las investigaciones, en particular las que debiesen tener un menor impacto en la competencia (Fiscalía Nacional Económica, 2020).

En cuanto a los criterios de evaluación, su correcta y proporcional aplicación dependerá en parte de la capacidad técnica e institucional que tenga cada autoridad de competencia. Sin embargo, es razonable esperar que las autoridades de competencia, más aún con las innovaciones tecnológicas que permiten la comunicación expedita y directa, puedan discutir sus criterios para mantener cierta uniformidad a lo largo de las jurisdicciones afectadas por la operación (OCDE, 2011). Lo anterior podría implicar que el resultado de la resolución de una operación de concentración que es notificada en un país tenga un resultado equivalente cuando es notificada en otro en que las condiciones del mercado afectado son similares.

Si bien un formulario único de notificación de las operaciones de concentración en Latinoamérica parece un sueño inviable, no parece descabellado sugerir que las distintas jurisdicciones traten de tener criterios comunes en sus guías y regulación de *soft law*, las que son publicadas por las distintas autoridades de competencia (OCDE, 2011). La reunión de criterios de evaluación fácilmente comparables en las distintas jurisdicciones no solo reduciría la carga administrativa para las partes notificantes, sino que facilitaría su revisión, ahorrando tiempo y recursos a las agencias de competencia.

Esta cooperación y coordinación tiene reflejo en la legislación peruana y la chilena, lo que habilita tanto a Indecopi como a la FNE a darle aplicación. En Perú, se incluyó expresamente la cooperación institucional, conforme a memorandos de entendimiento u otros acuerdos institucionales. Por su parte, el D.L. 211 chileno contempla expresamente la colaboración internacional en el artículo 39 letra I). Ambas herramientas de cooperación pueden ser esenciales en casos donde una concentración tenga efectos en ambas jurisdicciones<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Un tema relacionado que sería interesante evaluar es la utilidad y la viabilidad de una futura armonización de los regímenes jurídicos del control de las operaciones de concentración en el marco de las experiencias de integración latinoamericanas, mediante organismos como la Comunidad Andina y el Mercado Común del Sur (Mercosur). En este sentido, podrían existir diversas ventajas y beneficios para el comercio si dichos organismos funcionaran como articuladores de

## VII. CONCLUSIONES

La promulgación del nuevo sistema de control previo y obligatorio de operaciones de concentración empresariales en Perú plantea un gran desafío para el Indecopi y para los agentes económicos del mercado peruano en general. Este implicará adaptarse a un sistema de control riguroso, con la aspiración de resguardar la libre competencia de forma preventiva en todos los mercados, y ya no solo en el sector eléctrico. En este sentido, la experiencia chilena puede ser particularmente útil para comprender los desafíos que enfrentará el control de concentraciones peruano, al tener ambos sistemas una estructura institucional y procedimental similar.

Al analizar la estructura institucional y procesal delineada en la Ley 31112 es claro que el sistema de control de concentraciones peruano que se implementará durante el 2021 es similar al actual sistema chileno, al tratarse de un sistema preventivo definido por umbrales de ventas, donde el procedimiento se desarrolla ante una autoridad administrativa especializada en libre competencia en dos etapas (Fase 1 y 2), y donde existe un recurso de revisión o apelación ante un Tribunal especializado en libre competencia. Lo anterior hace que los casos desarrollados en Chile puedan anticipar las discusiones aplicables a los casos que vayan a presentarse en Perú, y también implica que las guías desarrolladas extensamente por la FNE puedan ser tomadas como un referente en la elaboración de las propias guías futuras de Indecopi.

Los tres casos analizados en este trabajo permiten ilustrar algunas de las discusiones tanto procesales como sustantivas que se han desarrollado en torno al sistema de control previo de concentraciones chileno. Los casos analizados muestran cómo se definió por el TDLC el ámbito de aplicación del recurso de revisión especial, los criterios sustantivos aplicados por la FNE en la aceptación de la excepción de empresa en crisis, además de los criterios tanto económicos como jurídicos que han delimitado el estándar legal aplicable para prohibir una concentración sometida a control. Estas discusiones pueden ser tomadas en consideración por las autoridades y expertos del derecho de la libre competencia en Perú para nutrir su práctica futura. De la misma forma, los futuros casos que se resuelvan en Perú servirán para alimentar la discusión en Chile.

Si bien cada autoridad de competencia tendrá una distinta aproximación a las concentraciones que analiza, no deja de ser menos cierto que la experiencia comparada y las resoluciones de otras autoridades de competencia pueden ser un gran aporte a las prácticas locales, lo que a su vez promueve una mayor uniformidad en los criterios de evaluación de las concentraciones que tienen efectos en múltiples jurisdicciones. Adicionalmente, una cooperación y coordinación efectiva entre las autoridades de competencia podría implicar facilitar el proceso de notificación a los agentes económico y aliviar la carga administrativa que supone la revisión, promoviendo de esta forma controles de concentración más eficientes y eficaces. 

## REFERENCIAS

- Bórquez Electorat, F. (2020). ¿Debiera flexibilizarse la defensa de la firma fallida en época de crisis. *Investigaciones CeCo*. <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/06/B%C3%B3rquez-Debiera-flexibilizarse-la-defensa-de-la-firma-fallida-en-%C3%A9poca-de-crisis-econ%C3%B3mica.pdf>
- CentroCompetencia UAI (2019, 30 de diciembre). *La prohibición de concentración de clínicas en Iquique*. <https://centrocompetencia.com/la-prohibicion-de-concentracion-de-clinicas-en-iquique/>
- (2020a, febrero). *¿Cuánto tardan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica en materia?*. *Investigaciones CeCo*. [https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/02/CeCo\\_Cu%C3%A1nto-tardan-investigaciones-FNE-op-de-concentraci%C3%B3n.pdf](https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/02/CeCo_Cu%C3%A1nto-tardan-investigaciones-FNE-op-de-concentraci%C3%B3n.pdf)
- (2020b, 26 de junio). *La FNE, estación de servicios de Hualpén y empresa en crisis*. <https://centrocompetencia.com/la-fne-estacion-de-servicios-de-hualpen-y-empresa-en-crisis/>
- Cruz Pinzón, L. (2019). Análisis de concentraciones en economías digitales. En V. Facuse & A. M. Montoya, *Desafíos de la libre competencia en iberoamérica* (pp. 95-113). Legal Publishing Chile.
- Fiscalía Nacional Económica (2012). *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentra-*

una armonización legislativa, con el objetivo de uniformar los procedimientos y criterios aplicables a los procedimientos de control de concentraciones, más allá de la posibilidad de coordinación y cooperación entre las autoridades de libre competencia. Lo anterior, podría reforzar la seguridad jurídica y reducir los costos de transacción para los agentes económicos en el marco de las concentraciones empresariales.

- ción. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>
- (2017). *Guía de Competencia*. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia.pdf>
- (2019). Informe de ajuste de umbrales de notificación de operaciones de concentración. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/03/Informe-de-ajuste-de-umbrales.pdf>
- (2020). *Cuenta Pública Participativa FNE*. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/05/Discurso-Cuenta-P%C3%BAblica-Participativa-2019.pdf>
- González, A., & Benítez, D. (2009). Optimal pre-merger notification mechanisms-incentives and efficiency of mandatory and voluntary schemes. *Policy Research Working Papers*. <https://doi.org/10.1596/1813-9450-4936>
- International Competition Network (2004). *Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review*. <https://centrocedec.files.wordpress.com/2015/07/report-on-the-costs-and-burdens-of-multijurisdictional-merger-review-2004.pdf>
- Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup (2008). *Report to the ICN annual conference: Setting Notification Thresholds for Merger Review*. International Competition Network. [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG\\_SettingMergerNotificationThresholds.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_SettingMergerNotificationThresholds.pdf)
- Nehme, N., & Mordoj, B. (2012). Diseños institucionales de control de concentraciones. *Revista Estudios Públicos*, (125), 87-137. [https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304095902/rev125\\_NNehme-BMordoj.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304095902/rev125_NNehme-BMordoj.pdf)
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2011). *Cross-Border Merger Control: Challenges for Developing and Emerging Economies*. <https://www.oecd.org/competition/mergers/50114086.pdf>
- (2014). *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile*. [http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control\\_ESP\\_nov14.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf)
- (2018). *Considering non-price effects in merger control – Background note by the Secretariat*. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/en/pdf)
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] & Banco Interamericano de Desarrollo [BID] (2012). *Seguimiento a los nueve exámenes inter-pares de la política y del derecho de competencia de países de América Latina: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Honduras, México, Panamá y Perú*. [https://www.oecd.org/daf/competition/2012Follow-upNinePeer%20Review\\_sp.pdf](https://www.oecd.org/daf/competition/2012Follow-upNinePeer%20Review_sp.pdf)
- (2018). *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú*. <https://www.oecd.org/daf/competition/exámenes-inter-pares-ocde-bid-derecho-y-politica-del-competencia-peru-2018.htm>
- Pavic Jiménez, L. (2019). Desafíos del sistema de control de operaciones de concentración: un análisis del caso Ideal/Nutrabien. En V. Facuse & A. M. Montoya, *Desafíos de la Libre Competencia en Iberoamérica* (pp. 385-412). Legal Publishing Chile.
- Zúñiga Fernández, T. (2018). El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Bases fundamentales para su regulación. *Ius Et Veritas*, (56), 220-256.

#### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Circular única, Superintendencia de Industria y Comercio, de 19 de julio de 2001, [44.511] Diario Oficial [D.O.] (Col.).
- Decreto 194/020, 15 de julio de 2020, [30.483] Diario Oficial [D.O.] (Uru.).
- Decreto 2153 de 1992, 30 de diciembre de 1992, [40.704] Diario Oficial [D.O.] (Col.).
- Decreto 33, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo aprueba Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración, 1 de marzo de 2017, Diario Oficial [D.O.] (Chile).
- Decreto de Urgencia 013-2019, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 2019 (Perú).
- Decreto Legislativo 1510, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de julio de 2020 (Perú).
- Decreto Legislativo 1033, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2008 (Perú).

- Decreto Legislativo 1034, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2008 (Perú).
- Decreto Legislativo 807, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de abril de 1996 (Perú).
- Decreto Ley 211, Diario Oficial, 22 de diciembre de 1973 (Chile).
- Decreto Supremo 009-2009-PCM, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de febrero de 2009 (Perú).
- Fiscalía Nacional Económica (2018). Informe de prohibición de operación de concentración Ideal S.A. - Nuetrabien S.A. Rol FNE F90-2017 (Chile). [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/05/inpr\\_F90\\_2017.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/05/inpr_F90_2017.pdf)
- (2019). Informe de prohibición de la adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A. (Chile). [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/12/inprh\\_F178\\_2019-1.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/12/inprh_F178_2019-1.pdf)
- (2019). Resolución de aprobación de la Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A. (Chile). [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/aprob57a\\_F216\\_2019.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/aprob57a_F216_2019.pdf)
- (2019). *Resolución de prohibición de la adquisición por par de Redinterclínica S.A. de Clínica Iquique S.A.* (Chile). [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/12/proh57c\\_F178\\_2019.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/12/proh57c_F178_2019.pdf)
- (2020). Informe de aprobación de la adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A. (Chile). [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/inap2\\_F216\\_2019.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/inap2_F216_2019.pdf)
- Ley 1340, 21 de julio de 2009, [47.420] Diario Oficial [D.O.] (Col.).
- Ley 12529 de 30 de noviembre de 2011, Diário Oficial da União [D.O.U], sección 1: 1 del 1 de diciembre de 2011 (Bras.).
- Ley 18118, Legisla sobre el Ejercicio de la Actividad de Martillero Público, 30 de abril de 1982, Diario Oficial [D.O.] (Chile).
- Ley 19336, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción modifica Artículo 7º del Decreto Ley Nº 211, de 1973, sobre Normas para la Defensa de la Libre Competencia, 5 de septiembre de 1994, Diario Oficial [D.O.] (Chile).
- Ley 19610, Fortalece las Atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica, 30 de abril de 1999, Diario Oficial [D.O.] (Chile).
- Ley 19806, Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal, 13 de mayo de 2002, Diario Oficial [D.O.] (Chile).
- Ley 19833, Defensa de la Libre Competencia en el Comercio, 2 de octubre de 2019, [30.286] Diario Oficial [D.O.] (Uru.).
- Ley 19911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 20 de octubre de 2003, Diario Oficial [D.O.] (Chile).
- Ley 20088, Establece como Obligatoria la Declaración Jurada Patrimonial de Bienes a las Autoridades que Ejercen una Función Pública, 27 de diciembre de 2005, Diario Oficial [D.O.] (Chile).
- Ley 20945, Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia, 19 de agosto de 2016, Diario Oficial [D.O.] (Chile).
- Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 1997 (Perú).
- Ley 27442, Decreto Reglamentario 480/2018, Ley de Defensa de la Competencia, 14 de abril de 2018, B.O. (Arg.).
- Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano*, 06 de enero de 2021 (Perú).
- Ley Federal de Competencia Económica [LFCE], Diario Oficial de la Federación [D.O.F] 23 de mayo de 2014, últimas reformas 27 de enero de 2017 (Méx.).
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 10 de octubre de 2011, [555] Registro Oficial (Ecuador).
- Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”), 2004 Diario Oficial (L 024) 1.
- Resolución 2 de 29 de mayo de 2012, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Diário Oficial da União [D.O.U], (105, 1): 88, de mayo de 2012 (Bras.).

Resolución 208/2018, Secretaría de Comercio, 11 de abril de 2018, [33850] B.O. 102 (Arg.).

Resolución 40/2001, Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, 22 de febrero de 2001, [29596] B.O. 12 (Arg.).

Resolución Exenta 157, Adecúa y Fija los Umbrales de las Letras A) y B) del Artículo 48 del Título IV del Decreto Ley Nº 211 de 1973, que Fija Nor-

mas para la Defensa de la Libre Competencia, 25 de marzo de 2019, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. (27 de noviembre de 2018). Recurso de revisión especial deducido por Ideal S.A. (“Ideal”), Foods Compañía Alimentos CCU S.A. (“Foods”) y CCU Inversiones S.A. (“CCU Inversiones”) (Chile). [https://www.tdlc.cl/nuevo\\_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_166\\_2018.pdf](https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_166_2018.pdf)