



DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL PERÚ: NUEVO CONTROL DE ESTRUCTURAS

Pierino Stucchi

Defensa de la competencia en el Perú: nuevo control de estructuras

Diciembre 2021



Pierino Stucchi

Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ESAN del Perú. Socio principal del Estudio Muñiz. Presidente de la Sociedad de Derecho y Empresas Digitales. Ha sido gerente legal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi; funcionario internacional de la Comunidad Andina; y, superintendente adjunto de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).

Luego de un extenso debate sobre la conveniencia de establecer un *control de estructuras*, desde 2021 se encuentra normado dicho control mediante la vigencia de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112, denominada incorrectamente por la autoridad peruana como Ley Antimonopolio, que fue acompañada por un contexto de severo desorden legislativo¹. Este nuevo *control de estructuras* se aplica a todos los sectores de la economía. Previamente, en el Perú solamente existía un control de este tipo en el sector eléctrico en mérito de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico - Ley 26876, que ha sido derogada por la Ley 31112.

I. OBJETIVOS Y FINALIDAD

La nueva Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112 (en adelante, LCCE) tiene por objetivo dotar a la autoridad de defensa de la competencia del Perú de las facultades necesarias para que desarrolle un *control de estructuras*, que implica la autorización previa de operaciones de concentración empresarial². Ello con el propósito de determinar si tales operaciones producen una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados y, a partir de ello, decidir si se autoriza la operación sin condiciones, si se autoriza la operación con condiciones que mitiguen dicha restricción o si no se autoriza la operación por considerar que ninguna condición es capaz de asegurar la mitigación deseada³. Sin embargo, si vencen los plazos que tiene la autoridad para emitir su decisión al respecto, la solicitud de autorización se considera aprobada (regla de silencio administrativo positivo).

1 Como parte de la confusa situación legislativa que se generó antes de la vigencia de la LCCE en 2021, debe recordarse que, en momentos de interrupción del orden constitucional, mientras el Congreso de la República se encontraba disuelto, se emitió en 2019 el Decreto de Urgencia 013-2019 que, con rango de ley, establecía un *control de estructuras* previo de concentraciones empresariales, que estuvo vigente el 1 de marzo de 2021, pero sin reglamentación alguna para su debida aplicación. Transcurridas algunas semanas, la LCCE derogó el decreto antes señalado, que no tuvo aplicación práctica, y estableció el *control de estructuras* vigente actualmente en el Perú.

2 Se ha remarcado que en los sistemas peruano y chileno existen similitudes en los “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 puedan ilustrar o dar luces sobre las 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”. Macarena Alliende S, “El nuevo sistema de control de concentraciones empresariales en Perú a la luz de la experiencia chilena”, *THEMIS Revista De Derecho* 78 (2020), 292.

3 Al respecto, la LCCE establece:
“Artículo 7. Análisis de la operación de concentración empresarial
7.1 En el procedimiento de control previo, 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. (...)”.

Las operaciones de concentración empresarial sujetas a obligatorio control previo, conforme a la LCCE, no pueden ser válidamente ejecutadas hasta que la autoridad de defensa de la competencia en sede administrativa se pronuncie autorizándolas en el correspondiente procedimiento. La LCCE establece que “[l]a ejecución de una operación de concentración empresarial (...) sin haber presentado la solicitud de autorización correspondiente o sin haber esperado hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo, acarrea la nulidad de los actos que se deriven de dicha ejecución, los cuales no surten efectos jurídicos, sin perjuicio de las consecuencias legales que se apliquen (...)”⁴.

Como parte del sistema de defensa de la competencia peruano, la LCCE comparte idéntica finalidad que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – Decreto Legislativo 1034 de 2008 (en adelante, LRCA), pues también señala expresamente, en su artículo 1, que se dirige a “establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.”

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LCCE

Conforme a la LCCE, el control previo de operaciones de concentración empresarial se aplica a operaciones en todos los sectores de la economía. Esta ley señala:

“Artículo 2. Ámbito de aplicación

Se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la presente ley:

1. Los actos de concentración empresarial, conforme a los umbrales previstos en la presente ley, que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, incluyendo actos de concentración que se realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a agentes económicos que desarrollan actividades económicas en el país.
2. Los agentes económicos que oferten o demanden bienes o servicios en el mercado y realicen actos de concentración que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional.”

Una operación de concentración empresarial se define, conforme al artículo 5 de la LCCE, como “todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella”. Definida así, una operación de concentración puede producirse como consecuencia de, entre otras, las siguientes transacciones presentadas en el siguiente cuadro:

4 Cfr. Artículo 23 de la LCCE. Al respecto, cabe tener presente la práctica infractora conocida como *gun jumping*, que puede producirse involuntariamente por falta de previsión diligente frente a un obligatorio control previo de operaciones de concentración empresarial. Este puede surgir en dos contextos:

“El *gun jumping* procedimental se produce cuando las partes completan una transacción sin respetar los requisitos de notificación previa a la concentración empresarial y la espera de la autorización, conforme a lo previsto en la legislación vigente de libre competencia.

El *gun jumping* sustantivo se produce cuando, antes de completar una transacción propuesta, las partes coordinan su conducta de tal forma que incurrir en infracciones a la legislación de libre competencia igualmente sancionables. Algunos ejemplos relevantes en la materia son los acuerdos previos (por ejemplo: MOU, cartas de intención, reuniones y tratativas conducentes a la adopción de decisiones, intercambios de información, entre otras)”. Ricardo Jungmann *et al.*, *El ABC de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial: Perú, Informe jurídico* (septiembre 2021), 26.

Cuadro 1
Operaciones típicas de concentración empresarial

Listado enunciativo de transacciones que pueden producir una operación de concentración empresarial Artículo 5 de la LCCE
a) <i>Una fusión</i> , realizada por dos o más agentes económicos, que eran independientes antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión, sea que se trate de una fusión por integración o por absorción.
b) <i>Una adquisición de derechos</i> , por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, que permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.
c) <i>Una constitución de una empresa en común, joint venture o cualquier otra modalidad contractual análoga</i> , por parte de dos o más agentes económicos independientes entre sí, que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos que desempeñen las funciones de una entidad económica autónoma.
d) <i>Una adquisición del control directo o indirecto de activos productivos operativos</i> , realizada por un agente económico, por cualquier medio, habiendo correspondido dichos activos a otro u otros agentes económicos.

Fuente: Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112 /
Elaboración propia.

En consecuencia, las operaciones indicadas en el cuadro precedente son aquellas típicas que pueden generar una operación de concentración empresarial que se puede encontrar bajo el *control de estructuras* que establece la LCCE para la jurisdicción peruana. Al no tratarse de una lista cerrada, aun cuando se trate de una operación no enunciada, corresponderá analizar la transferencia o cambio de control que se haya podido producir, en cada caso, para determinar si un acto u operación implica una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella.

Así, una operación es de obligatoria evaluación y aprobación previa por parte de la autoridad de defensa de la competencia peruana, conforme a la LCCE, cuando cumpla conjuntamente las tres (3) condiciones, que se desarrollan a continuación sobre *control corporativo*, *efectos* en el territorio y *umbrales*.

2.1. El control corporativo como condición de aplicación del control previo

Para encontrarse sujeta al control previo, una operación de concentración empresarial debe generar una *transferencia o cambio de control*, entendido este como la posibilidad que tiene un agente económico de ejercer una influencia decisiva y continua sobre otro, determinando directa o indirectamente su estrategia

competitiva. Es decir, entre otros, mediante decisiones sobre inversiones, adquisiciones, costos, ventas, precios, posicionamiento, expansión o contracción del negocio, correspondientes a una unidad empresarial.

Se precisa que este control puede ejercerse “mediante (i) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa, o (ii) derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa”⁵.

Debe apreciarse que una operación de concentración puede configurarse como tal, también, cuando un agente económico que venía siendo controlado por dos agentes económicos distintos, pasa a ser controlado solamente por uno de ellos. Puede calificar, asimismo, como una operación de concentración aquella en que dos agentes económicos implementan un control conjunto, que surge sobre una nueva empresa que antes no existía.

2.2. Los efectos en el territorio peruano como condición de aplicación del control previo

Para encontrarse sujeta al control previo, una operación de concentración empresarial debe también producir *efectos en todo o en parte del territorio peruano*, debido a que impactará en la oferta o la demanda de bienes y servicios en esta jurisdicción. No resulta relevante si la operación de concentración ha sido acordada o ejecutada total o parcialmente en territorio nacional o en el extranjero, siempre que esta vincule directa o indirectamente a agentes económicos que desarrollan actividades económicas con efecto en la jurisdicción peruana.

2.3. El cumplimiento de *umbrales* como condición de aplicación del control previo

Para encontrarse sujeta al control previo, una operación de concentración empresarial debe, asimismo, cumplir con los *umbrales de magnitud de la operación*, establecidos por la LCCE y que expresan su relevancia (materialidad) económica, la cual amerita evaluar su posible impacto restrictivo significativo en la competencia. Se trata de dos tipos o conjuntos de umbrales alternativos: uno calculado por valor de ventas o ingresos y otro calculado por valor de activos.

Como se aprecia en el cuadro siguiente, cada tipo o conjunto de umbrales, a su vez, comprende dos niveles: uno que es conjunto, que abarca a los agentes económicos respecto de los cuales se efectúa la operación; y, otro que es individual, que considera separadamente a dichos agentes.

5 Cita textual del numeral 2 del artículo 3 de la LCCE.

Cuadro 2
Umbrales de magnitud de la operación
Artículo 6 de la LCCE y artículo 4 del Reglamento de la LCCE (*)

	Umbrales Tipo 1 Valor de ventas o ingresos brutos	Umbrales Tipo 2 Valor de activos
Umbral conjunto	Se cumple cuando la suma del valor de las ventas o ingresos brutos anuales generados en el país de las empresas involucradas en la operación haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 118 000 Unidades Impositivas Tributarias (**).	Se cumple cuando la suma del valor contable de los activos en el país de las empresas involucradas en la operación haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 118 000 Unidades Impositivas Tributarias (**).
Umbral individual	Se cumple cuando el valor de las ventas o ingresos brutos anuales generados en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación haya alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 18 000 Unidades Impositivas Tributarias, cada una (**).	Se cumple cuando el valor contable de los activos en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación haya alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 18 000 Unidades Impositivas Tributarias, cada una (**).
(*) La LCCE, en su numeral 6.3., señala textualmente que: “[l]a modificación del valor del umbral se realizará a través de norma con rango de ley.”		
(**) El valor de la Unidad Impositiva Tributaria es actualizado anualmente mediante Decreto Supremo por el Gobierno peruano. Para el año 2021 tiene el valor de 4 400 Soles (moneda peruana), que al cambio equivale a 916 Euros (a un tipo de cambio de 4.8 Soles por Euro); o, a 1100 Dólares de Estados Unidos de Norteamérica (a un tipo de cambio de 4.1 Soles por Dólar).		
(***) El Reglamento de la LCCE - Decreto Supremo 039-2021-PCM especifica, en su numeral 4.5., en relación con el umbral individual que cuando la LCCE “se refiere a, al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial, cada una de ellas corresponde al agente económico y su respectivo grupo económico participante en la referida operación”. Es decir, por vía de esta reglamentación se equipara la referencia a “empresa” con su “grupo económico”.		

Fuente: Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112 y su Reglamento / Elaboración propia.

Así, para que exista la obligación de notificar una operación de concentración a la autoridad de defensa de la competencia, con fin de que esta la autorice, en el marco del procedimiento de control previo, basta que la operación supere: los dos Umbrales Tipo 1; o, los dos Umbrales Tipo 2.

La LCCE parte de la premisa de que, en el mercado, pueden producirse una gran cantidad de operaciones de concentración, buena parte de las cuales son eficientes y no son capaces de restringir el proceso competitivo. En este sentido, establece indicadores objetivos que revelan la magnitud de las operaciones que materialmente ameritan evaluar si es que son capaces de restringir significativamente la competencia y, por ello potencialmente capaces de perjudicar sustancialmente el interés general. Es por esta razón que

merecen ser controladas previamente.

En relación con el cómputo de las ventas o ingresos brutos anuales, así como sobre el valor de los activos ubicados en el Perú, para cada operación de concentración específica, el Reglamento de la LCCE - Decreto Supremo 039-2021-PCM precisa las reglas que se sintetizan en el siguiente cuadro.

Cuadro 3
Cómputo de umbrales
Artículo 4 del Reglamento de la LCCE

Cómputo del Umbral conjunto	
Tipo de operación	Factores que deben sumarse
a) <i>Una fusión</i> , conforme a lo definido previamente.	<p>Umbral Tipo 1: Ventas o ingresos brutos anuales generados en el país de los agentes económicos participantes en la operación de fusión y de sus respectivos grupos económicos.</p> <p>Umbral Tipo 2: Valor contable de los activos en el país de los agentes económicos participantes en la operación de fusión y de sus respectivos grupos económicos.</p>
b) <i>Una adquisición de derechos</i> , conforme a lo definido previamente.	<p>Umbral Tipo 1: Ventas o ingresos brutos anuales generados en el país del agente adquirente, el grupo económico del adquirente, el agente adquirido y los agentes sobre los cuáles éste último ejerza control.</p> <p>Umbral Tipo 2: Valor contable de los activos en el país del agente adquirente, el grupo económico del adquirente, el agente adquirido y los agentes sobre los cuáles éste último ejerza control.</p>

<p>c) <i>Una constitución de una empresa en común, joint venture o cualquier otra modalidad contractual análoga, conforme a lo definido previamente.</i></p>	<p>Umbrales Tipo 1: Ventas o ingresos brutos anuales generados en el país de los agentes económicos participantes en la operación de fusión y de sus respectivos grupos económicos.</p> <p>Umbrales Tipo 2: Valor contable de los activos en el país de los agentes económicos participantes en la operación de fusión y de sus respectivos grupos económicos.</p>
<p>d) <i>Una adquisición del control directo o indirecto de activos productivos operativos, conforme a lo definido previamente.</i></p>	<p>Umbrales Tipo 1: Ventas o ingresos brutos anuales generados en el país del agente adquirente, el grupo económico del adquirente; y, aquellas ventas o ingresos brutos generados en el país por los activos productivos operativos adquiridos.</p> <p>Umbrales Tipo 2: Valor contable de los activos en el país del agente adquirente, el grupo económico del adquirente; y, el valor contable de los activos productivos operativos en el país adquiridos.</p>

Cómputo del Umbral individual	
Tipo de operación	Factores que deben sumarse
Todas	<p>Al menos dos de las “empresas” involucradas en la operación de concentración empresarial deben superar el umbral individual aplicable. Al respecto, se debe entender que cada una de ellas es uno de los agentes económicos participantes en la operación de concentración correspondiente y, según corresponda, su respectivo grupo económico.</p> <p>Para el cálculo de las ventas o ingresos brutos generados en el país; o, del valor contable de los activos en el país, se aplican los criterios de cobertura explicados previamente, por cada tipo de operación, para el cómputo del umbral conjunto.</p>

Fuente: Reglamento de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112 / Elaboración propia.

Debe tenerse presente que la LCCE tiene por objetivo neutralizar el hecho de que una operación de concentración empresarial se divida (deliberadamente) en dos o más transacciones, de manera que los umbrales no sean superados en transacciones separadamente consideradas. Por ello determina que se “considera como una única operación de concentración empresarial, el conjunto de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en el plazo de dos (2) años, debiendo notificarse la operación de concentración antes de ejecutarse la última transacción o acto que permita superar los umbrales establecidos”⁶. En consecuencia, no solamente deben computarse los umbrales por cada transacción entre los mismos agentes económicos, sino, además, de manera global entre ellos, en el marco del periodo indicado.

6 Cita textual del numeral 5.3 de la LCCE.

III. OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL FUERA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

Conforme a lo antes explicado y según establece la LCCE, el *control de estructuras* no se aplica a determinadas operaciones:

“Artículo 5. Operaciones de concentración empresarial
(...)

5.2 No son actos u operaciones de concentración empresarial sometidos a la presente ley los siguientes:

a. El crecimiento corporativo de un agente económico como resultado de operaciones realizadas exclusivamente al interior del mismo grupo económico.

b. El crecimiento corporativo interno de un agente económico, independientemente de que se produzca mediante inversión propia o con recursos de terceros que no participan directa ni indirectamente en los mercados en los que opera el agente económico.

c. El crecimiento corporativo de un agente económico que no produzca efectos en los mercados dentro del territorio nacional, en una parte o en su totalidad.

d. El control temporal que se adquiriera sobre un agente económico como resultado de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de una concesión, reestructuración patrimonial, insolvencia, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo.

e. Cuando las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros o del mercado de capitales cuya actividad normal constituya la negociación y transacción de títulos, por cuenta propia o de terceros, posean con carácter temporal acciones o participaciones que hayan adquirido de una empresa con el propósito de revenderlas, siempre que no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas acciones o participaciones con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa”.

Este listado de operaciones o circunstancias se presenta con el fin de clarificar el ámbito de aplicación de la LCCE, dejando constancia expresa de que se encuentran excluidas de su ámbito de aplicación. Sin embargo, estimamos que ello no era estrictamente necesario pues algunos de estos supuestos no generan una *transferencia o cambio de control* que permita ejercer una influencia decisiva y continua sobre otro agente económico, determinando directa o indirectamente su estrategia competitiva; o no producen, por su propia descripción, *efectos en todo o en parte el territorio peruano*.

IV. EL ILEGAL E INCONSTITUCIONAL CONTROL POSTERIOR QUE ESCAPA AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LCCE Y LA NOTIFICACIÓN VOLUNTARIA

Las disposiciones contenidas en la LCCE que han generado más consternación, a causa de su ilegal reglamentación, son las contenidas en el primer y el tercer párrafo de su numeral 6.4:

“Artículo 6. Umbral para el control previo de operaciones de concentración empresarial (...)

6.4 La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI podrá actuar de oficio en los casos en que haya indicios razonables para considerar que la operación de concentración puede generar posición de dominio o afecte la competencia efectiva en el mercado relevante.

La notificación de la operación será voluntaria para las partes cuando las empresas involucradas no alcancen los umbrales establecidos en el numeral 6.1.

La aplicación del presente numeral será regulada a través del Reglamento.”

4.1. El exceso reglamentario

De una lectura detenida, considerando que la Secretaría Técnica aludida (actualmente, denominada Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, Secretaría-Dirección) posee la condición de *fiscal administrativo* en el *control de conductas* peruano reglado por la LRCA, esta disposición legal del numeral 6.4, en su primer párrafo, parece reiterar su habilitación para “actuar de oficio” en relación con operaciones de concentración empresarial concluidas, que se vieron obligadas a solicitar autorización de la Comisión y fueron autorizadas; o, que no se vieron obligadas a ello, por ejemplo, por no superar los umbrales. En este sentido, esta “actuación de oficio” de la Secretaría-Dirección se entendería razonablemente de la siguiente manera:

- i. en el caso que se haya generado una posición de dominio (que no constituye una infracción en el Perú, pues solo el abuso de tal posición constituye infracción), que realice estudios del mercado, publique informes o desarrolle la abogacía de la competencia, proponiendo desregulación o medidas regulatorias –de ser el caso– en determinado mercado para estimular la competencia; o,
- ii. en el caso que se afecte la competencia efectiva en un mercado relevante, por causa de una conducta anticompetitiva (abuso de posición de dominio o conducta colusoria), que realice una investigación preliminar y, de ser el caso, impute una posible infracción y con ello inicie un proceso correctivo y sancionador ante la Comisión.

Así, en observancia del principio de legalidad, que habilita, condiciona y limita la actuación de la administración pública y de toda autoridad, lo antes señalado, aun cuando repetitivo, era lo único válido que se podía especificar mediante reglamento, conforme anunciaba el tercer párrafo del numeral 6.4 de la LCCE.

Sin embargo, excediendo el texto de la LCCE, el Reglamento de esta ley señala que ante “circunstancias especiales”⁷⁷, la Secretaría-Dirección puede determinar el inicio del procedimiento de revisión de oficio

de una operación de concentración empresarial hasta un año (1) año después de su cierre formal; y, si la Comisión “determina que la operación de concentración empresarial podría generar posibles efectos restrictivos significativos de la competencia, dictará las órdenes o medidas que considere pertinentes para eliminarlos o mitigarlos, lo cual incluye, de ser el caso, y de resultar viable, razonable y proporcional, la enajenación de las acciones o activos adquiridos”⁸.

Este es un exceso reglamentario que resulta ilegal debido a que supera el texto de la LCCE; y que resulta inconstitucional debido a que viola el principio fundamental de jerarquía normativa; y, de otro lado, afecta ilegítima, injustificada y desproporcionadamente el principio y derecho de libertad de empresa y de libertad contractual, así como el principio y derecho a la propiedad. Este exceso resulta, en nuestra opinión, contrario a las pautas establecidas por la OCDE que recomienda el aseguramiento de normas claras en relación con el control de fusiones y adquisiciones⁹.

A la fecha, el señalado reglamento se encuentra vigente en las disposiciones citadas y otras complementarias que resultan ilegales e inconstitucionales, por lo cual deben ser tenidas en cuenta al definir legítimamente una estrategia para el éxito de una transacción. Debe considerarse que el peligro que se tiene al frente es que una operación que tome relevancia mediática o sea criticada por actores políticos podría motivar que la Secretaría-Dirección decida intervenir, incluso después de la ejecución de la operación que no se sometió a su control, dado que no se encontró bajo el ámbito de aplicación de la LCCE por no superar los umbrales.

Se debe señalar que, a la fecha, un conjunto de ciudadanos, entre los que se encuentra el autor de esta entrega, ha interpuesto una demanda constitucional de Acción Popular contra las indicadas disposiciones reglamentarias, formulando como argumentos, entre otros, los citados a continuación entre comillas. Y, considerando que nada en la Ley 31112, que, por cierto, se denomina Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (LCCE) (subrayado añadido) genera habilitaciones ni atribuciones para un control posterior de operaciones y menos para que la Comisión pueda deshacerlas, ordenando medidas para que se enajenen acciones o activos adquiridos:

“La propia Ley 31112 se denomina: “Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial” y su artículo 1 señala que dicha ley tiene como objetivo establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial para promover la competencia en el mercado. (...)

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 31112, dispone que no todas las operaciones de concentración serán objeto de evaluación previa, sino únicamente aquellas operaciones que superen los umbrales previstos en la misma ley (...).

7 Cfr. Numeral 23.1 del artículo 23 del Reglamento de la LCCE. Asimismo, este artículo determina que:

“23.2 Se consideran circunstancias especiales, los supuestos detallados a continuación, entre otros:

- a) Las operaciones de concentración empresarial horizontal realizadas en mercados concentrados.
- b) Las operaciones de concentración empresarial horizontal que involucren la adquisición de un agente económico con una participación pequeña en el mercado, pero con potencial de crecimiento; o, de un agente económico innovador que recientemente han ingresado al mercado.
- c) Las operaciones de concentración empresarial horizontal, en las que el agente económico adquirente o su grupo económico ha realizado anteriormente operaciones de concentración empresarial que involucraron la adquisición de un competidor.
- d) Otras operaciones de concentración empresarial que tengan la potencialidad de generar posibles efectos restrictivos significativos de la competencia.”

8 Cfr. Numeral 24.8 del artículo 24 del Reglamento de la LCCE.

9 OCDE, *Recommendation of the Council on Merger Review*, OECD/legal/0333 (2005).

(...)

Así, queda claro que, las operaciones de concentración que no superen tales umbrales no se encontrarán sujetas a una evaluación previa por parte de la autoridad.

(...)

Por tanto, de acuerdo con la Ley 31112, la Comisión y la Secretaría Técnica son las autoridades competentes para resolver e instruir, respectivamente, el procedimiento de evaluación previa, así como imponer órdenes y mandatos, únicamente respecto de las concentraciones empresariales que superen los umbrales previstos en la mencionada ley, mas no, respecto de concentraciones que no superen dichos umbrales.

(...)

Sin embargo, a través del numeral 23.1 y 23.4 del artículo 23 del citado reglamento, la entidad denunciada otorgó al Indecopi (específicamente, a la Secretaría Técnica de la Comisión) la potestad de iniciar la revisión de oficio, y con posterioridad a su cierre, las operaciones de concentración que no superan los umbrales antes mencionados (...).

(...)

Las disposiciones cuestionadas exceden claramente la Ley 31112. Sin embargo, pretende afirmarse que se sustentaría -según el mismo reglamento cuestionado- en el numeral 6.4 del artículo 6 de la Ley 31112, el cual señala que la Secretaría Técnica de la Comisión “*podrá actuar de oficio en los casos en que haya indicios razonables para considerar que la operación de concentración puede generar posición de dominio o afecte la competencia efectiva en el mercado relevante*”. No obstante, dicha disposición legal no contiene una atribución expresa para que la Secretaría Técnica de la Comisión pueda iniciar procedimientos de oficio de control posterior respecto de operaciones de concentración: (i) que no superen el umbral previsto en la Ley 31112; o, (ii) que hayan sido cerradas (revisión ex post); así como (iii) tampoco le otorga facultades a la Comisión para que dicte órdenes y medidas que crea convenientes, respecto de operaciones que no superan el umbral antes aludido y menos en un control posterior que la ley no prevé (...).”

(Subrayado proveniente del texto original y énfasis retirados).

4.2.La notificación voluntaria

La LCCE establece en el segundo párrafo del numeral 6.4, previamente citado, que “la notificación de la operación será voluntaria para las partes cuando las empresas involucradas no alcancen los umbrales”. Antes de la emisión del Reglamento de la LCCE, ante la pregunta: ¿En qué casos es recomendable solicitar un control previo de operaciones de concentración empresarial? Nuestra respuesta era que esta acción resultaba difícilmente recomendable. Ello pues la notificación voluntaria genera el costo de esperar obligatoriamente la autorización del Indecopi antes de ejecutar la transacción; y, podría generar un riesgo relevante consistente en que el Indecopi podría, incluso en estos casos, no aprobar la fusión o adquisición empresarial; o, eventualmente, condicionarla. Así, desde legalidad, considerando que Indecopi no se encuentra facultado por ley para deshacer o condicionar operaciones que estén por debajo de los umbrales, parece que tal notificación no resulta recomendable.

Sin embargo, con la vigencia del Reglamento de la LCCE, que, como ya señalamos, estimamos ilegal e inconstitucional en las disposiciones citadas, nos encontramos ante un escenario donde este reglamento indirectamente sugiere que los agentes económicos se evalúen una notificación voluntaria o la consulta previa la Secretaría-Dirección. Ello en los casos donde estos agentes deseen llevar a cabo una operación de concentración empresarial que -sin superar los umbrales establecidos por la ley- puede tomar relevancia mediática o ser criticada por actores políticos, sindicatos o asociaciones de consumidores. Es decir, la

notificación voluntaria de operación parece recomendable cuando se trate de una operación que pudiera motivar la intervención de oficio de la Secretaría-Dirección, incluso después de un (1) año de concluida la transacción. Todo ello considerando, en particular, que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi actualmente no goza de los altos estándares de independencia que le otorgaría una autonomía de nivel constitucional, que actualmente no posee.

Precisamente, en nuestra opinión, el Reglamento de la LCCE prevé, con el fin de promover lo antes indicado, que: “[L]os agentes económicos pueden consultar previamente con la Secretaría Técnica [que es la Secretaría-Dirección, que venimos aludiendo] a fin de determinar si justifica la notificación voluntaria de una operación de concentración empresarial” (contenido de corchetes añadido). En consecuencia, se aprecia un poder material de sugerencia en manos de este órgano administrativo que subsistirá mientras sigan vigentes las ilegales e inconstitucionales disposiciones que prevén un control posterior de operaciones.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Nos queda pendiente explicar y analizar otros aspectos de la alta relevancia en la LCCE y su reglamentación, como son los concernientes a los parámetros del análisis de concentraciones empresariales y el estándar probatorio para acreditar los resultados de tal análisis, las fases del procedimiento y sus particularidades, la oportunidad y alcance de los compromisos que pueden ofrecer los solicitantes a la autoridad y las condiciones que esta puede imponer, así como la revisión de compromisos y condiciones luego de su plazo de vigencia, ni el detalle de las medidas correctivas y sanciones ante un incumplimiento de la LCCE y de los mandatos de la autoridad con base en dicha ley. Dejamos comprometido el abordaje de estos temas para su análisis crítico, en relación con la jurisdicción peruana, para una próxima entrega.

Hemos querido en esta ocasión abordar los elementos esenciales de los objetivos y la finalidad de la LCCE, así como su ámbito de aplicación para el control previo obligatorio de operaciones de concentración empresarial que cumplan conjuntamente las tres (3) condiciones, que se desarrollan en esta entrega sobre *control corporativo*, *efectos* en el territorio y *umbrales*. Hemos procurado, asimismo, explicar por qué resulta ilegal e inconstitucional el control posterior que, con base en un reglamento, escapa del ámbito de aplicación de la LCCE. No negamos que el establecimiento de un control posterior podría evaluarse en un amplio debate legislativo, mas no reglamentario. Podría admitirse solo si es que cumpliera con los exigentes estándares de calidad regulatoria, es decir que, cuando menos, se acredite que tal control es idóneo para cumplir un objetivo legítimo, que resulta necesario y que se trata de la medida menos gravosa frente a otras posibles para cumplir tal objetivo; y solo si es que pudiera ser encomendado a un Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi con autonomía de nivel constitucional.

VI. REFERENCIAS

Publicaciones

ALLIENDE, Macarena. El nuevo sistema de control de concentraciones empresariales en Perú a la luz de la experiencia chilena. *THEMIS Revista De Derecho* 78, 279-303.

JUNGMANN, Ricardo, PEÑA, Richard, STUCCHI, Pierino y BALLÓN, Fernando. *El ABC de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial*, Informe jurídico de septiembre de 2021.

OCDE. Recommendation of the Council on Merger Review. OECD/LEGAL/0333, 2005.

Normas con rango constitucional

Constitución Política de 1993 (vigente).

Normas con rango legal

Decreto de Urgencia 013-2019 (2019). Establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (derogado).

Decreto Legislativo 1034 (2008). Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (incluida su Exposición de Motivos).

Ley 31112 (2021). Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

Normas con rango reglamentario

Decreto Supremo 039-2021-PCM (2021). Reglamento de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Pierino Stucchi, "Defensa de la competencia en el Perú: nuevo control de estructuras", *Investigaciones CeCo*
(diciembre, 2021),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile