

¿PUEDE EL INDECOPI REVISAR DE OFICIO LAS FUSIONES QUE SE ENCUENTRAN POR DEBAJO DEL UMBRAL ESTABLECIDO EN LA LEY?

Hugo Gómez Apac

¿Puede el Indecopi revisar de oficio las fusiones que se encuentran por debajo del umbral establecido en la ley?

Febrero 2023



Hugo Gómez Apac

Profesor del curso Libre Competencia y Acceso al Mercado en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del curso Derecho de la Competencia en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. En el Indecopi, ha sido Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia y de la Sala de Defensa de la Competencia, así como Vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor. Actualmente, es Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Abstract: En este trabajo, el autor analiza el artículo 6 de la Ley 31112, que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial en el Perú, y plantea que la autoridad de competencia peruana (el Indecopi) está facultada para revisar de oficio (y ex post) las concentraciones que se encuentran por debajo del «umbral» establecido en el núm. 6.1 de dicho artículo.

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de lo que ocurrió en otros países latinoamericanos (v.g., Colombia, Chile, Ecuador), en el Perú hubo una demora considerable en la aprobación de un régimen general de control previo de las operaciones de concentración (o integración) empresarial. Si bien en noviembre de 1997 se aprobó la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, esta circunscribía su aplicación al control previo de las fusiones¹ acaecidas únicamente en los mercados de generación, transmisión y distribución de electricidad.

Pese a la oposición académica (especialmente de ex funcionarios del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual o “**Indecopi**”) y gubernamental (proveniente del Ministerio de Economía y Finanzas) al control de fusiones por más de dos décadas, en noviembre de 2019 se expidió el Decreto de Urgencia 013-2019 (“**DU 013-2019**”), el cual aprobó una ley de control previo de las operaciones de concentración empresarial².

En la práctica, el DU 013-2019 nunca entró en vigencia, pues debido a la demora en su reglamentación (requisito necesario para su entrada en vigor), fue sustituido por la «Ley 31112 - Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial» (“**la Ley**”) de enero de 2021, la cual a su vez fue reglamentada mediante el Decreto Supremo 039-2021-PCM (“**el Reglamento**”) de marzo de 2021.

La Ley —que entró en vigor el 14 de junio de 2021— y el Reglamento constituyen el tan ansiado régimen general de control de estructuras, el pilar que faltaba para tener en el Perú una política de competencia integral. Lo que no se esperaba es que el primer embate vendría de un grupo de académicos vinculado al Derecho de la Competencia que sostiene que algunas disposiciones del Reglamento transgredirían la Ley.

1 Y otras modalidades de concentración empresarial como la constitución de una empresa en común, la toma del control de empresas a través de la adquisición de acciones, la compra de activos productivos, etc. (art. 2 de la Ley 26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico).

2 El presidente Martín Vizcarra había disuelto el Congreso de la República y convocado a elecciones para un nuevo congreso. Mientras el nuevo congreso no se instalara, el Poder Ejecutivo podía legislar mediante «decretos de urgencia», de conformidad con lo establecido en el art. 135 de la Constitución Política del Perú.

Uno de los cuestionamientos de dicho grupo es que la Ley no le habría otorgado al Indecopi³ la potestad para revisar de oficio (y ex post) las operaciones de concentración empresarial que se encuentran por debajo del «umbral» establecido en la Ley, por lo que el Reglamento sería ilegal en el extremo que regula dicha facultad.

El propósito de este documento es demostrar que la Ley sí ha reconocido la mencionada potestad, por lo que no hay ilegalidad alguna en el Reglamento, y que la tesis que sostenemos acaba de ser confirmada por un tribunal judicial (en primera instancia) en un proceso constitucional, denominado «acción popular», que tiene por objeto verificar la constitucionalidad y legalidad de reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general.

II. EL «UMBRAL» PREVISTO EN EL NÚM. 6.1 DEL ART. 6 DE LA LEY

El DU 013-2019 estableció la obligación de que toda operación de concentración empresarial se sujetaba al procedimiento de control previo si es que alcanzaba el umbral, el cual estaba fijado en función de las ventas o ingresos brutos anuales de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial.

La Ley (la norma vigente) confirma la obligación de notificar las operaciones que alcancen el umbral y ratifica los montos del umbral contemplado en el DU 013-2019, pero adiciona en él, el valor de los activos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial.

Es así que el núm. 6.1 del art. 6 de la Ley establece el siguiente «umbral»:

- a) que la suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de las empresas involucradas haya alcanzado el año anterior⁴ al de la notificación de la operación un valor igual o superior a 118.000 UIT (unos 153 millones de dólares⁵); y,
- b) que el valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de al menos dos de las empresas involucradas haya alcanzado el año anterior al de dicha notificación un valor igual o superior a 18.000 UIT (unos 23 millones de dólares) cada una.

Para la economía peruana, una suma total de ventas o ingresos (anuales) o valor de activos igual o superior a 153 millones de dólares constituye un umbral bastante alto, lo que restringe el análisis a un promedio anual de 16 solicitudes de autorización previa. En el año y medio que ha estado vigente la Ley, el Indecopi ha recibido tan solo 24 solicitudes.

Hay diversos mercados, especialmente en el interior del país y en zonas alejadas, en los que las operaciones de concentración (fusión, adquisición de acciones, compra de activos, etc.) se dan por debajo del umbral, y algunas de ellas podrían crear o reforzar una posición de dominio o, incluso, generar un monopolio, con las consecuencias funestas para los consumidores del mercado relevante de que se trate.

3 En cabeza de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

4 El ejercicio fiscal anterior.

5 El cálculo se ha hecho teniendo en cuenta que, a enero de 2023, la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es de S/ 4.950,00 y que el tipo de cambio es US\$ 1,00 = S/3,80.

Tal realidad obligó al legislador peruano a introducir una herramienta que permitiera analizar, ex post, las concentraciones que, no obstante estar por debajo del umbral, pueden restringir la competencia al crear o reforzar una posición de dominio o afectar de cualquier otra forma la competencia efectiva. Esta herramienta se encuentra en el núm. 6.4 del art. 6 de la Ley.

III. EL NÚM. 6.4 DEL ART. 6 DE LA LEY

La Ley no solo modificó el umbral al reconocer como criterio cuantitativo el valor de los activos de las empresas involucradas, sino que incorporó tanto la facultad del Indecopi para actuar de oficio como la notificación voluntaria de aquellas operaciones que están por debajo del umbral. Esta incorporación consta en el núm. 6.4 del art. 6 de la Ley, que se cita a continuación:

«(...)

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.

(...)»

El primer párrafo del núm. 6.4 no menciona, expresamente, que la operación “se encuentre por debajo del umbral”; sin embargo, si interpretamos dicho párrafo bajo los métodos de la ratio legis (la razón de ser de la norma), el teleológico (la finalidad de la norma) y el sistemático (la ubicación y contexto de la norma), observaremos que su sentido es ese y no otro.

IV. LA INTERPRETACIÓN DEL PRIMER PÁRRAFO DEL NÚM. 6.4 DEL ART. 6 DE LA LEY

¿Cuál es la razón de ser del primer párrafo del núm. 6.4? La actuación «de oficio» del Indecopi solo tiene sentido en un escenario en el que la operación de concentración no alcanza el umbral, pues si lo alcanzara se aplicaría el núm. 6.1; es decir, la notificación obligatoria, caso en el cual la agencia de competencia peruana intervendría «a pedido de parte», y no de oficio.

Resulta extraño pensar que el primer párrafo del núm. 6.4 se aplicaría en aquellos casos en los que el monto de las ventas (o ingresos) o el valor de los activos de las empresas involucradas en la operación de concentración es igual o superior al umbral. La Ley ha establecido que al alcanzarse el umbral se gatilla la notificación obligatoria, lo que implica la obligación de tramitar el procedimiento de control previo, el cual es a pedido de parte y no de oficio. Y si las empresas, a pesar de alcanzarse el umbral, se concentraran sin haber efectuado la notificación a la que estaban obligadas (ver la definición de CeCo para [gun jumping](#)), el Indecopi podría sancionarlas y dictar la medida correctiva pertinente, como ordenarles disolver la operación de concentración.

De ahí que, es relevante diferenciar cuatro supuestos:

- a) La notificación obligatoria, regulada en el núm. 6.1 del art. 6 de la Ley y en el capítulo II del Reglamento, que se encausa a través del «procedimiento de autorización previa de operaciones de concentración empresarial», que es un procedimiento en el que el Indecopi actúa a pedido de parte.
- b) Las sanciones, medidas correctivas y multas coercitivas que el Indecopi puede imponer a las empresas que incumplan la notificación obligatoria, establecidas en los arts. 27 al 33 de la Ley, las cuales se dictan en el marco del «procedimiento administrativo sancionador» contemplado en el capítulo VIII del Reglamento, que se inicia de oficio.
- c) La revisión de oficio de las operaciones que están por debajo del umbral, reconocido en el primer párrafo del núm. 6.4 del art. 6 de la Ley y en el capítulo V del Reglamento, el cual contempla un procedimiento que se inicia de oficio.
- d) La notificación voluntaria regulada en el segundo párrafo del núm. 6.4 del art. 6 de la Ley y en el capítulo VI del Reglamento, el cual recoge un procedimiento que se inicia a pedido de parte.

¿Cuál es la finalidad del primer párrafo del núm. 6.4? El propósito de esta disposición es garantizar la libre competencia en todos los mercados y no solo en aquellos que superan el umbral. El art. 61 de la Constitución Política del Perú señala que el Estado facilita y vigila libre competencia. Este mandato constitucional no puede quedar restringido a los mercados en los que operan las empresas con mayores ventas o activos (bancos, aseguradoras, cadenas de farmacias, supermercados, cementeras, mineras, eléctricas, aerolíneas, azucareras, etc.), sino que debe cumplirse en «todos» los mercados para proteger a «todos» los consumidores.

Desde una interpretación teleológica, la finalidad del primer párrafo del núm. 6.4 es que el Indecopi puede actuar «de oficio» en aquellos mercados (cajas municipales de ahorro y crédito, aserraderos, estaciones de venta de gasolina, comercializadores de gas licuado de petróleo, avícolas, cines, constructoras, imprentas, periódicos, entre otros) en los que una operación se encontraría por debajo del umbral, pero en el que la concentración podría generar (o reforzar) una posición de dominio o afectar la competencia efectiva.

El primer párrafo del núm. 6.4 tiene el objetivo de habilitar al Indecopi a controlar las operaciones que ocurren en mercados medianos y pequeños, pero con alta concentración. Así, por ejemplo, si en una ciudad muy alejada se fusionan las dos únicas estaciones de venta de gasolina, creando un probable monopolio en el mercado relevante, el Indecopi podría analizar esta fusión de oficio, y ordenar la desconcentración (v.g., la enajenación de las acciones o activos adquiridos) si comprueba la creación de un monopolio que perjudica a los consumidores.

También se justifica la revisión de oficio de aquellas operaciones que, estando por debajo del umbral, consisten en la adquisición de nuevos competidores, respecto de los cuales se avizora un potencial crecimiento o cuyos ingresos son difíciles de cuantificar⁶.

Una interpretación sistemática de los dos primeros párrafos del núm. 6.4 apuntan en la misma dirección. La interpretación de que el primer párrafo del núm. 6.4 se aplica a las operaciones que se encuentran por debajo del umbral guarda correspondencia con su segundo párrafo, el cual señala que la notificación de la operación será voluntaria cuando las empresas no alcancen el umbral previsto en el núm. 6.1.

⁶ Este ejemplo fue proporcionado por Jesús Espinoza Lozada, Secretario Técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.

Así, los dueños de las estaciones de venta de gasolina de nuestro ejemplo, si bien son conscientes de que la fusión no alcanza el umbral, podrían efectuar una notificación voluntaria con el objeto de tener seguridad jurídica. Y es que es mejor que el Indecopi analice si la fusión crea o no una posición de dominio, y la autorice en caso negativo, a la incertidumbre de que, concretada la fusión, luego el Indecopi actúe de oficio, determine que se ha creado un monopolio y ordene la disolución de la operación de concentración, con los costos que ello conllevaría para ambas empresas.

Por su ubicación y contexto, el segundo párrafo del núm. 6.4 juega en pared con el primer párrafo del mismo numeral, en el sentido de que el escenario es aquel en el que la operación de concentración, si bien no supera el umbral, tiene la potencialidad de afectar gravemente las condiciones de competencia del mercado relevante.

V. EL NÚM. 23.1 DEL ART. 23 DEL REGLAMENTO

El tercer párrafo del núm. 6.4 establece que lo establecido en este numeral va a ser regulado en el Reglamento. Esta es la razón del capítulo V del Reglamento, el cual regula el procedimiento de revisión de oficio de las operaciones de concentración empresarial.

El legislador delegó en el Poder Ejecutivo que este, por decreto supremo, definiera el plazo en el que Indecopi puede ejercer su potestad de intervención de oficio, los criterios y parámetros para dicha intervención, el diseño del procedimiento, la conclusión anticipada de este, las medidas que puede adoptar para corregir una concentración con efectos perjudiciales para la competencia, etc.

El núm. 23.1 del art. 23 del Reglamento reconoce la facultad del Indecopi para revisar aquellas operaciones que no alcancen el umbral, en caso existan circunstancias especiales en las que identifica indicios razonables de que dichas operaciones pueden generar posición de dominio o afectar la competencia efectiva en el mercado relevante, como sería el caso de que las dos únicas estaciones de venta de gasolina de una ciudad alejada se fusionaran.

VI. LA DEMANDA DE ACCIÓN POPULAR

Como se ha mencionado en la introducción, un grupo de académicos interpuso una demanda de acción popular en contra, entre otros, del núm. 23.1 del art. 23 del Reglamento, alegando que esta disposición habría otorgado indebidamente al Indecopi la potestad de iniciar un procedimiento de revisión de oficio, y con posterioridad a su cierre, respecto de las operaciones de concentración que no superen el umbral previsto en el núm. 6.1 del art. 6 de la Ley.

El argumento de los demandantes, en lo concerniente a dicho extremo, es que el núm. 6.4 del art. 6 de la Ley no contiene una atribución expresa de que el Indecopi puede iniciar procedimientos de oficio de control posterior de operaciones de concentración que no superen el umbral previsto en su núm. 6.1.

Los demandantes fundamentan su posición en una interpretación «literal» sesgada del primer párrafo del núm. 6.4. Sin embargo, como se ha explicado líneas arriba, bajo los métodos de interpretación de la ratio legis, teleológico y sistemático, se confirma la existencia de la mencionada potestad del Indecopi.

También sostienen que lo que regula el núm. 6.4 del art. 6 de la Ley son las facultades del Indecopi de realizar actuaciones de investigación, abogacía o difusión de las operaciones de concentración. Este argumento

carece de sustento, pues la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de dicha entidad ya cuenta con tales facultades. Una norma tan esperada, como la Ley, no iba a desperdiciar su texto repitiendo facultades ya existentes. Además, cuando dicho numeral habla de actuación de oficio, se refiere a la actuación de oficio del poder público (del *ius imperium*), que es lo que se manifiesta cuando se analiza una concentración (ya realizada) y se adoptan las medidas correctivas pertinentes, de ser el caso. Las labores de abogacía o de difusión, para empezar, no requieren de una ley para su desarrollo (pues no afectan derechos subjetivos ni intereses legítimos) y, además, no traducen el ejercicio de potestades administrativas.

VII. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA JUDICIAL

Mediante Sentencia de fecha 25 de octubre de 2022⁷, la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima ha declarado infundada la demanda antes referida, sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) El núm. 6.4 del art. 6 de la Ley no se enmarca en el régimen general de notificación obligatoria, que se aplica cuando la operación de concentración alcanza el umbral (núm. 6.1), sino que contiene una excepción para el control de las operaciones que no alcanzan el umbral, sea a través de una notificación voluntaria por parte de los interesados, o mediante la revisión de oficio de la concentración por parte del Indecopi, en aquellos casos en los que haya indicios razonables para considerar que la operación puede generar posición de domino o afectar la competencia efectiva.
- b) La potestad de actuación de oficio del Indecopi para las operaciones que no superen el umbral estuvo recogida en el Proyecto de Ley 5913-2020-CR y en el Dictamen aprobado por unanimidad por la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de Servicios Públicos del Congreso de la República, que son documentos relevantes para una interpretación histórica de la Ley.
- c) Cuando el Poder Ejecutivo observó la Autógrafa de la Ley, una de las razones que esgrimió fue que no resultaba razonable añadir medidas discrecionales como la posibilidad de una actuación de oficio y las notificaciones voluntarias para casos que no alcancen el umbral. Sobre el particular, el Dictamen por insistencia de la mencionada Comisión legislativa (la Ley fue aprobada por el Congreso por insistencia) manifestó que la medida prevista en el núm. 6.4 del art. 6 de la Ley se utiliza en economías con realidades similares a la del Perú, país en el que el umbral es realmente alto⁸.

Al utilizar el método de interpretación histórico del núm. 6.4, la primera instancia judicial ha mencionado que la Ley se inspira en el modelo chileno. El art. 48⁹ del Decreto Ley 211¹⁰ de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia en Chile, preceptúa lo siguiente:

«Artículo 48°.- (...)

(...)

Las operaciones de concentración que no igualen o superen los umbrales referidos en las letras a)

7 Expediente 00281-2021-0-1801-SP-CI-02.

8 En la Sentencia se precisa que el umbral previsto en la Ley es un promedio de 13 economías europeas que tienen un PBI mayor al del Perú.

9 Incorporado por la Ley 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, de agosto de 2016.

10 Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

y b) de este artículo podrán ser notificadas en forma voluntaria por los agentes económicos que proyectan concentrarse. Las notificaciones voluntarias se sujetarán a las mismas reglas que las obligatorias, en la medida que la operación no se haya perfeccionado al momento de la notificación.

Cuando las operaciones de concentración a que se refiere el inciso anterior no les sean notificadas voluntariamente al Fiscal Nacional Económico, éste podrá, dentro del plazo de un año, contado desde el perfeccionamiento de la operación, instruir las investigaciones que estime procedentes de conformidad con la letra a) del artículo 39.

(...)»

El segundo párrafo del núm. 6.4 de la norma peruana recoge la notificación voluntaria prevista en el primer párrafo del texto chileno antes citado, mientras que el primer párrafo del núm. 6.4 de la norma peruana se inspira en el segundo párrafo del texto chileno, que es el que otorga a la Fiscalía Nacional Económica la potestad de investigar, dentro de un plazo de un año, las operaciones que no igualen o superen el umbral correspondiente.

Precisamente, el núm. 23.4 del art. 23 del Reglamento establece que la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia puede determinar el inicio del procedimiento de revisión de oficio de una operación de concentración empresarial hasta un año después de su cierre formal, lo que corrobora que esta norma reglamentaria se inspira en la ley chilena.

Es verosímil asumir que la Sentencia va a ser apelada, caso en el cual el asunto será zanjado por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Creemos que es altamente probable que la segunda instancia judicial confirme la Sentencia y, en consecuencia, ratifique la facultad del Indecopi para revisar de oficio aquellas operaciones de concentración empresarial que se encuentran por debajo de umbral, pero que pueden afectar gravemente la competencia en el mercado relevante, como sería el escenario en el que la concentración genere o refuerce una posición de dominio.

VIII. CONCLUSIONES

En aplicación de los métodos de interpretación de la ratio legis, teleológico, sistemático e histórico se constata que el Indecopi, sobre la base de lo establecido en el núm. 6.4 del art. 6 de la Ley 31112, está facultado para revisar de oficio las operaciones de concentración empresarial que se encuentran por debajo del umbral establecido en el núm. 6.1 de dicho artículo.

En mercados medianos y pequeños, pero altamente concentrados, una mayor concentración puede crear o reforzar una posición de dominio y hasta crear un monopolio, lo que justifica la intervención de oficio del Indecopi para analizar ex post, hasta un año después de su cierre formal, las operaciones que se encuentran por debajo del umbral.

El Estado tiene el mandato constitucional de tutelar la libre competencia en «todos» los mercados, incluyendo aquellos en los que una operación de concentración empresarial no alcance el umbral, con el objeto de proteger el bienestar de «todos» los consumidores.



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:

Hugo Gómez Apac, "¿Puede el Indecopi revisar de oficio las fusiones que se encuentran por debajo del umbral establecido en la ley?", *Investigaciones CeCo* (febrero, 2023),
<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