

C. N° 00/35-PD/2018, del 26.4.18, a CODECO
 (Inf. 00039-GAL/2018, C. N° 00058-PD/2018, del 15.2.18, a Jorge del Castillo)



INFORME	Página 1 de 14
N° 00109-GAL/2018	

C. 00058-PD/2018 - 15.2.18 - Jorge del Castillo - CON 5.

PL N° 2604-2017-CR

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
CC	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO
ASUNTO	:	COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY 2604/2017-CR QUE PROPONE LA "LEY QUE REGULA LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES EMPRESARIALES PARA PROMOVER LA COMPETENCIA"
REFERENCIA	:	OFICIO N° 892-2017-2018-CODECO/CR
FECHA	:	19 de abril de 2018



	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	Subgerente de Evaluación y Políticas de Competencia	Claudia Barriga Choy
	Coordinadora de la Secretaría Técnica	Gabriela Lau Deza
	Asesor de la Gerencia de Asesoría Legal	Gustavo Oswaldo Cámara López
REVISADO POR	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)	Lenin Quiso Córdova
	Secretaria Técnica de los Órganos Colegiados	Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya
APROBADO POR	GERENTE DE ASESORIA LEGAL	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA



I. OBJETO

El presente Informe tiene por objeto analizar el contenido del Proyecto de Ley N° 2604/2017-CR que propone la “Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia”.

II. ANTECEDENTES

Mediante Oficio N° 892-2017-2018-CODECO/CR, recibido el 27 de marzo de 2018, el señor Miguel Antonio Castro Grandez, Congresista de la República y Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de Servicios Públicos del Congreso de la República, solicita al OSIPTEL emitir opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2604/2017-CR que propone la “Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia”.

III. ANALISIS DEL PROYECTO

3.1. Consideraciones generales

El OSIPTEL, como parte de su función normativa, cuenta con distintas herramientas que buscan promover la competencia. Conviene precisar que, la regulación tarifaria, así como la determinación de cargos de acceso o la emisión de normativa, son solo algunos ejemplos de políticas *ex-ante* que implementa el OSIPTEL con la finalidad de fomentar la competencia en el mercado.

Asimismo, en su calidad de agencia de competencia para el mercado de telecomunicaciones, el OSIPTEL cuenta con la capacidad de intervenir de manera *ex-post*, para poder corregir y sancionar conductas lesivas a la competencia.

El control de concentraciones es una herramienta *ex-ante* frecuentemente utilizada por las agencias de competencia para, a través de la evaluación de los posibles efectos que una operación de concentración puede tener en el mercado, prevenir el surgimiento o fortalecimiento de empresas con posición de dominio.

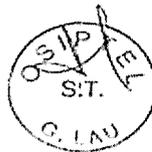
Actualmente en el Perú esta herramienta solo puede ser aplicada para el caso del sector eléctrico –a través de la Ley N° 26876-, pese a que las características que motivaron su instauración en dicho sector son compartidas por otros mercados de servicios públicos, dentro de los cuales se encuentra el de telecomunicaciones.

En ese sentido, consideramos que es necesario la aplicación de un control de fusiones y concentraciones para salvaguardar la existencia de condiciones de competencia adecuadas en el sector de telecomunicaciones.

3.2. Sobre la evaluación previa de los actos de concentración empresarial

La intervención del Estado en los mercados puede darse a través de mecanismos:

- (i) Ex-ante, a través del cual se buscan prevenir ciertos comportamientos mediante el establecimiento de reglas específicas que definen el comportamiento que las



empresas deben seguir (por ejemplo, la regulación tarifaria). Es un tipo de intervención directa que suele ser específica a cada mercado, razón por la cual es implementada por las Agencias de Regulación.

- (ii) Ex-post, el cual comprende una serie de reglas generales que prohíben ciertos tipos de conductas, por tener efectos nocivos para la competencia en el mercado, y establecen mecanismos correctores. Las reglas suelen ser transversales a distintos sectores por lo que suelen estar a cargo de la Agencia de Competencia.

Un ejemplo de intervención ex-ante es el **Control de Fusiones**. Para las empresas, las fusiones y concentraciones constituyen formas atractivas de competir, pues permiten ampliar su participación en un mercado o les permiten ingresar a nuevos mercados. Sin embargo, debido a que la fusión de dos o más empresas en una sola elimina la competencia entre las mismas, esto puede incrementar el poder de mercado para la entidad fusionada¹ o puede disminuir la competencia entre el resto de empresas en el mercado.

Así, el Control de Fusiones consiste en una evaluación ex ante de los posibles efectos – positivos y negativos- de la operación de cuestión para determinar si esta podría ser perjudicial para la dinámica competitiva. De serlo, la operación puede ser prohibida o aprobada bajo ciertas salvaguardas. Con esta herramienta, las Agencias de Competencia buscan prevenir que la mayor concentración generada por una operación elimine los beneficios que trae consigo la competencia². Usualmente la normativa determina un umbral (porcentaje de mercado, ingresos brutos de las entidades involucradas, etc.), a partir del cual, toda operación debe pasar por este control previo. De esta forma, operaciones “menores” no requieren pasar por este control porque se infiere que no producirán efectos nocivos contra la competencia.

Es importante tener en cuenta que, de no contar con la herramienta, cualquier efecto lesivo derivado de una operación de fusión queda solo sujeto a las políticas *ex-post*. Por su naturaleza *ex-post*, estas no pueden prevenir la ocurrencia de daños. Esta herramienta requiere de la realización de una investigación y de la recolección de evidencia, todo lo que suele tomar tiempo. Asimismo, en el mejor de los casos puede llevar a la imposición de una medida correctiva o de una sanción para desincentivar que el comportamiento se repita, pero no revierte el daño realizado al mercado. Así, por ejemplo, si la operación de fusión generó comportamientos ilícitos que llevaron a la salida de un competidor eficiente, ninguna sanción hará que este retorne al mercado.

A nivel internacional, las Agencias de Competencia y de Regulación reconocen que las fusiones y concentraciones son inherentes al mercado y que pueden estar basadas en razones de eficiencia. Sin embargo, para determinar si los efectos de eficiencia superan a los efectos negativos derivados de un mayor poder de mercado, países como Australia, Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos y los miembros de la Comunidad Europea, entre otros, cuentan con un Control de Fusiones.

Por su parte, la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica – OCDE- ha recomendado en distintas ocasiones al Perú que implemente mecanismos para el

¹ El poder de mercado es la capacidad aumentar precios, reducir la cantidad producida o la calidad de los bienes y/o servicios, disminuir la innovación o influenciar sobre otros parámetros de competencia.

² La concentración de mercado es el grado en que una o más empresas ostentan dominio sobre las ventas del mercado. Esta se mide como el cuadrado de las participaciones de mercado, sin considerar las unidades porcentuales. Por ejemplo un mercado compuesto por dos empresas con participaciones de mercado de 50% tendría una concentración de: $50^2 + 50^2 = 5000$.



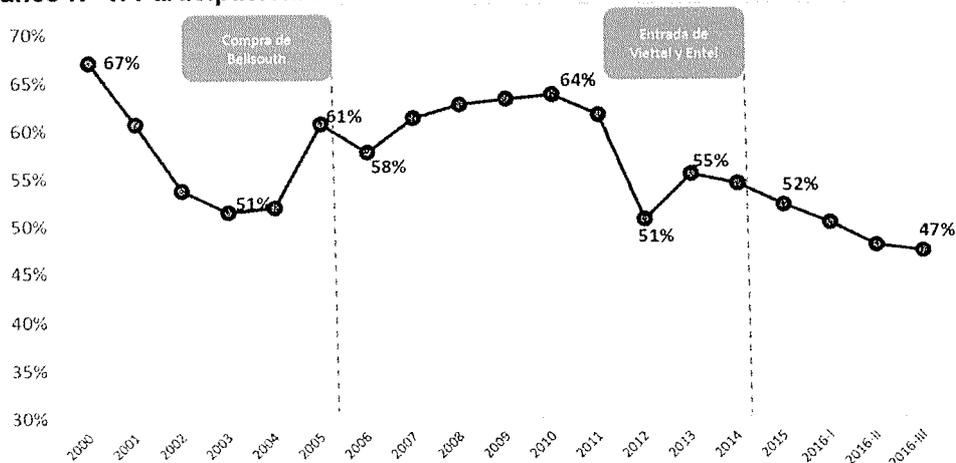
control previo de fusiones.³ Dado que el Perú se ha comprometido con la OCDE a llevar a cabo reformas para fortalecer la institucionalidad y la gobernanza pública en el marco del "Programa País", es importante que se tome en cuenta las recomendaciones del referido organismo internacional.

Estructura de mercado y fusiones

De no seguir la recomendación de la OCDE sobre la implementación de un Control de Fusiones en el sector telecomunicaciones en Perú, puede ponerse en riesgo lo ya avanzado en materia de competencia. A modo de ejemplo, se muestra lo que ocurrió en el mercado de telefonía móvil. El mercado móvil cuenta hoy con una estructura compuesta por 5 empresas operadoras y se ha alcanzado el nivel histórico más bajo de HHI⁴. Si bien durante el período 2002-2004 se contó con 4 empresas operadoras (Telefónica del Perú S.A.A., Bellsouth Perú S.A., TIM Perú S.A.C. y Nextel del Perú S.A.), tras la compra de Bellsouth Perú S.A. por parte de Telefónica del Perú S.A.A., esta última pasó a contar con una participación de 61%. Dicha operación dejó solo a tres empresas compitiendo efectivamente en el mercado y elevó el HHI de 3,718 a 4,913.

Fue recién con el ingreso de Viettel Perú S.A.C. y Entel del Perú S.A. al mercado en la segunda mitad de 2014, sumado a una serie de cambios normativos pro competencia⁵ que este experimentó un renovado dinamismo. Sin embargo, no sería sino hasta 2015 que los niveles de participación de Telefónica del Perú S.A.A. (52%) se reducirían a niveles similares a los que tenía antes de la compra de Bellsouth Perú S.A. (51%).

Gráfico N° 1: Participación de Telefónica del Perú en el mercado de telefonía móvil.



Fuente: Empresas operadoras. Elaboración: GPRC- OSIPTEL.

³ Al respecto ver los documentos: OCDE (2004). Derecho de Políticas de Competencia en Perú. Examen de Pares y OCDE (2015). Multidimensional Review of Peru. Volumen 1. Initial Assessment.

⁴ El Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI por sus siglas en inglés) describe la concentración de mercado. De acuerdo con los lineamientos para evaluar el Control de Fusiones del *Federal Trade Commission* de Estados Unidos, un HHI menor a 1500 describe un mercado con bajos niveles de concentración, mientras que un HHI entre 1500 y 2500 pertenecería a una industria poco concentrada. Por su parte, un HHI superior a 2500 describe un mercado altamente concentrado.

⁵ En setiembre de 2013 se estableció la Ley N°30083: Ley que Establece Medidas para Fortalecer la Competencia en el Mercado de los Servicios Públicos Móviles mediante la inserción de los denominados Operadores Móviles Virtuales y los Operadores de Infraestructura Móvil Rural. En julio de 2014 se dio el relanzamiento de la portabilidad numérica móvil, mediante la cual los usuarios podían cambiar de operador en un plazo menor a 24 horas totalmente en línea. Por otro lado, desde inicios del año 2015, el OSIPTEL dispuso la prohibición para las empresas operadoras de comercializar equipos terminales con restricción de acceso a otros operadores. Las empresas operadoras no pueden ofrecer al público equipos terminales que se encuentren bloqueados o que cuenten con configuraciones técnicas que restrinjan su uso solo a la red del concesionario que ofrece el servicio. Estas medidas permitieron la reducción de los costos de cambio y contribuyeron a la mejora de la competencia en el mercado móvil, logrando mayor bienestar a los consumidores mediante menores tarifas, mejora en la calidad y cobertura del servicio, entre otros.



Como puede apreciarse, tras una operación de fusión, los niveles de competencia en una industria como la de telecomunicaciones puede tomar muchos años en regresar a los niveles previos a los de la operación. En el ejemplo anterior, esta tardó aproximadamente 10 años. Lo anterior se debe a que el sector de telecomunicaciones, como otros sectores regulados, posee características que los diferencian de los demás mercados de la economía y que justifican la intervención gubernamental en los mismos.

3.2.1. El rol del OSIPTEL como agencia de competencia en el sector de telecomunicaciones

El Proyecto de Ley tiene como objetivo establecer un procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de evitar las operaciones que puedan tener un efecto neto lesivo sobre la libre competencia y, ello afectar el bienestar de los consumidores.

No obstante, el Proyecto de Ley considera a la Comisión, Secretaría Técnica y Tribunal del INDECOPI como entidades únicas competentes para evaluar las solicitudes de autorización previa de operaciones de concentración.

Al respecto, cabe señalar que conforme a la normativa vigente, el OSIPTEL es el organismo encargado de velar y promover la competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones. Así, la Ley General de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC y la Ley que dispone la Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia, Ley N° 26285, establecen como una de las principales funciones asignadas al OSIPTEL, la de mantener y **promover una competencia** efectiva y justa entre los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones⁶.

En tal sentido, consideramos que el OSIPTEL, en su calidad de autoridad de competencia en el sector de telecomunicaciones, es el organismo que debería encargarse de evaluar las solicitudes de concentración en este sector –y no del INDECOPI- como se propone en el Proyecto de Ley, en tanto que el desarrollo de esta labor por parte del regulador permitiría una mejor evaluación de las eficiencias derivadas de las operaciones de concentración, de sus efectos sobre la competencia en el mercado, así como la concordancia de su implementación con otros mecanismos regulatorios, como el control de transferencia de concesiones, ya existente en el sector, entre otros.

⁶ Ley N° 26285, "Disponen la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia"

Artículo 6.- El OSIPTEL es un organismo público con personería jurídica de derecho público interno, encargado de velar y promover la competencia, presta servicios de supervisión. El OSIPTEL goza de autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Sus ingresos provienen de los servicios que presta a las empresas supervisadas, según como lo determine su reglamento. Es dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Artículo 7.- El OSIPTEL tiene entre sus objetivos:

- Propiciar el crecimiento de la inversión privada en el servicio público de telecomunicaciones.
- Mantener y promover la competencia eficaz y equitativa.
- Promover la calidad y eficiencia de los servicios públicos brindados al usuario".

Decreto Supremo N° 013-93-TCC, "Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones"

Artículo 77.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público (...), cuyas funciones fundamentales son las siguientes:

1). Mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido (...)."



Esto resulta de especial importancia si se considera que los efectos de aprobar una operación que dañe a la competencia podrían ser irreversibles o podría tomar muchos años su reversión. De este modo, a continuación se desarrollan las razones por las cuales el OSIPTEL debería encargarse de evaluar las solicitudes de concentración en el sector de las telecomunicaciones.

En primer término, al igual que otros sectores regulados, el sector de telecomunicaciones se caracteriza por poseer **economías de red, economías de escala y economías de ámbito**; por lo que se trata de **mercados muy particulares y distintos** al resto. Además de ello, existe una creciente importancia del sector tanto por su aporte en el PBI como por el creciente uso y relevancia de los servicios de telecomunicaciones. A setiembre de 2016, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI), el 89.3% de los hogares a nivel nacional contó con acceso al servicio de telefonía móvil, el 37.5% al servicio de TV PAGA y el 33.4% al servicio de internet fijo.

Por otro lado, la **convergencia** es cada vez más relevante en el sector de telecomunicaciones y ha permitido que los operadores puedan brindar varios servicios a través de una misma red. Así, la fusión de dos o más empresas podría involucrar el análisis de múltiples mercados, los cuales son a su vez muy dinámicos; por lo que la complejidad en la evaluación de una operación de este tipo se incrementa y se hace necesario cierto nivel de especialización y familiaridad con el sector.

Asimismo, en el caso particular de los servicios inalámbricos, además de contar con las características de una industria de red y de experimentar el fenómeno de convergencia, estos requieren de espectro radioeléctrico para su funcionamiento, recurso escaso que genera una barrera estructural e impide que exista un gran número de operadores a diferencia de otros mercados.

3.2.2. La importancia del espectro como determinante de la competencia

Mediante el espectro radioeléctrico puede brindarse una serie de servicios inalámbricos, con menores costos de despliegue en relación con las redes fijas. El espectro presenta las siguientes características: (i) recurso limitado; (ii) no puede ser creado ni destruido; (iii) es inexhaustible en el tiempo (no se agota ni se consume); (iv) su uso en un momento dado no tiene impacto sobre su uso en otro momento; y, (v) la propagación de ondas no puede ser limitada por fronteras políticas.

Su naturaleza de recurso escaso afecta el número de operadores que compiten en estos mercados de servicios inalámbricos. Considerando esto, el Estado debe fomentar una adecuada política de entrada al mercado de los servicios de telecomunicaciones.

En el Perú, es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) quien está a cargo de la gestión del espectro, la misma que abarca la canalización, atribución y asignación. Si bien en la actualidad no puede prohibirse una operación de concentración en el sector, es posible denegar una transferencia de concesión de espectro o una reorganización societaria, en caso se determine que podría existir una afectación **a la libre**



competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones⁷, en los términos establecidos en el artículo 6° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones⁸.

Ahora bien, cabe indicar que dicha evaluación de la afectación a la libre competencia se encuentra a cargo del OSIPTEL⁹, quien a la fecha emite las opiniones correspondientes cuando el Ministerio de Transportes y Comunicaciones informa sobre algún trámite de transferencia de concesiones o reorganización societaria.

No obstante, dada la configuración de este tipo de procedimientos que son aprobados por otra entidad (MTC), se les aplica –actualmente¹⁰– el silencio administrativo positivo (SAP)¹¹. Asimismo, las opiniones del regulador no tienen un carácter vinculante. Esto ha generado que pese a la opinión desfavorable del OSIPTEL, se apruebe una serie de transferencias de concesión y asignación de espectro, que no favorecen a la competencia en el sector.

Tal es el caso de una serie de resoluciones que aprobaban transferencias de espectro en la banda de 2.5 GHz¹². Estas tuvieron lugar a pesar de que el OSIPTEL advirtiera en diferentes informes¹³ de la fuerte concentración y potencial daño a la dinámica competitiva que se generaría del control del espectro por parte de empresas pertenecientes al Grupo Claro pues, entre otros aspectos se generó una barrera estratégica al impedir a otros competidores a acceder a espectro en dicha banda.

En este sentido, consideramos que la evaluación ex ante de este tipo de operaciones de concentración, sí debería producirse sobre todo en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, en tanto que tras ellas se encuentra involucrado, en la mayoría de casos, la asignación del espectro radioeléctrico, que es **un recurso escaso**, y su utilización es de **interés público**, siendo responsabilidad del Estado, disponer del recurso para adoptar las políticas que sí promuevan la competencia de acuerdo con lo socialmente esperado.

Si bien la política de espectro se encuentra a cargo del MTC y el OSIPTEL solo emite opinión en materia de libre competencia, el OSIPTEL como regulador de telecomunicaciones maneja una serie de herramientas ex ante que buscan promover la competencia como por ejemplo la regulación de cargos de acceso que fomenta el ingreso de operadores mayoristas que puedan competir en el mercado final.

⁷ Artículo 117.- *Transferencia de concesiones y autorizaciones*
Artículo 113.- *Causas para denegar la concesión o autorización*

⁸ Artículo 6.- *El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado. Igualmente, el Estado fomenta la participación de los usuarios de servidores de telecomunicaciones, en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de estos servicios.*

⁹ Cabe señalar que conforme a lo establecido por el inc. 1) del artículo 77° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones (D.S. N° 013-93-TCC) y por el inc. b) del artículo 7° de la Ley N° 26285, el OSIPTEL tiene entre sus funciones y objetivos el mantener y promover una competencia efectiva y eficaz en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones.

¹⁰ El 18 de abril se publicó el proyecto de Decreto Supremo que modifica el artículo 117° del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, que propone que el silencio sea negativo.

¹¹ De acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del MTC.

¹² Ver las siguientes resoluciones: (i) Resolución Viceministerial N° 1344-2017-MTC/03 (transferencia de espectro otorgada a Velatel Perú a favor de Olo del Perú); (ii) Resolución Viceministerial N° 1345-2017-MTC/03 (transferencia de espectro otorgada a TC Siglo 21 a favor de Olo del Perú); y, (iii) Resolución Viceministerial N° 1346-2017-MTC/03 (transferencia de espectro otorgada a Cablevisión a favor de TVS Wireless).

¹³ Ver las opiniones finales del OSIPTEL respecto a dichas transferencias: Informe 166-GPRC/2017 (opinión sobre solicitud de transferencia de espectro otorgada a Velatel Perú a favor de Olo del Perú) y sobre la solicitud de transferencia de Cable Visión a favor de TVS Wireless), Informe 168-GPRC/2017 (opinión sobre solicitud de transferencia de espectro otorgada a TC Siglo 21 a favor de Olo del Perú).



Las decisiones respecto a las solicitudes de aprobación de operaciones de concentración en el sector deben ir de la mano del resto de políticas ex ante que promuevan el ingreso de nuevos operadores e incrementen la dinámica competitiva.

En ese sentido, de encargar a otra entidad el rol de evaluar operaciones de concentración, sus decisiones no necesariamente irían de la mano con el resto de políticas ex ante promovidas por el OSIPTEL ni evaluarían a detalle todos los aspectos involucrados en el proceso de concentración, por fenómenos particulares en el sector como por ejemplo la convergencia tecnológica¹⁴.

3.2.3. Particularidades del sector de telecomunicaciones y nivel de especialización del OSIPTEL

Otro motivo por el que el OSIPTEL debería ser la autoridad competente para revisar el control de concentraciones en el sector de telecomunicaciones es su nivel de especialización. Las **particularidades del sector y su dinamismo** son tratadas día a día por el OSIPTEL, razón por la cual esta institución se encuentra en capacidad de identificar las eficiencias derivadas de las operaciones de concentración, sus efectos sobre la competencia y el desarrollo de la dinámica competitiva del mercado; así como la concordancia de su implementación con otros mecanismos regulatorios, como el control de transferencia de concesiones, ya existente en el sector.

A este nivel de **especialización** debe sumarle el manejo de información del OSIPTEL, pues se trata de un insumo de especial relevancia para la evaluación de una operación de concentración. En tal sentido, el OSIPTEL cuenta con un abundante flujo de información por parte de las empresas reguladas, muchas de las cuales periódicamente envían data relativa a diversos indicadores de cobertura, penetración, número de líneas/conexiones, tráfico, ingresos, etc., que permiten medir su participación y crecimiento en el mercado, lo cual a su vez facilita el permanente y constante seguimiento de los mercados de telecomunicaciones, favoreciendo así el análisis de un proceso de fusión o concentración.

En atención a ello, podemos considerar que una fuente importante de **provisión de información** sobre el sector de telecomunicaciones, se establece en la Resolución de Consejo Directivo N° 096-2015-CD/OSIPTEL, mediante la cual se dispone la presentación de información periódica por parte de empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones sobre diversos servicios como: telefonía fija, teléfonos públicos, telefonía móvil, televisión por cable, entre otros.

En otras palabras, el OSIPTEL podría contar directamente con información de las empresas, sin necesidad de realizar requerimientos adicionales, considerando todas las posibles implicancias de una operación de concentración, su impacto en otros mercados, entre otros, con mayor rapidez que una entidad que no conoce directamente el sector y que necesitaría tiempo para entender su funcionamiento y para recibir la información solicitada a las empresas involucradas.

Por otro lado, el no permitir al OSIPTEL la evaluación previa de operaciones de concentración podría hacer que se adopten decisiones contradictorias con los principios y la visión que se tiene de un sector tan sensible como es el de las telecomunicaciones.

¹⁴ La opinión del OSIPTEL respecto al artículo 9, numeral 2, literal "e" (carácter vinculante de opinión técnica) se encuentra en la sección de comentarios específicos.



En este orden de ideas, la aprobación del Proyecto de Ley, en el extremo que propone otorgar competencias exclusivas al INDECOPI para evaluar los actos de concentración empresarial en todos los mercados, incluyendo los del sector de telecomunicaciones, desconocería esta mejor posición con la que cuenta el OSIPTEL para realizar dicha labor, en términos de capital humano, manejo permanente del sector, concordancia con la política de regulación del sector y la disponibilidad de información periódica remitida por las empresas.

Adicionalmente, debe considerarse la **experiencia internacional** en países donde el regulador de telecomunicaciones es también la autoridad de competencia de dicho sector, en los que se observa que es el órgano regulador de telecomunicaciones quien se encarga de evaluar las fusiones y adquisiciones.

Así, por ejemplo, en **México**, un país donde el sector de telecomunicaciones es altamente concentrado, es el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), creado luego de la reforma constitucional efectuada en el año 2013¹⁵, además del organismo regulador, la autoridad encargada no sólo sancionar las conductas anticompetitivas que se presenten en el sector de telecomunicaciones, sino también la autoridad encargada de evaluar las fusiones y adquisiciones¹⁶.

De igual manera, en **Costa Rica**, la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) además de ser el organismo regulador del sector telecomunicaciones, es también la autoridad de competencia del mismo, y se encarga de sancionar conductas anticompetitivas y de analizar las concentraciones empresariales que se producen en el sector¹⁷.

Igualmente, en **República Dominicana**, el Instituto Dominicano de Telecomunicaciones (INDOTEL), órgano regulador de las telecomunicaciones que también es agencia de competencia; se encarga, además, de resolver las solicitudes de aprobación de las operaciones de concentración económica en el mercado de las telecomunicaciones¹⁸.

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

"Artículo 28. (...)

El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica (...). (Revisado el 05 de febrero de 2018, del portal web de la Cámara de Diputados de México. Dirección URL: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf).

¹⁶ Ley Federal de Competencia Económica

"Artículo 61. Para los efectos de esta Ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión no autorizará o en su caso investigará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados". (Revisado el 05 de febrero de 2018, del portal web de la Cámara de Diputados de México. Dirección URL: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf).

¹⁷ Ley 8642, "Ley General de Telecomunicaciones"

"Artículo 56°.- Concentraciones

(...)

Previo a realizar una concentración, los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberán solicitar la autorización de la Sutel, a fin de que esta evalúe el impacto de la concentración sobre el mercado. Dicha autorización se requerirá con el fin de evitar formas de prestación conjunta que se consideren nocivas a la competencia, los intereses de los usuarios o la libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones. (...).

(Revisado el 05 de febrero de 2018, en el Sistema Costarricense de Información Jurídica (SCIJ). Dirección URL: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=63431&nValor3=91176¶m2=1&strTipM=TC&Resultado=5&strSim=simp).

¹⁸ Resolución de INDOTEL N° 022-05, "Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones"

"Artículo 12.- Deber de información

(...)

12.3 Las concentraciones económicas en el sector de las telecomunicaciones deben ser autorizadas por el INDOTEL de conformidad con lo previsto en este Reglamento, y no podrán tener efectos en el mercado mientras no se obtenga la mencionada



En ese sentido, no solo los argumentos presentados, sino también la experiencia internacional respaldan nuestra posición de que el OSIPTEL, en su calidad de autoridad de competencia en el sector de telecomunicaciones, debería encargarse de evaluar las solicitudes de concentración en este sector.

De acogerse nuestro comentario, respecto a que OSIPTEL sea la autoridad encargada de revisar las fusiones y adquisiciones en el sector telecomunicaciones, este podrá emitir sus propios lineamientos de aplicación de la Ley, tal como lo han hecho el IFT en México y la SUTEL en Costa Rica, ello en la medida que se deben considerar las particularidades del sector en el análisis de las concentraciones.

Cabe indicar que, la aprobación de este tipo de operaciones puede efectuarse a través del Consejo Directivo del OSIPTEL, en su calidad de máxima autoridad, con el apoyo de las unidades orgánicas competentes de la institución.

Finalmente, se sugiere que el Proyecto de Ley incluya definiciones generales que pudiesen aclarar conceptos clave como umbral o concentración empresarial sujeta a notificación obligatoria, como se verá seguidamente.

3.3. Comentarios Específicos

A continuación, consideramos pertinente realizar los siguientes comentarios sobre algunos de los aspectos del Proyecto de Ley:

Artículo 1: Objeto y finalidad



Consideramos pertinente mantener la redacción sugerida en el Anteproyecto de Ley, en la que no solo se señalaba que se debía garantizar el bienestar de los consumidores, sino también la eficiencia económica de los mercados; esto último es relevante, pues si bien puede otorgarse un peso mayor al bienestar de los consumidores, es importante considerar también la eficiencia económica en su conjunto.

Artículo 5: Valor del umbral para la evaluación previa de concentraciones empresariales



Se sugiere considerar la posibilidad de acotar la Ley a ciertos sectores que podrían generar un mayor impacto sobre el consumidor, la economía y el proceso competitivo.



En función a estos criterios, se sugiere evaluar la inclusión en el ámbito de la Ley a sectores como los siguientes: telecomunicaciones, energía, hidrocarburos, *retail* o de consumo masivo. Por el contrario, sectores considerados netamente exportadores como, por ejemplo, minería podrían no considerarse en el ámbito de la Ley en tanto la formación de sus precios obedece a las fuerzas de oferta y demanda, a partir de las cuales se establecen precios de referencia internacionales y, del mismo modo, la probabilidad de que se impacte el mercado local es reducida, pues los productos se dirigirían a mercados externos.



Ahora bien, en caso se aplique la Ley a todos los sectores sin restricción, se sugiere la determinación de un umbral particular para el sector de telecomunicaciones. Ello debido a



autorización. (...)" (Revisado el 05 de febrero de 2018, del portal web del INDOTEL. Dirección URL: <https://indotel.gob.do/media/6238/36-resoluci%C3%B3n-no-022-05.pdf>).

que se trata de un sector con características muy particulares y en el cual las decisiones afectarían a un número significativo de usuarios.

De una revisión de la experiencia internacional, se ha identificado que países con niveles similares al PBI peruano, poseen umbrales aplicables a todos los sectores, que van desde los 13 millones de dólares, aproximadamente. En particular, Chile contempla la notificación de la operación si las ventas de una de las partes involucradas es superior a alrededor de 13 millones de dólares¹⁹ o si las ventas conjuntas son superiores a los 80 millones de dólares²⁰ aproximadamente²¹. En el caso de Colombia, las ventas conjuntas o individuales deben superar los 16.5 millones de dólares²² para que estas pasen por un proceso de aprobación previa por parte de la autoridad de competencia²³.

En el caso de las empresas de telecomunicaciones en el Perú, se ha planteado un umbral para determinar si una empresa debe realizar o no contabilidad separada. Anteriormente, ese umbral estaba fijado en 15 millones de dólares de ingresos operativos anuales, monto similar al observado en las solicitudes de concentración para todos los sectores en Colombia y Chile. Sin embargo, mediante Decreto Supremo N° 005-MTC-2015, se determinó que este umbral representara el 1% de los ingresos operativos de todos los operadores del sector.

De acuerdo al Informe N° 328-GPRC/2014, dicho valor requería ser actualizado, pues los ingresos operativos de las empresas continuaban creciendo y se generaba una obligación de contabilidad separada para empresas pequeñas respecto de los ingresos operativos totales del sector.

Se sugiere considerar este mismo criterio para la determinación del umbral individual, lo cual en la actualidad representaría alrededor de 57 millones de dólares o alrededor de 46,200 UIT.

En el caso de una facturación conjunta, se considera a nivel internacional usualmente entre 5 y 10 veces el monto del umbral individual. En este caso, considerando que el umbral individual representa un valor significativo, se considera que este debe multiplicarse por 5, siendo 285 millones de dólares o alrededor de 231,000 UIT el umbral mínimo conjunto que deben poseer los operadores para solicitar autorización previa.

Estos umbrales sugeridos representan alrededor del doble de los umbrales planteados en el Proyecto. Consideramos que de utilizar estos umbrales en el sector de telecomunicaciones, operaciones no riesgosas en el sector de telecomunicaciones se verían obligadas a pasar por un proceso de evaluación previa.

En relación al uso del valor de las ventas brutas totales, concordamos con este indicador, en tanto permite realizar un cálculo sencillo y verificable de los umbrales.

Artículo 7: Autoridad competente

¹⁹ El umbral corresponde a 290,000 unidades de fomento (UF) y la UF el 31 de diciembre de 2017 ascendió a 26 798.14 CLP, mientras que el tipo de cambio al 5 de febrero de 2018 fue de 602.636 CLP por dólar.

²⁰ El valor conjunto asciende a 1,800,000 UF.

²¹ De acuerdo con Resolución Exenta N° 667 de la Fiscalía Nacional Económica. Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Res_667.pdf

²² El umbral para el 2018 corresponde a 60,000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y el salario mínimo mensual en Colombia para 2018 es de 781,242 COP, mientras que el tipo de cambio al 5 de febrero de 2018 fue de 2,843 COP por dólar.

²³ Según Resolución 88920 de 2017, de la Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/012018/RES-88920.pdf>



Acorde a nuestros comentarios señalados en numeral 3.2, el OSIPTEL es el organismo encargado de velar y promover la competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Así, la Ley General de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC y la Ley que dispone la Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia, Ley N° 26285, establecen como una de las principales funciones asignadas al OSIPTEL, es la de mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones²⁴.

En tal sentido, consideramos que es el OSIPTEL, en su calidad de autoridad de competencia en el sector de telecomunicaciones, el organismo que debería encargarse de evaluar las solicitudes de concentración en este sector.

Artículo 17: Informes proporcionados por entidades públicas en el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial

Numerales 2 y 5

En el caso extremo en que se brinden competencias exclusivas al INDECOPI para la evaluación previa de operaciones de concentración, se sugiere que los informes proporcionados por los organismos reguladores deben tener un carácter vinculante.

Artículo 19: Análisis de la operación de concentración empresarial

Numeral 2

Se sugiere especificar que el análisis no solo debe abarcar lo que ha ocurrido en periodos anteriores, sino que el análisis debe ser también prospectivo. Es decir, evaluar cómo evolucionarían los principales indicadores de mercado de llevarse a cabo la operación.

Numeral 5

Se advierte una contradicción entre el referido numeral y el artículo 18, pues este último menciona que los compromisos para que una operación de concentración sea aprobada deben ser sugeridos por las partes. Mientras que el artículo 19.5 señala que la autoridad puede establecer condiciones para el otorgamiento de la autorización.

Se sugiere que sean los solicitantes de la operación de concentración quienes propongan condiciones que posteriormente la autoridad decida si aceptar o rechazar. Ello debido a que son los solicitantes quienes cuentan con mayor información para evaluar qué propuestas pueden ser factibles y mitigarían los efectos negativos de la operación.

Artículo 21: Silencio administrativo

Considerando los efectos negativos en el bienestar en los consumidores, el interés público y la eficiencia económica de los mercados, que las operaciones de concentración empresarial pueden generar, estamos de acuerdo para que a este tipo de procedimientos administrativos de evaluación previa se les aplique el silencio administrativo negativo.

Artículo 25: Multas coercitivas por incumplimiento de medidas correctivas

²⁴ Ley N° 26285, "Disponen la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia"

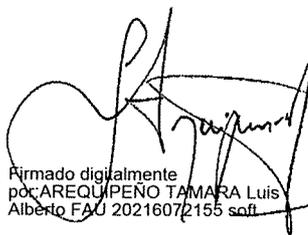


Consideramos que debería evaluarse el monto de la multa coercitiva ascendente a 125 UIT, ya que podría no resultar disuasorio. En ese sentido, se sugiere establecer un monto proporcional al valor de la operación, por ejemplo.

IV. RECOMENDACIONES

Se recomienda que el OSIPTEL remita el presente informe a la Presidencia del Consejo de Ministros, para su correspondiente traslado al Congreso de la república, de acuerdo a lo señalado en el Oficio N° 12-2007/PCM-DM-OCP5 del 5 de marzo de 2007.

Atentamente,



Firmado digitalmente
por AREQUIPEÑO TAMARA Luis
Alberto FAU 20216072155 saf



CARGO



Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

57860



Lima, 26 de abril de 2018

C. 00135-PD/2018

SEÑOR
MIGUEL ANTONIO CASTRO GRANDEZ
PRESIDENTE
COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
EDIFICIO VÍCTOR RAÚL HAYA DE LA TORRE PISO 1 OFICINA 109
PASAJE SIMÓN RODRIGUEZ S/N

Ref.: Oficio N° 892-2017-2018-CODECO/CR 5798

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en atención al oficio de la referencia, mediante el cual solicita al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2604/2017-CR, que propone la "Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia".

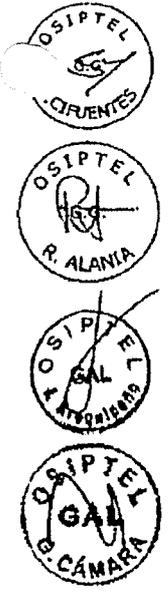
Al respecto, hago de su conocimiento que, en atención al Oficio N° 12-2007/PCM-DM-OCP¹ del 5 de marzo de 2007, estamos remitiendo a la Presidencia del Consejo de Ministros el Informe N° 109-GAL/2018, a fin que, de considerarlo pertinente, sea remitido a su Despacho.

Hago propicia la oportunidad para expresarle mi especial consideración.

Atentamente,

Firmado digitalmente por: MUEENTE SCHWARZ Rafael Eduardo (FAU20216072155)

RAFAEL EDUARDO MUEENTE SCHWARZ
PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO



¹ Mediante el cual se dispone que las respuestas a los pedidos de opinión, de información u otros asuntos formulados por las comisiones del Congreso de la República sobre los proyectos de ley no presentados por el Poder Ejecutivo y por los señores congresistas deben ser canalizadas a través de la Oficina de Coordinación Parlamentaria del Sector la Presidencia del Consejo de Ministros.

05798-2018/SS39

Lima, 26 de marzo de 2018

Oficio N° 892-2017-2018-CODECO/CR

Señor

RAFAEL MUENTE SCHWARZ

Presidente de Consejo Directivo de Organismo Supervisor

De Inversión Privada de Telecomunicaciones - OSIPTEL

Calle La Prosa 136

San Borja.-

De mi consideración:

Es grato expresarle mi cordial saludo e informarle que la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos tiene en estudio el Proyecto de Ley 2604/2017-CR que propone la "Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia".

En este sentido, solicito a usted se sirva emitir, a la brevedad posible, opinión sobre la mencionada iniciativa legislativa. Se adjunta el proyecto de ley.

Aprovecho la oportunidad para expresarle las muestras de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente



MIGUEL ANTONIO CASTRO GRANDEZ

Presidente

Comisión de Defensa del Consumidor y
Organismos Reguladores de los Servicios Públicos

MACG/st

RECIBIDO
2018 MAR 27 AM 8:46
OSIPTEL



PERU
 CONGRESO
 REPÚBLICA

JORGE DEL CASTILLO GALVEZ

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
 "Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
 ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO
 21 MAR 2018
RECIBIDO
 Firma _____ Hora _____

Proyecto de Ley N° 2604/2017-CR

PROYECTO DE LEY QUE REGULA LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES EMPRESARIALES PARA PROMOVER LA COMPETENCIA

Los **CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA** que suscriben, de manera **MULTIPARTIDARIA**, a iniciativa del Congresista **Jorge Del Castillo Gálvez**; miembro del Grupo Parlamentario de la Célula Parlamentaria Aprista, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que le confieren el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, en concordancia con los artículos 75° y numeral 2 del 76° del Reglamento del Congreso de la República, presentan el siguiente Proyecto de Ley:



Fórmula Legal:

El Congreso de la República
 Ha dado la Ley siguiente:

PROYECTO DE LEY QUE REGULA LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES EMPRESARIALES PARA PROMOVER LA COMPETENCIA

**TÍTULO I
 CAPÍTULO I
 DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 1.- Objeto y finalidad

La presente ley establece el régimen del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la competencia en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación de la ley

Se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la presente ley las operaciones de concentración empresarial conforme al umbral previsto, las cuales pueden realizarse dentro o fuera del país, siempre que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional.

**CAPÍTULO II
 DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL**

Artículo 3.- Operaciones de concentración empresarial sujetas al procedimiento de evaluación previa

3.1 Para efectos de la presente ley se entiende que se produce una operación de concentración empresarial sujeta al procedimiento de evaluación previa a todo acto o acuerdo que constituya un cambio duradero del control de la



totalidad o parte, de uno o de varios agentes económicos. Dichas concentraciones se explican como consecuencia de:

- a) La fusión de dos o más agentes económicos, los cuales antes de la operación eran independientes, cualquiera sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.
 - b) La adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.
 - c) La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí, de una empresa en común, joint venture o cualquier otra modalidad contractual análoga, que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos, de tal forma que dicho agente económico desempeñe de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.
 - d) La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.
- 3.2** El término control debe entenderse como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico mediante:
- a) Derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de un agente económico, determinando directa o indirectamente el comportamiento competitivo de dicha empresa en el mercado.
 - b) Derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de un agente económico.
- 3.3** Se entenderá como agente económico a toda persona natural o persona jurídica que participan en la operación de concentración empresarial, nacionales o extranjeras, de derecho privado o de derecho público, o personas jurídicas que cuenten con participación mayoritaria del Estado, que ofrezcan o demanden bienes o servicios, que sean titulares de derechos o beneficiarios de los contratos, o, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos.
- 3.4** Se entenderá como grupo económico al conjunto de agentes económicos, sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas

corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

Artículo 4. Actos no considerados como operaciones de concentración empresarial sujetos al procedimiento de evaluación previa

4.1 No constituye una operación de concentración empresarial sujeta al procedimiento de evaluación previa, y por tanto no se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la presente ley lo siguiente:

- 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 directamente en el mercado.
- 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 que se adquiera 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.

CAPÍTULO III DEL UMBRAL PARA LA EVALUACIÓN PREVIA DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Artículo 5.- Determinación y actualización del umbral

5.1 El umbral constituye un parámetro cuantificable, selectivo y objetivo, expresado en Unidades Impositivas Tributarias (UIT), a partir del cual una operación de concentración debe sujetarse al procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial.

5.2 El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, podrá proponer la actualización del valor de los umbrales siempre que se justifique la necesidad de conformidad con la finalidad de la ley. La modificación del valor del umbral se aprobará mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

Artículo 6.- Valor del umbral para la evaluación previa de concentraciones empresariales

6.1 Una concentración empresarial deberá sujetarse al procedimiento de evaluación previa cuando de manera concurrente se cumpla lo siguiente:

- a) La suma del valor de las ventas brutas totales en el país de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 120 000 (ciento veinte mil) Unidades Impositivas Tributarias, y
- b) El valor de las ventas brutas totales en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 20 000 (veinte mil) Unidades Impositivas Tributarias.

TÍTULO II

DE LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA LA EVALUACIÓN PREVIA DE OPERACIONES CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

Artículo 7.- Autoridad competente

El procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial se encuentra a cargo exclusivamente del INDECOPI, cuyos órganos competentes ejercerán sus atribuciones de acuerdo a lo dispuesto por la presente ley, las competencias señaladas por la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI y la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Artículo 8.- La Comisión de Defensa de la Libre Competencia

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia es el órgano con competencia exclusiva para resolver en primera instancia administrativa a nivel nacional en el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial.

Artículo 9.- La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia es el órgano con autonomía técnica y funcional con competencias para realizar las acciones de ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas al procedimiento de evaluación previa, o en su caso, sobre las acciones preliminares de investigación que puedan dar



lugar al inicio de un procedimiento sancionador, de acuerdo a lo previsto en la presente ley.

Artículo 10.- El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual es el órgano competente para resolver en segunda y última instancia administrativa sobre la resolución emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial.

**TÍTULO III
DEL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN PREVIA DE OPERACIÓN DE
CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL**

**CAPÍTULO I
INICIO DEL PROCEDIMIENTO**

Artículo 11.- Principios

En el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial se tendrá en cuenta los principios siguientes:

11.1 Principio de independencia: Los órganos competentes actúan en el desarrollo del procedimiento de evaluación previa con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole, demostrando independencia respecto de sus apreciaciones personales e influencia de intereses económicos o políticos.

11.2 Principio de confidencialidad: Los empleados, funcionarios o representantes de la Secretaría y los miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, así como de la Secretaría Técnica de la Sala Especializada del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual y los miembros de esta última, independientemente del régimen laboral o de contratación, que tuvieran acceso al expediente, deben guardar reserva respecto de la información a la que tengan acceso en el procedimiento de evaluación previa y sólo podrá ser utilizada para la finalidad para la que fue requerida, que no se divulgue el secreto empresarial, comercial y/o industrial de los agentes económicos, o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad.

Artículo 12.- Oportunidad del inicio del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial

Si la operación de concentración empresarial se encuentra comprendida dentro de los umbrales previstos, los agentes económicos deberán solicitar la autorización de la operación de concentración empresarial ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia sujetándose al procedimiento de evaluación previa de operación de concentración empresarial, una vez se haya concluido el contrato, se haya producido la adquisición de una participación de control, o se

haya realizado la transacción relativa a la oferta pública de adquisición, según corresponda.

Artículo 13.- Agentes económicos que presentan la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial

Tratándose de una operación de concentración empresarial que constituya una fusión o adquisición de un control conjunto, la solicitud de autorización deberá ser presentada de manera conjunta por los agentes económicos intervinientes en dichas operaciones. En los demás casos, la solicitud deberá ser presentada por el agente económico que adquiera el control de la totalidad o de partes de uno o varios agentes económicos.

Artículo 14.- Sobre la admisión a trámite de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial

- 14.1** Para la presentación de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial deberá acompañarse los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y a los agentes económicos que participan en la misma y el grupo económico al cual pertenecen, los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación notificada pudiere significar para la competencia en los mercados afectados; y los demás antecedentes que detalle el Reglamento de la presente ley.
- 14.2** El procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial está sujeto al pago de una tasa administrativa cuyo valor no excederá de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias. La tasa administrativa para la presentación de la solicitud de autorización equivale a veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias. En el caso que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia decida se proceda con la segunda fase procedimental, la tasa administrativa por el inicio de esta fase procedimental equivale a treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias.
- 14.3** La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia revisará la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial comunicando a las partes intervinientes sobre el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de presentación de dicha solicitud.
- 14.4** Si la notificación de la solicitud de autorización previa de una operación de concentración no cumpliera con proporcionar la información necesaria para continuar el proceso de evaluación previa, la Secretaría Técnica otorgará un plazo de cinco (05) días hábiles para la subsanación respectiva, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada. La Secretaría Técnica analizará la solicitud subsanada y, de ser el caso, admitirá a trámite la solicitud en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.
- 14.5** En el plazo máximo de tres (03) días hábiles de haber concluido con la revisión de los requisitos exigidos para admitir a trámite a la solicitud de

autorización de la operación de concentración empresarial, la Secretaría Técnica comunicará su decisión a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, la cual emitirá la resolución que admite a trámite la solicitud de autorización.

- 14.6** Una vez emitida la resolución que admite a trámite la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia publicará una nota sucinta sobre la operación de concentración empresarial, a fin de que la autoridad pueda recibir información relevante de terceros en el plazo máximo de diez (10) días hábiles contado a partir del día siguiente de la publicación. La nota indicará los nombres de los agentes económicos involucrados, el país de origen de los mismos, la forma jurídica de la concentración empresarial y los sectores económicos afectados. La Comisión deberá tener en cuenta los intereses legítimos de los agentes económicos partícipes en la operación de concentración empresarial respecto a la protección del secreto empresarial, comercial o industrial, bajo responsabilidad.

Artículo 15.- Inejecución de las concentraciones empresariales sujetas a evaluación previa

- 15.1** La ejecución de las operaciones de concentración empresarial que se encuentran sujetas al procedimiento de evaluación previa se suspende hasta que la autoridad competente en sede administrativa se haya pronunciado de manera definitiva sobre la solicitud de autorización.
- 15.2** Si respecto de una concentración empresarial que se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la presente ley no se cumple con la presentación de la solicitud de autorización mediante el procedimiento de evaluación previa ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y se ejecuta, los actos que se deriven de dicha ejecución no tienen efecto legal alguno, sin perjuicio de las consecuencias legales que se apliquen según lo previsto por la presente ley y su Reglamento.
- 15.3** La operación de concentración empresarial que se encuentre bajo evaluación en el procedimiento de evaluación previa no podrá ejecutarse hasta que el órgano competente en sede administrativa se haya pronunciado sobre la solicitud de autorización. Si la resolución emitida por la Comisión de Libre Competencia es impugnada, la ejecución de la operación de concentración empresarial estará sujeta a lo que resuelva el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, como última instancia administrativa.

La inobservancia de la presente disposición dará lugar a que los actos derivados de la ejecución de la operación no surtan efecto jurídico alguno, sin perjuicio de que se dicten las medidas legales, de acuerdo a lo previsto en la presente ley y su Reglamento.

15.4 Tratándose de una operación de concentración empresarial que se realice a través de una oferta pública de adquisición en el mercado de valores, la oferta pública de adquisición, la negociación y la transacción podrán ser realizadas, sin embargo el comprador no está autorizado a ejercer los derechos de voto inherentes a los títulos adquiridos en tanto el órgano competente no se haya pronunciado o haya concluido el procedimiento de evaluación previa.

En caso se ejerza el derecho a voto señalado en el párrafo anterior, los actos derivados de la ejecución de la operación no tendrán efecto jurídico alguno, sin perjuicio de la imposición de las medidas que correspondan, según lo previsto por la presente ley y su Reglamento.

CAPÍTULO II

SOBRE LA EVALUACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

Artículo 16.- Fases del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial en primera instancia administrativa

16.1 La Comisión de Defensa de la Libre Competencia procederá al examen de la solicitud de autorización distinguiendo dos fases en el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, dependiendo de la evaluación sobre los efectos anticompetitivos que pueda producir la operación de concentración empresarial en los mercados.

16.2 La primera fase procedimental se inicia con la admisión a trámite de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial y concluye con la resolución de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en los siguientes supuestos:

a) Si la Comisión concluye que la concentración notificada no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley, lo declarará mediante resolución.

La comunicación de dicha resolución no debe exceder de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de admisión a trámite de la solicitud.

b) Si la Comisión comprueba que la operación de concentración notificada se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley, y no plantea serias preocupaciones sobre los efectos anticompetitivos en términos de restringir significativamente la competencia efectiva en el mercado relevante, decidirá no oponerse a la misma y autorizará la operación sin condiciones.

La comunicación de dicha resolución a las partes intervinientes no debe exceder de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de admisión a trámite de la solicitud, dando por concluido el procedimiento de evaluación previa.

16.3 La segunda fase procedimental se inicia con la resolución de la Comisión que pone fin a la primera fase procedimental, habiendo comprobado la Comisión que la operación de concentración empresarial notificada se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley, y plantea serias preocupaciones sobre los efectos anticompetitivos en términos de restringir significativamente la competencia efectiva en el mercado relevante, y ordena se proceda con la segunda fase del procedimiento de evaluación previa.

La comunicación de dicha resolución a las partes intervinientes no debe exceder de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de admisión a trámite de la solicitud.

La segunda fase procedimental de evaluación de la operación de concentración no excederá de noventa (90) días hábiles, pudiendo prorrogarse hasta por un plazo máximo de treinta (30) días hábiles adicionales, debiendo indicarse los motivos que justifiquen la correspondiente ampliación. La resolución que emita la Comisión dará por concluida la primera instancia administrativa.

Artículo 17.- Informes proporcionados por entidades públicas en el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial

17.1 Los órganos competentes en el procedimiento de evaluación previa se encuentran facultados para solicitar a otras entidades de la Administración Pública información que posean, sin más limitación que la establecida por la Constitución y la ley, para lo cual se dictarán las medidas e implementarán los medios correspondientes para una eficaz colaboración interinstitucional en el marco del cumplimiento de la finalidad señalada en la presente ley.

17.2 Para la evaluación previa de operaciones de concentración empresarial los organismos reguladores deberán proporcionar un informe sobre el nivel de concentración del mercado incluyendo la correspondiente opinión sobre los posibles efectos en el mercado que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de la evaluación.

17.3 Para la evaluación previa de operaciones de concentración empresarial la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones deberá proporcionar un informe sobre el nivel de concentración del mercado incluyendo la correspondiente opinión sobre los posibles efectos en el mercado que pudieran derivarse de la operación de concentración objeto de la evaluación.



- 17.4** La oportunidad de requerimiento de los informes en lo que corresponde a este artículo tendrá lugar tanto en la primera como en la segunda instancia administrativa.
- 17.5** Los informes proporcionados por las entidades públicas deberán ser tomados en consideración al momento de resolver por el órgano competente correspondiente.
- 17.6** En el caso sea necesario, el órgano competente podrá suspender el plazo para resolver hasta por siete (07) días hábiles contado a partir de la solicitud a la entidad pública correspondiente, pudiendo ser prorrogado hasta por tres (03) días hábiles adicionales, por la complejidad del procesamiento o puesta a disposición de la información. Transcurrido este plazo, el órgano competente deberá continuar con el desarrollo del procedimiento.

Artículo 18.- Compromisos ofrecidos por los agentes económicos durante el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial

- 18.1** Durante el desarrollo del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial y antes de que resuelva el órgano competente de primera o de segunda instancia, los agentes económicos podrán ofrecer a la autoridad administrativa las medidas, compromisos o remedios que estimen aptos y adecuados dirigidos a mitigar los efectos anticompetitivos que pudieran restringir significativamente la competencia efectiva en el mercado relevante.
- 18.2** Los compromisos propuestos por los agentes económicos podrán ser comunicados a terceros en la medida que se justifique la necesidad para su evaluación, de conformidad con la finalidad de la presente ley.
- 18.3** La autoridad resolverá en un plazo de quince (15) días hábiles si dichas medidas propuestas resultan ser factibles tomando en consideración su implementación efectiva, ejecución en el tiempo y supervisión correspondiente. El plazo para la resolución del procedimiento de evaluación previa se suspende hasta que la autoridad se pronuncie sobre la propuesta presentada por los agentes económicos.
- 18.4** El INDECOPI deberá emitir lineamientos sobre remedios o medidas de mitigación que sirvan de guía para la aplicación de la presente ley.

Artículo 19.-Análisis de la operación de concentración empresarial

- 19.1** El procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial evalúa los efectos de los cambios en la estructura del mercado relevante a fin de identificar si dichos efectos producen una restricción significativa de la competencia efectiva en el mercado.

19.2 En el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial el órgano competente tomará en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- a) La estructura del mercado relevante.
- b) La competencia real o potencial de los agentes económicos en el mercado.
- c) La evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate.
- d) Las fuentes de distribución y comercialización.
- e) Las barreras legales o de otro tipo para el acceso al mercado.
- f) El poder económico y financiero de las empresas involucradas.
- g) La creación o fortalecimiento de una posición de dominio.
- h) La generación de eficiencias económicas.

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

19.4 Si en el procedimiento de evaluación previa se determina que la operación de concentración puede generar una restricción significativa a la competencia efectiva, la autoridad no autorizará la operación.

19.5 Si en el procedimiento de evaluación previa se determina que la operación de concentración no genera una restricción significativa a la competencia efectiva, la autoridad autorizará la operación.

La autoridad puede establecer condiciones para el otorgamiento de la autorización, tomando en consideración los efectos de la operación de concentración empresarial que puede producir en el bienestar de los consumidores.

19.6 El órgano competente podrá autorizar la operación de concentración sujeta al cumplimiento de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que los agentes económicos involucrados cumplan los compromisos contraídos con la Comisión adoptada, o que respondan a la compensación de los efectos restrictivos sobre la competencia en el mercado.

19.7 Si el órgano competente determina que la operación de concentración empresarial puede generar una restricción significativa de la competencia efectiva, podrá autorizarla siempre que los agentes económicos solicitantes demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos restrictivos a la competencia identificados y contribuya en el bienestar de los consumidores. Las eficiencias que se identifiquen deberán tener un carácter inherente a la operación, ser verificables y susceptibles de ser transferidas al consumidor.

Artículo 20.- Recurso de apelación

20.1 En el caso se haya denegado la solicitud de autorización, los agentes económicos podrán interponer el recurso de apelación contra la resolución emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. El plazo para su interposición no excederá de veinte (20) días hábiles, contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución que pone fin a la primera instancia.

20.2 El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual deberá proceder con la evaluación de lo solicitado en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles.

20.3 La resolución que es emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual pone fin a la sede administrativa.

Artículo 21.-Silencio administrativo

Si dentro del plazo legal previsto el órgano competente no haya emitido pronunciamiento expreso, corresponderá la aplicación del silencio administrativo negativo, dando por concluido el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial.

Artículo 22.- Nulidad de oficio

Procede la nulidad de oficio respecto del acto que autorizó la operación de concentración cuando se determine que la información suministrada por el agente económico solicitante sea falsa o haya sido adulterada, sin perjuicio de que se dicten las medidas, de acuerdo a lo previsto en la presente ley y su Reglamento.

Artículo 23.- Revocación

23.1 Cuando la autorización de una operación de concentración empresarial se sujete al cumplimiento de una condición de conducta, debe entenderse que el cumplimiento de dicha obligación deberá estar asociada a un horizonte temporal, y en consecuencia, la autoridad podrá revocar de oficio el acto administrativo que autorizó dicha operación. Para ello deberá revisar de oficio las características y el entorno competitivo del mercado, y el marco legal vigente, a efectos de determinar si resulta pertinente o no mantener la condición impuesta a los agentes económicos obligados a su cumplimiento, apreciando elementos de juicio que no genere perjuicio a terceros.

23.2 Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, los agentes económicos pueden solicitar la revocación del acto administrativo que autorizó la operación con condiciones, cuando lo estimen pertinente, a fin de que la autoridad revise las condiciones de conducta impuestas, debiendo para tal efecto identificar el cambio de circunstancias que se haya producido en el mercado relevante y que amerite el levantamiento o actualización de las condiciones establecidas válidamente en su oportunidad.

CAPÍTULO III SOBRE MEDIDAS CORRECTIVAS

Artículo 24.- Medidas correctivas

Cuando la Comisión de Defensa de la Libre Competencia compruebe que una operación de concentración empresarial:

- a) Haya sido ejecutada habiendo sido denegada su autorización; o
- b) Haya sido ejecutada contraviniendo una de las condiciones vinculadas a la decisión adoptada por el órgano competente, la Comisión podrá ordenar como medida correctiva a los agentes económicos involucrados, que disuelvan la concentración empresarial, en particular mediante la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, de tal manera que quede restablecida la situación previa a la ejecución de la concentración.

En el caso que el restablecimiento a la situación previa a la ejecución de la concentración no sea factible, mediante la disolución de la misma, el órgano competente podrá adoptar otra medida apropiada para lograr mitigar los efectos irreversibles producidos.

Artículo 25.- Multas coercitivas por incumplimiento de medidas correctivas

Si los agentes económicos incumplen las obligaciones relativas a las medidas correctivas se le impondrá una multa coercitiva equivalente a ciento veinticinco (125) Unidades Impositivas Tributarias, la cual deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencido los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

En caso de persistir el incumplimiento referido anteriormente, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia podrá ordenar la imposición de una nueva multa coercitiva, duplicando sucesivamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se dé cumplimiento a la medida correctiva ordenada y hasta el límite de dieciséis (16) veces el monto de la multa coercitiva originalmente impuesta.

TÍTULO IV DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 26.- Infracciones administrativas

Las infracciones administrativas en el ámbito de aplicación de la presente ley se distinguen entre leves, graves y muy graves.

Artículo 27.- Tipificación de las infracciones administrativas

27.1 Las infracciones leves son las siguientes:

- a) No haber presentado la solicitud de autorización mediante el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración

empresarial, de conformidad con lo dispuesto sobre el ámbito de aplicación de la presente ley.

- b) No haber suministrado al órgano competente la información requerida por éste, o no haber suministrado en el plazo previsto, o haber suministrado información incompleta, incorrecta, adulterada, engañosa o falsa.
- c) La obstrucción a través de cualquier modalidad respecto de la labor de investigación que realice el órgano competente respecto de la operación de concentración empresarial.

27.2 Las infracciones graves son las siguientes:

- a) La ejecución de una operación de concentración empresarial antes de haber sido sometida al procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial.
- b) La ejecución de una operación de concentración empresarial antes de que haya sido emitida la resolución del órgano competente.
- c) La ejecución de una operación de concentración empresarial antes de que se haya producido el silencio administrativo negativo.

27.3. Las infracciones muy graves son las siguientes:

- a) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente ley.
- b) Ejecutar una operación de concentración habiendo sido denegada su autorización.

Artículo 28.- Monto de la sanción

Las infracciones administrativas serán sancionadas con multas sobre la base del cálculo del volumen de ventas o ingresos percibidos por el sujeto infractor, correspondiente al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución del órgano competente, según los niveles de gravedad siguientes:

- a) Si la infracción fuera calificada como leve, se impondrá una multa de hasta uno (01) % del volumen de ventas o ingresos percibidos correspondientes al ejercicio inmediato anterior.
- b) Si la infracción fuera calificada como grave, se impondrá una multa de hasta cinco (05) % del volumen de ventas o ingresos percibidos correspondientes al ejercicio inmediato anterior.
- c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, se impondrá una multa de hasta diez (10) % del volumen de ventas o ingresos percibidos correspondientes al ejercicio inmediato anterior.

Artículo 29.- Graduación de la gravedad de las sanciones

Para efectos de determinar la gravedad de la infracción se aplicarán los criterios establecidos en el artículo 44 Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que resulte aplicable.

Artículo 30.- Plazo de prescripción de la infracción

Las infracciones establecidas en la presente ley prescriben a los tres (03) años de haberse producido el acto que dio lugar a la conducta infractora según lo previsto en el artículo 28 de la presente ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Sobre la definición de mercado relevante y posición de dominio

Para efectos de la presente ley deberá considerarse las definiciones de mercado relevante y de posición de dominio que se encuentran comprendidas en los artículos 6 y 7 del Decreto Legislativo 1034, Ley que Represión de Conductas Anticompetitivas, respectivamente. Sin perjuicio de ello, el INDECOPI deberá emitir lineamientos sobre estas materias que sirvan de guía para la aplicación de la presente ley.

SEGUNDA.- Lineamientos sobre el cálculo de umbrales

El INDECOPI deberá publicar los lineamientos relativos al cálculo de los umbrales que sirvan de guía a los agentes económicos en el mercado para el inicio del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley.

TERCERA.- Exclusividad de la función para la evaluación de operaciones de concentración empresarial

El procedimiento especial de evaluación previa de concentraciones empresariales tutela de manera específica la libre competencia en el ámbito de las operaciones de concentraciones empresariales, siendo el INDECOPI la única autoridad administrativa para la evaluación de las operaciones de concentración empresarial, en consecuencia, no procede la demanda ante la autoridad jurisdiccional contra la resolución de primera instancia que emite la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

Con la finalidad de tutelar la eficacia de la vía procedimental no procede la solicitud de medida cautelar en sede administrativa.

CUARTA.- Demandas contencioso-administrativas

La interposición de la demanda contencioso-administrativas contra la resolución emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual en materia de represión de conductas anticompetitivas y evaluación previa de operaciones de concentración empresarial es conocida, en primera instancia por la Sala Especializada en lo Contencioso-Administrativo de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema del

Poder Judicial resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso.

QUINTA.- Modificación de los instrumentos de gestión administrativa del INDECOPI

En un plazo no mayor de seis (06) meses contados a partir del día siguiente de la publicación de la presente ley, se dictarán las modificaciones normativas al Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI y demás instrumentos de gestión de la entidad a fin de adecuarlos a lo dispuesto por la presente ley.

SEXTA.- Sobre el presupuesto del INDECOPI en adecuación a la presente ley

Autorízase al INDECOPI la aprobación de la nueva escala remunerativa para la contratación de personal, la cual se encuentra exceptuada del monto máximo establecido en el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 038-2006. La aprobación de la escala remunerativa se sujeta a lo establecido en el numeral 1 de la Cuarta Disposición Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF. Lo dispuesto en la presente disposición se financia con cargo al presupuesto institucional del INDECOPI.

Para efectos de implementar lo dispuesto en la presente disposición, exonerase al INDECOPI de lo establecido en los artículos 6, 8 y 9 de la Ley N° 30693, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018 y de las prohibiciones contenidas en la Ley N° 28212 y sus modificatorias.

Asimismo, en los casos que correspondan, déjese en suspenso por el plazo de un año a contar desde el día siguiente de la fecha de publicación de la presente ley, lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 3 del Decreto Ley N° 25650, el primer párrafo del artículo 139 del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado mediante Decreto Supremo 005-90-PCM, así como el literal o) del artículo 16 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público para la aplicación de la presente ley.

SÉPTIMA.- Vigencia de la ley

La presente ley entra en vigencia en un plazo de seis (06) meses contado a partir del día siguiente de su publicación.

La Sexta Disposición Complementaria Final entra en vigencia al día siguiente de la publicación de la presente ley.

OCTAVA.- Reglamento de la ley

El Reglamento será aprobado en un plazo máximo de seis (06) meses por el Poder Ejecutivo, contado a partir del día siguiente de la publicación de la presente ley.



DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

PRIMERA.- Modificación el literal b) del numeral 2.1 del artículo 2° y el artículo 24° del Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI

Modifíquese el literal b) del numeral 2.1 del artículo 2° y el artículo 24° del Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, en los siguientes términos:

"2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:

a) (...)

b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales, previniendo los efectos anticompetitivos de las operaciones de concentración empresarial y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva;"

"Artículo 24.- De la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

Corresponde a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Ley que regula las Fusiones y Adquisiciones Empresariales para Promover la Competencia, así como de aquellas disposiciones que complementen o sustituyan a las anteriores en todo o en parte."

SEGUNDA.- Incorporación del artículo 30-A del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Incorpórese el artículo 30-A del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los términos siguientes:

"Artículo 30-A. Supuestos del plazo para resolver

Excepcionalmente y mediante decisión motivada de la Secretaría Técnica o la Comisión, el plazo para resolver se suspende cuando el procedimiento se paralice por causa atribuible al administrado o cuando existen razones que determinen la imposibilidad temporal de continuar con el procedimiento, en particular, en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Cuando la interposición de un recurso administrativo no permite la incorporación de elementos para el adecuado ejercicio del derecho de



defensa de las partes o para las labores de investigación e instrucción de la Secretaría Técnica de conformidad con lo dispuesto en el numeral 37.2 del Artículo 37 de la presente Ley.

- b) Cuando se solicite a terceros o a otros órganos de la Administración Pública el aporte de documentos u otros elementos de juicio que resulten relevantes para la determinación de la existencia o no de la infracción imputada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 30.1 del Artículo 30 de la presente Ley.
- c) Cuando se encuentre pendiente por parte del administrado la subsanación o ampliación de las respuestas presentadas ante los requerimientos de información formulados por la Secretaría Técnica o la Comisión.
- d) Cuando se realicen diligencias de notificación de documentos o actos que dependan de la participación de otra entidad del Estado o de la colaboración de autoridades en el extranjero.

La suspensión del plazo para resolver es por el tiempo que implique la completa realización o tramitación de los supuestos previstos en el presente artículo. En cualquier supuesto, la suspensión del plazo para resolver no debe exceder al plazo de noventa (90) días hábiles.

El pronunciamiento de la Secretaría Técnica o la Comisión sobre la suspensión del procedimiento es inimpugnable."

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

ÚNICA.- Procedimientos en trámite

Los procedimientos de evaluación previa que se encuentran sujetos a la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, se hayan iniciado con anterioridad a la vigencia de la presente ley, y se encuentren en trámite, se adecuarán en la etapa que se encuentren, conforme a las reglas de la presente ley y su Reglamento, en el marco del cumplimiento de la finalidad de la presente ley.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA.- Derogatoria

Derogase la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a lo establecido por la presente Ley o limiten su aplicación, con la entrada en vigencia de la presente ley.

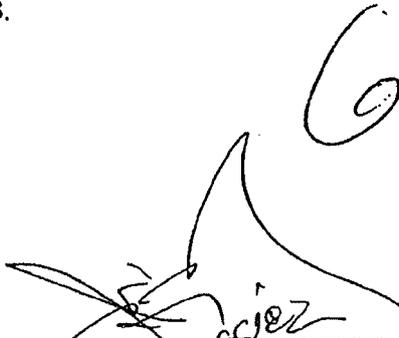


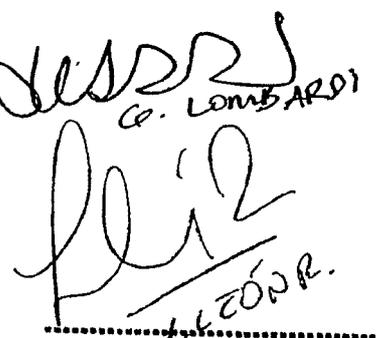
JORGE DEL CASTILLO GALVEZ

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Lima, 08 de Marzo del 2018.

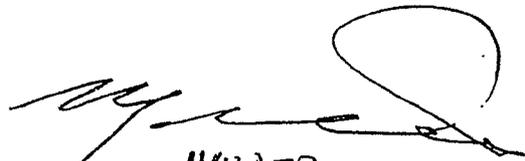

.....
JORGE DEL CASTILLO GALVEZ
Congresista de la República

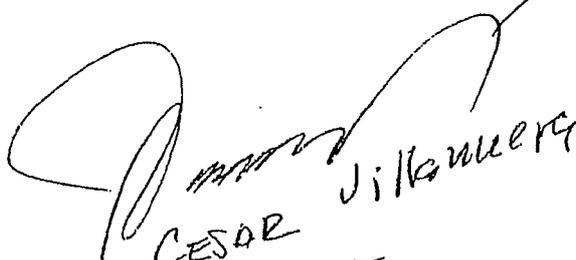

.....
JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA


.....
LUCIANA LEÓN ROMERO
Congresista de la República


.....
JORGE DEL CASTILLO GALVEZ
Portavoz (T)
Célula Parlamentaria Aprista


E. Rueda
ELIAS R


MULDER


CESAR Villanueva


GILBERT VIOLETA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La constitución de concentraciones empresariales en los mercados ha alcanzado un nivel de importancia significativa en la economía globalizada debido a que constituyen un fenómeno de racionalización y dinamización de la economía, al consolidar un crecimiento corporativo externo en el corto plazo a través de fusiones, adquisiciones y otras formas contractuales, con efectos en la estructura de los mercados que pueden afectar significativamente el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

Algunas operaciones de concentración empresarial pueden restringir la competencia efectiva con la reducción de los participantes en el mercado pudiendo crear o fortalecer la posición de dominio en un determinado mercado, o estableciendo barreras de acceso al mercado, afectando la competencia real o potencial en el mercado relevante y el bienestar de los consumidores, por un lado, y por otro, estas operaciones pueden dar lugar a eficiencias que logren compensar dichos efectos anticompetitivos en beneficio de los consumidores.

En este sentido, se precisa la participación del Estado a través de la autoridad de competencia para poder evaluar operaciones de concentración empresarial y determinar los efectos anticompetitivos que pudieran derivarse de las mismas. Esta evaluación se expresa a través de un procedimiento administrativo que debe estar basado en principios de transparencia, predictibilidad y confidencialidad en el que se aplique una metodología de orden jurídico y económico, que permita brindar seguridad jurídica a los participantes en el mercado, conforme a los objetivos de política de competencia que se hayan establecido como el bien jurídico a tutelar por la ley, es decir la finalidad pública que la autoridad de competencia deberá proteger, bajo responsabilidad, y de conformidad con el marco constitucional, en el que se expresan los valores que una sociedad en su conjunto identifica y respeta para una convivencia pacífica y el logro del bienestar general.

La evaluación previa de operaciones de concentración empresarial evalúa los efectos anticompetitivos del mercado que pueden derivarse de dicha operación, y constituye un control complementario al control de conducta de los competidores en el mercado, denominado control ex post.

El control de operaciones de concentración empresarial, denominado control ex ante se mantiene se caracteriza por tener un enfoque preventivo, pues evita la generación de efectos negativos irreversibles del acto de concentración en la estructura del mercado relevante, con lo cual se intenta garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva, asumiendo que no basta con establecer un adecuado

sistema de intervención de la autoridad de competencia a través de un control de conductas de los competidores, con el propósito de evitar situaciones de abuso de la posición o de la constitución de cárteles a través de prácticas colusorias, y ello porque ambos instrumentos se complementan. El objetivo central del control de concentraciones económicas es mantener una competencia efectiva en el sentido de proteger y promover el proceso competitivo del mercado. En esencia se trata de la evaluación de los efectos en la estructura del mercado en la etapa más temprana posible.

Debido a su naturaleza preventiva, el espacio de actuación de la autoridad de competencia debe estar precisada en la ley bajo un diseño que permita otorgar garantías a los agentes económicos, acorde con las prácticas recomendadas internacionalmente, con alta importancia en el interés de facilitar y vigilar la libre competencia en los mercados.

Actualmente, los compromisos, obligaciones internacionales contraídas a través de los tratados de libre comercio, como el Acuerdo Comercial Multipartes con la Unión Europea así como las recomendaciones de organizaciones internacionales como la OECD, el Banco Mundial y la UNCTAD orientan al Estado Peruano para su reconocimiento como instrumento de política de competencia complementario al control de conductas anticompetitivas, conduciendo el debate jurídico y político hacia la atención sobre un adecuado diseño normativo.

El control de operaciones de concentración, conocido como *merger control* o *merger review*, tiene como objetivo evaluar ciertas operaciones de concentración empresarial de acuerdo a un determinado umbral (*threshold*) que habilita a la autoridad de competencia para ejercer dicha potestad administrativa, con la finalidad de determinar si los efectos que se producen en el mercado relevante pueden disminuir, limitar, restringir u obstaculizar significativamente la competencia efectiva en el mercado.

En este escenario las organizaciones internacionales han planteado importantes aportes y contribuciones relativos a las características y alcance del denominado control ex ante, como la UNCTAD, la OECD, el Banco Mundial y la International Competition Network.

En el caso de la OECD, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, se puso de manifiesto en el Estudio Multidimensional sobre el Perú, publicado el año 2015, Capítulo 3 sobre Competitividad y Diversificación Económica en Perú que el INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), la autoridad de competencia peruana, debería contar con un marco regulatorio sobre control de fusiones y adquisiciones, el cual debe ser

de naturaleza obligatoria considerando un diseño que ponga especial atención a los umbrales para la evaluación de la operación.¹

Al respecto, la OECD ha emitido una serie de recomendaciones a través de diversos estudios en el marco de sus estudios sobre el Perú con la finalidad de que se puedan implementar reformas en diversos campos de las políticas públicas, como la organización del Estado, la institucionalidad, la modernización de la gestión pública, la optimización de procedimientos a través de la simplificación administrativa, la competitividad, políticas de competencia, gobernanza regulatoria, entre otras. El Estado Peruano ha recibido estas recomendaciones y las viene implementando, con el interés en ser parte de esta organización como Estado Miembro en el marco del Programa País.²

En un estudio llevado a cabo por el Banco Mundial y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD), publicado en el año 2017, sobre el efecto de las políticas de competencia en el desarrollo económico y el crecimiento inclusivo, se recoge la afirmación sobre el contenido de la política de competencia. Ella comprende dos pilares: "*Pilar 1: La promoción de las medidas que faciliten la contestabilidad, el acceso al mercado, la rivalidad; y el Pilar 2 promoción de medidas para el fortalecimiento de la aplicación de las leyes antimonopolio (típicamente reglas contra el abuso de posición dominante y los acuerdos anticompetitivos, y el control de concentraciones) y las ayudas estatales.*"³

El estudio señala que a pesar que los objetivos de competencia están dirigidos típicamente a asegurar un proceso competitivo efectivo, promover el bienestar de los consumidores y alcanzar niveles de eficiencia económica, es posible identificar

¹ OECD (2015) Multi dimensional Review of Peru. Volumen I. Initial Assessment. Paris: OECD Publishing, pp. 128-129. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264243279-en> El estudio hace referencia a los siguientes documentos: OECD (2015), Competition and Market Studies in Latin America: The Case of Chile, Colombia, Costa Rica, Mexico, Panama and Peru. Paris: OECD Publishing. www.oecd.org/daf/competition/competition-and-market-studies-in-latinamerica2015.pdf OECD/IDB (2012), "Follow-up to the Nine Peer Reviews of Competition Law and Policy of Latin American Countries: Argentina, Brazil, Chile, Colombia, El Salvador, Honduras, Mexico, Panama, and Peru". Paris: OECD. http://www.oecd.org/daf/competition/2012Follow-upNinePeer%20Review_en.pdf

² Al respecto: <http://www.oecd.org/about/secretary-general/lanzamiento-del-programa-pais-de-la-ocde-con-peru.htm> El objetivo del Gobierno peruano es que su participación en el Programa País sea un instrumento para mejorar sus políticas públicas y servir mejor a sus ciudadanos. El "Programa País" (PP) no es un mecanismo de incorporación a la OCDE pero a través de él el Perú muestra el interés y capacidad en efectuar reformas en sus políticas públicas y conducirlas al nivel de los estándares de la OCDE. El 24 de mayo de 2014 el Secretario General de la OCDE, Angel Gurría formalizó la invitación a ser parte del PP a los ministros MRE y MEF, y el 30 de junio el Canciller Gonzalo Gutiérrez, en representación del Gobierno peruano, entregó en París una carta de fecha 26 de junio de 2014 aceptando dicha invitación. En este sentido también: OECD (2015b) Competition and Market Studies in Latin America: The Case of Chile, Colombia, Costa Rica, Mexico, Panama and Peru, Paris:OECD Publishing <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-market-studies-in-latinamerica2015.pdf> OECD/ECLAC (2012) Latin American Economic Outlook 2012: Transforming the State for Development, Paris: OECD Publishing <http://dx.doi.org/10.1787/leo-2012-en>

³ Banco Mundial (2017) A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth. Washington, DC: World Bank, p. 6.

que algunas leyes de competencia cumplen objetivos relacionados con reducir la pobreza y la inequidad.⁴

Por otro lado, la ICN⁵ ha señalado, en particular a través de sus Recomendaciones sobre Prácticas relativas al control de concentraciones empresariales que *“las leyes de competencia para el análisis de concentraciones deben enfocarse exclusivamente en identificar y prevenir o remediar concentraciones anticompetitivas. Una ley para el análisis de concentraciones no debe ser utilizada para perseguir otros objetivos. (...) Las agencias solo deben intervenir para prohibir o remediar una concentración cuando es necesario prevenir efectos anticompetitivos que puedan ser causados por dicha concentración. El objetivo apropiado de la intervención de la agencia para prohibir o remediar una concentración es mantener o restaurar la competencia afectada por la concentración, no para mejorar la competencia previa a la concentración.”*⁶

Por su parte la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha elaborado una Ley Modelo de Competencia que presenta un conjunto de disposiciones que sirven de guía o referencia para el diseño de leyes de competencia a nivel global. Estas disposiciones que toman en cuenta a su vez un análisis comparado de la legislación sobre libre competencia a nivel global que en su conjunto proponen una serie de elementos que conviene considerar porque en efecto no sólo regulan las conductas anticompetitivas sino también los actos de concentración que se producen en el mercado.⁷

La Ley Modelo señala que el objetivo fundamental de la legislación de defensa de la competencia es fomentar y proteger la competencia en los mercados. Dentro de ese objetivo general caben algunas metas más específicas, como son el bienestar del consumidor, alcanzar eficiencias (productivas o dinámicas), y mantener el proceso de competencia. Respecto de este último punto señala que en realidad la

⁴ Banco Mundial (2017) A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth. Washington, DC: World Bank, pp. 6-7.

⁵ Hacia el último trimestre del año 2001 se establece oficialmente la red más ambiciosa de cooperación para temas específicos relativos a la competencia a nivel global, la International Competition Network (ICN). Hoy en día, la ICN es el único cuerpo internacional que discute exclusivamente la legislación de competencia a nivel global y mantiene un contacto regular y dinámico entre todos sus miembros constituido por las autoridades de competencia nacionales e internacionales, desarrollándose una comunidad orientada a establecer puntos de convergencia para enfrentar problemas comunes a través de working groups, y las conferencias anuales que convoca a las autoridades y expertos en política y legislación de competencia.

⁶ ICN (2008) Prácticas recomendadas por la ICN para el análisis de concentraciones económicas. I. El Marco legal para el análisis de competencia de las concentraciones. Comentarios del Merger Working Group, abril de 2008, pp. 1-2.

⁷ La UNCTAD ha elaborado una Ley Modelo de Competencia (Model Law on Competition) que sirve de guía y cuyos capítulos se actualizan cada cierto tiempo durante las sesiones del Intergovernmental Group of Experts (IGE). El capítulo I se encuentra relacionado con los objetivos y fin de la ley de competencia. La revisión final de este capítulo se realizó en la Séptima Conferencia de Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, que tuvo lugar en Ginebra del 6 al 10 de julio de 2015.

protección del proceso de competencia se considera como un medio para alcanzar los objetivos anteriormente mencionados.⁸

En esa misma línea, la UNCTAD ha manifestado en su oportunidad que las leyes sobre control de concentraciones no constituyen una amenaza a los inversionistas: *“cualquier inversor que venga al Perú quiere saber cuál es la protección que le da la normativa peruana y en el caso de que no haya un control de concentraciones sabe que el mercado tiene una estructura determinada, pero puede variar mediante una operación de fusión que nadie controla, es un elemento negativo para cualquier inversión extranjera. Cualquier inversor extranjero sabe que tiene que pasar por un control de fusiones, no tiene miedo, porque probablemente haya pasado por este proceso en otros países, estamos hablando de grandes corporaciones.”*⁹

Al respecto, la Ley Modelo de Competencia de la UNCTAD afirma como objetivo de un control de concentraciones lo siguiente: *“Controlar o eliminar (...) las fusiones y adquisiciones, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico.”*¹⁰

En efecto, si bien la mayoría de los regímenes relativos a la competencia que existen en el mundo prevén normas de control de las fusiones, el contenido y el cumplimiento (*enforcement*) de esas normas varían de una jurisdicción a otra, y las diferencias entre uno y otro régimen se relaciona con los siguientes aspectos: i) Las disposiciones legales y la política de cumplimiento relacionadas con los distintos tipos de fusiones; ii) Los factores estructurales y de comportamiento considerados y su importancia relativa, incluida la cuota de mercado y/o los volúmenes de negocios que dan lugar a que las autoridades de defensa de la competencia analicen la situación, iii) los criterios de incompatibilidad con la libre competencia que deben cumplirse antes de que se pueda prohibir una determinada operación; iv) El tratamiento de las mejoras de eficiencia y de los criterios no relacionados con la competencia; v) El alcance y la estructura de las excepciones; y vi) Las disposiciones de procedimiento, como la notificación voluntaria u obligatoria en el caso de las fusiones de empresas que cumplen determinados requisitos de volumen de negocios o cuota de mercado, o vii) las posibilidades *ex post facto* de tomar medidas en contra de las fusiones, y las medidas correctivas o sanciones.¹¹

Una economía emergente como el Perú enfrenta desafíos que le plantea la economía globalizada, la oferta y demanda de inversiones, por lo que debe actuar

⁸ UNCTAD (2015) Ley Modelo de Competencia. Capítulo I, pág. 3.

⁹ Entrevista concedida al Diario La República por el representante de la UNCTAD, Juan Luis Crucelegui. <http://larepublica.pe/impres/a/economia/827589-la-ley-antimonopolio-se-deberia-dar-con-el-consenso-de-todo-el-congreso>

¹⁰ El capítulo VI de la Ley Modelo de Competencia (Model Law on Competition) está reservado para las fusiones. La última versión de este capítulo se actualizó durante la Sexta Conferencia de las Naciones Unidas (UNCTAD) encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, que tuvo lugar en Ginebra del 8 a 12 de noviembre de 2010.

¹¹ UNCTAD (2010) Model Law on Competition. Capítulo VI numerales 2 y 4.

en el campo legislativo con señales claras y transparentes para quienes participan en el mercado.

En el diseño de la legislación de competencia debe tenerse claramente en cuenta las peculiaridades sociales, culturales, así como las necesidades de maximización de bienestar económico de esa economía emergente o en desarrollo. Estas características se distinguen claramente de las economías desarrolladas.¹² Al respecto países en desarrollo no pueden evitar preocuparse por el grado de competitividad de su economía. De ello se afirma que no sería adecuado que los países en desarrollo adopten el mismo estándar de la política de competencia aplicada en países desarrollados, y deba abordarse con prudencia y conocimiento los alcances de las disposiciones legislativas.

Esto ha dado lugar a que ciertos países en desarrollo o algunas economías emergentes mantengan niveles de intervención en la política de competencia definiendo supuestos en sus normas de competencia que les permiten hacer un ingreso por ejemplo, en temas relativos al fomento de la competitividad de la industria doméstica, u otros objetivos de política económica distintos a la política de competencia.¹³ La política de promoción de la competitividad de la industria es un capítulo de la política económica que tiene como propósito administrar los objetivos relativos a los diferentes sectores productivos de la economía. Ello permitiría en ocasiones que objetivos de política de competencia sean sustituidos por argumentos de política industrial en la que se podría estar favoreciendo a determinados intereses económicos y restringiendo a otros.¹⁴

La respuesta a los objetivos de política de competencia depende de la política económica que el Estado quiera introducir y desde luego de la naturaleza ideológica que sustenta el programa económico, y especialmente del fundamento jurídico-constitucional de una economía. En buena parte, se trata de identificar los valores que definen una sociedad. Así lo señala Fikentscher y Sullivan : *"one should be aware of the fact that the meaning of the term antitrust changes depending on various factors: the nation, the time period, the state of technology, the capacity and social demands on business, the overall business culture, the currently accepted economic theories, as well as the overall national concerns and values. Only after accounting for all of these factors can a description of antitrust begin to be complete."*¹⁵

¹² Gal, M. (2003). *Competition Policy for Small Market Economies*. Cambridge: Cambridge University Press: 194-195. En este mismo sentido: Gal, M. (2001). *Size Does Matter: The Effect of Market Size on Optimal Competition Policy*. *Southern California Law Review*, 74: 1441.

¹³ Fox, E.M. (2002) *What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*. *The Antitrust Law Journal*, 70, p. 409. Botta, M. (2011). *Merger Control Regimes in Emerging Economies. A Case Study on Brazil and Argentina*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, p. 293.

¹⁴ Gal, M. (2003) *Competition Policy for Small Market Economies*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 48. Fox, E. M. (2003) *We Protect Competition, you Protect Competitors*. *World Competition* 26 (2), pp. 149-165.

¹⁵ Fikentscher, W., Sullivan, L. (1998). *On the Growth of the Antitrust Idea*. *Berkeley Journal of International Law*, 97, p. 197.

En este sentido, la UNCTAD ha expresado que *“El control de las fusiones es uno de los principales pilares de un régimen de defensa de la competencia”*.¹⁶ Y que de tratarse de economías de países en desarrollo, una característica importante está relacionada con la ideología y la metodología de control del mercado, a saber: *“Desde una perspectiva económica, muchas de estas economías tal vez hayan sido objeto de intervención pública y estén en una fase de transición respecto de la liberalización, la privatización y la desregulación, al mismo tiempo que afrontan la introducción de nuevas tecnologías en el proceso productivo. Por consiguiente, la fase de transición en la que se halle cada economía y el grado de aplicación de los principios de la liberalización son factores clave al establecer y aplicar el derecho de la competencia. Desde una perspectiva institucional, los organismos tienen importantes limitaciones en materia de recursos humanos y financieros. Desde una perspectiva política, la falta de estabilidad condiciona la capacidad de los Gobiernos para comprometerse a introducir cambios a largo plazo en el mercado, mientras que la competencia tal vez esté limitada debido a los obstáculos que afrontan los nuevos agentes del mercado, independientemente de sus ventajas comparativas. Por último, la falta de una cultura de la competencia obstaculiza la afirmación de los beneficios de la competencia.”*

Al respecto, es preciso manifestar que la historia económica del Perú ha estado caracterizada por constantes crisis de corto plazo, estrategias de crecimiento relativamente poco definidas y políticas económicas de marcados vaivenes. Con la introducción de las reformas estructurales en la década de los noventa se instaura un nuevo escenario de orden jurídico, económico pero también ideológico. Se concreta una radical transformación de naturaleza económica, financiera y fiscal así como el inicio de la liberalización de los mercados y el inicio de las privatizaciones. El Estado peruano introdujo una serie de incentivos a la inversión privada en el marco del proceso de Modernización del Estado a través de las reformas económicas y los paquetes legislativos. Y en ese sentido, posiciones ideológicas que inspiraron la elaboración de la Constitución Política de 1979 tuvieron que ser evaluadas a la luz de los acontecimientos y se dio paso a la Constitución Política de 1993, vigente hasta nuestros días.¹⁷

En primer lugar, cabe indicar que el Artículo 115^o¹⁸ de la Constitución Política de 1979 propugnaba la instauración de un modelo económico para el Perú, la Economía Social de Mercado, por el cual el Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social. Esta inclusión en la cual influye el pensamiento ordoliberal que propugna la necesidad de que el Estado establezca un orden jurídico en armonía con el interés social, se muestra congruente con el

¹⁶ UNCTAD (2017) Nota de la Secretaría de la UNCTAD. Desafíos a los que se enfrentan los organismos reguladores de la competencia pequeños y de reciente creación en la elaboración de un régimen de control de las fusiones. Junta de Comercio y Desarrollo. Comisión de Comercio y Desarrollo. Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Competencia. 16° Período de Sesiones. Ginebra, 5 a 7 de julio de 2017., p. 3.

¹⁷ Zúñiga Fernández, Tania (2010) Control de concentraciones económicas, competencia y desarrollo en Alarco (Ed.) Rutas hacia un Perú mejor, qué hacer y cómo lograrlo. Lima: Ed. Aguilar, p. 332.

¹⁸ Constitución Política de 1979

Artículo 115.-La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.

preámbulo constitucional: “Decididos a promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, (...) donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía.” La economía social de mercado es una noción de naturaleza progresiva acuñada por Müller-Armack, quien afirmaba que la economía social de mercado es una noción de regulación política, de modo tal que sobre la base de la economía de la competencia, la libre iniciativa se vincule con el progreso social.¹⁹

En cuanto al modelo económico que se recoge por primera vez en una Carta Fundamental, “la economía social de mercado considera dos principios del liberalismo económico, por un lado, el individualismo que propugna la libertad del hombre y comprende el derecho de disponer libremente de su propiedad, y por otro, el principio de libre competencia como el mejor sistema para asegurar el bienestar de todos, por lo que reconoce la intervención del Estado en ciertas materias económicas y sociales, respetando la formación libre de los precios y rechazando el ánimo de direccionamiento del proceso económico o intervencionismo estatal”.²⁰

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993, el Estado asume un rol subsidiario en la actividad empresarial, así como un rol facilitador y vigilante de la libre competencia.²¹

“Artículo 58.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

“Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.”

¹⁹ Zúñiga Fernández, Tania (2015) Control de concentraciones en una economía social de mercado en Gonzales, Rensmann & Tirard (Ed.) Los aspectos culturales del Estado constitucional Dresden: Technische Universität Dresden Press, p. 138; Zúñiga Fernández, Tania (2010) Control de concentraciones económicas, competencia y desarrollo en Alarco (Ed.) Rutas hacia un Perú mejor, qué hacer y cómo lograrlo. Lima: Ed. Aguilar, p. 332-333.

²⁰ Zúñiga Fernández, T. (2015) Control de concentraciones en una economía social de mercado en Gonzales, Rensmann & Tirard (Ed.) Los aspectos culturales del Estado constitucional Dresden: Technische Universität Dresden Press, p. 138; Kresalja Roselló, B., Ochoa Cardich, C. (2009) Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 352-356.

²¹ Zúñiga Fernández, T. (2015) The Principle of Subsidiarity as the Essential Restriction on Peruvian State Business Activity under Pro-Competitive Conditions en Drexl & Bagnoli (Ed.) State-initiated restraints of competition Cheltenham; Edward Elgar Publishing UK, p. 57-59

En este sentido, el Estado se manifiesta como un Estado facilitador (*"enabling state"*) y en menor medida como Estado benefactor o de asistencia como ocurría con la Constitución de 1979. La posición del Estado peruano en el proceso económico está orientada no al abastecimiento o asistencia por propia iniciativa sino principalmente a la promoción y facilitamiento de su nivel de apoyo en la economía a través de la libertad y la propiedad. Se puede afirmar en breve: *"help to self-help"*²².

Marco internacional: Compromisos y Recomendaciones relativos al control de concentraciones y la política de competencia

El marco jurídico internacional así como las recomendaciones de organizaciones internacionales, derivadas de los estudios realizados sobre el estado de la regulación y la política de competencia en el Perú deberían ser considerados a la hora de tomar la decisión sobre la posibilidad de introducir el control de concentraciones en el ordenamiento jurídico peruano.

1. "UN on Competition Policy": Compromisos a nivel multilateral (UNCTAD – United Nations Conference for Trade and Development)

En el plano de la política multilateral sobre el comercio y desarrollo en el marco de las Naciones Unidas (UNCTAD), el 22 de abril de 1980 la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas, aprobó el "Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas", reconociendo dentro de su ámbito de aplicación a las fusiones y adquisiciones. Posteriormente el 5 de diciembre de 1980 la Asamblea General aprueba el referido Conjunto de Principios mediante Resolución N° 35/63 en su trigésimo quinto período de sesiones, denominado "UN Set on Competition Policy".

La vigencia de este instrumento ha sido ratificada en Ginebra el año 2015 durante la Séptima Conferencia de Naciones Unidas encargada de revisar el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas.²³

²² Sommermann, K.P. (2005). Art. 20 Abs. 1 GG, en: v. Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C. (Ed.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 5. Ed., Tomo 2. München: Beck. Versión original: *"Hilfe zur Selbsthilfe"*.

²³ La Séptima Conferencia UNCTAD "UN Set on Competition Policy" tuvo lugar en Ginebra del 6 al 10 de julio de 2015.

En su implementación se suman los esfuerzos a nivel intergubernamental y cada país miembro de la ONU y de la UNCTAD, en particular tendría que considerarlo en su legislación. Los principios actúan como guías en el diseño de la legislación y política de competencia.

En el aspecto de la regulación sobre fusiones y adquisiciones

“D. — Principios y normas aplicables a las empresas, incluidas las empresas transnacionales

4. Las empresas deberían abstenerse de los actos o del comportamiento siguientes en el mercado pertinente, cuando, mediante el abuso o la adquisición y el abuso de una posición dominante en el mercado, limiten el acceso a los mercados o restrinjan de otro modo indebidamente la competencia, y de esta forma tengan o puedan tener efectos desfavorables sobre el comercio internacional, particularmente el de los países en desarrollo, y sobre el desarrollo económico de éstos:

(...)

c) Las fusiones, absorciones, empresas comunes u otras adquisiciones de control, ya sean de naturaleza horizontal, vertical o conglomerada;”

Complementariamente a ello, en el plano de la UNCTAD se ha elaborado el modelo de ley de competencia “Model Competition Law”, a manera de guía o lineamiento para los países en el diseño normativo de sus leyes de competencia, como es el capítulo VI dedicado a las fusiones y adquisiciones y el control de concentraciones.²⁴ Como se señala en este capítulo: “*Si bien la mayoría de los regímenes relativos a la competencia que existen en el mundo prevén normas de control de las fusiones, el contenido y el cumplimiento forzoso de esas normas varían de una jurisdicción a otra.*”

En este sentido, las diferencias de tratamiento de las fusiones en las distintas legislaciones a nivel mundial relativas a la competencia tienen que ver con: i) Las disposiciones legales y la política de cumplimiento forzoso relacionadas con los distintos tipos de fusiones; ii) Los factores estructurales y de comportamiento considerados y su importancia relativa, incluida la cuota de mercado y/o los volúmenes de negocios que dan lugar a que las autoridades de defensa de la competencia analicen la situación, y los criterios de incompatibilidad con la libre competencia que deben cumplirse antes de que se pueda en principio prohibir una determinada organización; iii) El tratamiento de las mejoras de eficiencia y de los criterios no relacionados con la competencia; iv) El alcance y la estructura de las excepciones; y v) Las disposiciones de procedimiento, como la notificación voluntaria u obligatoria en el caso de las fusiones de empresas que cumplen

²⁴ http://unctad.org/es/Docs/tdrbpconf7L6_sp.pdf Revisado en la Sexta Conferencia de Naciones Unidas encargada de revisar el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, Ginebra, 2010.

determinados requisitos de volumen de negocios o cuota de mercado, o las posibilidades ex post facto de tomar medidas en contra de las fusiones, y las medidas correctivas o sanciones.

2. Acuerdo Comercial entre el Perú y la Unión Europea

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

El Acuerdo Comercial es un tratado internacional compuesto por normas de derecho internacional público que se aplican en el territorio de los Estados Parte, y se incorporan a la legislación interna con carácter de normas de derecho público interno. En el caso del Perú, la Constitución Política de 1993²⁵ reconoce a los tratados como normas con rango de ley. Y lo que es muy cierto, es que frente a un conflicto en la aplicación de un tratado y una ley, se prefiere el primero sobre el segundo, merced al cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, en caso contrario, daría lugar a la responsabilidad internacional del Estado Peruano.²⁶

El Perú ha venido implementando los compromisos comerciales asumidos en ese contexto, sin embargo aún permanece pendiente la implementación de las medidas para fortalecer la competencia de acuerdo a los objetivos del acuerdo y de las disposiciones específicas, como es el caso del control de concentraciones empresariales.²⁷

²⁵ Constitución Política del Perú de 1993

"Artículo 55.- Tratados

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional."

"Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional

Son garantías constitucionales: (...)

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo."

²⁶ Sobre la naturaleza del Acuerdo Comercial véase: García-Corrochano Moyano, Luis (2013) El Tratado de Libre Comercio entre el Perú y Colombia con la Unión Europea desde la perspectiva del derecho internacional público, en Cantuarias Salaverry, Fernando (Ed.) Acuerdo Comercial entre Perú, Colombia y la Unión Europea. Contenido, Análisis y Aplicación. Lima: Universidad del Pacífico, pp. 47-48. Asimismo: Novak, Fabián, García-Corrochano, Luis (2000) Derecho internacional público, Tomo I: Introducción y fuentes. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 325.

²⁷ Zúñiga Fernández, Tania (2015) Control de concentraciones empresariales en una economía social de mercado, en Gonzales Palacios, Carlos, Rensmann, Thilo, Tirard, Manuel (Eds.) Los aspectos culturales del Estado constitucional, Dresden: TUD Press, p. 144-145. Díez Canseco Nuñez, Luis, Fernández Flores, David (2013) Políticas de Competencia, en El Tratado de Libre Comercio entre el Perú y Colombia con la Unión Europea desde la perspectiva del derecho internacional público, en Cantuarias Salaverry (Ed.) Acuerdo Comercial entre Perú, Colombia y la Unión Europea. Contenido, Análisis y Aplicación. Lima: Universidad del Pacífico, p. 252. Zúñiga Fernández, Tania (2015) El Control de Concentraciones Empresariales: aspectos sustantivos para su introducción en el Perú, en Pólemos-Portal Jurídico Interdisciplinario, Asociación Derecho & Sociedad. Tomado de: <http://polemos.pe/2014/04/el-control-de-concentraciones-empresariales-aspectos-sustantivos-para-su-introduccion-en-el-peru/>

Según el artículo 259 del Acuerdo Comercial entre Perú, Colombia y la Unión Europea, que se ubica en el "Título VIII - Competencia", los Estados Partes del acuerdo se encuentran obligados a tomar medidas respecto de los siguientes aspectos: i) acuerdos, decisión, recomendación, y prácticas anticompetitivos, ii) abuso de posición dominante, y iii) concentraciones empresariales. Las dos primeras orientadas a la conducta de los competidores en el mercado (control *ex post*) y la última, orientada a la estructura de los mercados (control *ex ante*).

"Artículo 259.- Objetivos y principios

1. Reconociendo la importancia de la libre competencia y que las prácticas anticompetitivas tienen el potencial de distorsionar el adecuado funcionamiento de los mercados, afectar el desarrollo económico y social, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor y menoscabar los beneficios resultantes de la aplicación de este Acuerdo, las Partes aplicarán sus respectivas políticas y leyes de competencia.

2. Las Partes acuerdan que las siguientes prácticas son incompatibles con el presente Acuerdo en la medida que dichas prácticas puedan afectar el comercio y la inversión entre las Partes: (...)

(c) concentraciones de empresas, que obstaculice significativamente la competencia efectiva, en particular como resultado de la creación o fortalecimiento de una posición dominante de conformidad con lo dispuesto en sus respectivas leyes de competencia."

El legislador peruano deberá considerar en el diseño de este instrumento de política de competencia, el criterio de evaluación que se encuentra establecido explícitamente el literal c) del numeral 2 del artículo 259 del Acuerdo Comercial suscrito con la Unión Europea, a saber el denominado test SIEC (*significant impediment to effective competition*), significativo impedimento de la competencia efectiva, cuyo correlato normativo se encuentra en el artículo 2º, numeral 3 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas, conocido como "Reglamento comunitario de concentraciones", el cual vino a reemplazar al artículo 2º, numeral 3 del Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo del 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.²⁸

²⁸ Zúñiga Fernández, Tania (2012) Control de concentraciones empresariales en la Unión Europea: integración económica, defensa de la eficiencias y protección de los consumidores, en: Delgado, Jaime (Ed.) ¿Competidores o monopolistas?, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 124-125.
Reglamento (CE) N° 139/2004

Este test de evaluación permite a la autoridad de competencia identificar otros supuestos en los cuales se obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado, es decir no sólo la creación o refuerzo de una posición dominante, (*dominance test*). Este constituiría sólo un supuesto por el cual se pueda determinar si la operación de concentración obstaculiza la libre competencia efectiva, permitiendo un número abierto de supuestos por el cual se afirme que la competencia pueda verse obstaculizada significativamente.

De acuerdo al artículo 260° del Acuerdo Comercial, la implementación se realizará de acuerdo a lo dispuesto en las respectivas leyes de competencia de los Estados Partes a fin de que no afecte el comercio y la inversión entre las Partes.²⁹

El plazo o condición particular para la correspondiente implementación no se ha plasmado explícitamente en el texto del tratado, por lo que el Estado Peruano tendrá que decidir sobre la oportunidad y el diseño normativo que convenga de acuerdo al marco constitucional y la legislación nacional vigente. Sin duda, el legislador peruano tiene como tarea pendiente adoptar las medidas apropiadas para establecer y desarrollar la política de competencia en el ámbito del control de concentraciones empresariales aplicables para toda la economía.

3. APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform: Instrumento para la evaluación de las Reformas Regulatorias en los países miembros de APEC y la OECD

"Artículo 2.- Evaluación de las concentraciones

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

Reglamento (CEE) N° 4064/89

"Artículo 2.- Evaluación de las operaciones de concentración

3. Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo."

²⁹ Acuerdo Comercial entre el Perú y la Unión Europea

"Artículo 260.- Leyes, autoridades y política de competencia

1. Cada Parte mantendrá leyes de competencia que se ocupen de las prácticas a las que se refiere el artículo 259, párrafo 2, y adoptará las acciones apropiadas con respecto a dichas prácticas.

2. Cada Parte establecerá o mantendrá autoridades de competencia responsables y adecuadamente capacitadas para la efectiva aplicación de su legislación de competencia.

3. Las Partes reconocen la importancia de aplicar sus respectivas leyes de competencia de manera transparente, oportuna y no discriminatoria, respetando el principio de debido proceso y los derechos de defensa.

4. Cada Parte mantendrá su autonomía para establecer, desarrollar y aplicar sus respectivas políticas de competencia."

Las economías de APEC (Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico) y la OECD (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos) establecieron en el año 2005 luego de varios talleres de estudio y revisión, una Lista de Referencia Común sobre la regulación de las reformas en los aspectos de política regulatoria, política de competencia y políticas de apertura de los mercados, denominado *Integrated Checklist on Regulatory Reform*. Se ha reconocido que las buenas prácticas en regulación son esenciales para el desarrollo de mercados abiertos y competitivos y facilitan la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.³⁰

En este sentido el Checklist es un producto de la iniciativa cooperativa sobre la reforma regulatoria y se constituye como una herramienta voluntaria para las economías miembros de APEC y la OECD, basada en las experiencias de sus miembros y en el reconocimiento de la diversidad económica, social y política, para evaluar sus respectivas reformas regulatorias.

En este sentido, se expone en el Capítulo sobre Política de Competencia lo siguiente a manera de cuestionario: *"To what extent does the competition law contain provisions to deter effectively and prevent hard-core cartel conduct, abuses of dominant position or unlawful monopolistic conduct, and contain provisions to address **anticompetitive mergers** effectively? To what extent does the broader competition policy strive to ensure that this type of conduct is not facilitated by government regulation?"*

En el caso de las operaciones de concentraciones empresariales el Checklist indica lo siguiente:

"Anti-competitive mergers result in higher prices, lower availability, slower innovation, reduced service or lower quality of products, relative to what would have prevailed in the absence of the merger. It is normally easier to prevent these negative effects by preventing such mergers than to try to address them later, after the mergers, with other provisions of the competition law or with regulatory instruments."

Como se puede apreciar, se advierte la necesidad de la regulación del control de concentraciones empresariales como instrumento de orden preventivo de los

³⁰ Al respecto: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/apec-oecd-initiative-regulatory-reform.htm> y <http://www.apec.org/Groups/Economic-Committee/Toolkit-for-Structural-Reform/APEC-OECD-Integrated-Checklist.aspx>

La Iniciativa sobre Reforma Regulatoria es una iniciativa cooperativa entre la OECD y APEC como actividad conjunta de parte de la OECD a través de la Dirección de Gobernanza pública y Desarrollo Territorial, y de parte del APEC a través del Grupo de Política de Competencia y Deregulación (a partir del 2008, Grupo de Derecho y Política de Competencia, CPLG), en convenio con la Comisión Federal de Competencia de México. El CPLG trabaja en promover un mayor entendimiento de las legislaciones y política de competencia a nivel regional y examinar el impacto sobre los flujos de comercio e inversión, así como identificar áreas para la cooperación técnica y la capacitación entre las economías miembro del APEC.

efectos irreversibles en el mercado de aquellas operaciones de fusión o adquisición con efectos anticompetitivos.

Como parte de la iniciativa a nivel del Foro APEC y de la OECD existe un claro interés por el establecimiento de disposiciones normativas sobre la evaluación de conductas anticompetitivas pero también por operaciones de fusiones y adquisiciones con efectos anticompetitivos. Incluso esta iniciativa reclama o propone a las economías miembros, que en el caso de no tener legislación de competencia se establezca o adopte algún otro mecanismo que prohíba tales conductas, abusos de posición de dominio o fusiones que limiten la competencia.³¹

De otro lado, conviene señalar que a nivel del APEC, se han establecido Principios sobre Política de Competencia y Reforma Regulatoria³², en los cuales se expresa la voluntad de las economías miembro a establecer un marco que favorezca y promueva mercados competitivos como motores de la eficiencia económica y del bienestar de los consumidores.³³ En este sentido sobre el ámbito de aplicación se señala:

“Comprehensiveness

(ii) Broad application of competition and regulatory principles to economic activity including goods and services, and private and public business activities. (iii) The recognition of the competition dimension of policy development and reform which affects the efficient functioning of markets. (iv) The protection of the competitive process and the creation and maintenance of an environment for free and fair competition.”

El Perú como economía miembro del APEC y próximo miembro de la OECD tendría que tomar en cuenta los avances de los trabajos y estudios que se realizan a través de dichos foros en materia de competencia, independientemente de la naturaleza obligatoria o voluntaria de la fuente, a fin de implementar el control de concentraciones empresariales en el ordenamiento jurídico peruano.

Diseño normativo de la finalidad del control de concentraciones económicas en el Perú. El aporte del Test de evaluación europeo SIEC

Con el propósito de establecer la finalidad del control de concentraciones económicas en el Perú, es importante manifestar que este tipo de control previo

³¹ OECD/APEC (2005) Integrated Checklist on Regulatory Reform, pp. 20-25.

³² Al respecto: <http://www.apec.org/Groups/Economic-Committee/Competition-Policy-and-Law-Group.aspx>

³³ APEC (1999) APEC Principles to Enhance Competition and Regulatory Reform.

como instrumento de política de competencia se orienta a la evaluación de la estructura de mercado y no a la satisfacción del crecimiento de la competitividad de la industria doméstica, tampoco a la corrección de condiciones de crecimiento de una determinada economía, o al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad.³⁴ Ello debido a que el control actúa como un instrumento garante del proceso competitivo. Objetivos vinculados al desarrollo de la competitividad corresponden a la política económica.

El proceso de crecimiento externo a través de las fusiones y adquisiciones de empresas, entre otras, es una manifestación propuesta por las condiciones dinámicas de la competencia.

Las razones para una concentración de empresas son diversas³⁵, tales como el incremento de la eficiencia empresarial a través de las concentraciones como condición o factor decisivo en el proceso de crecimiento externo corporativo. También puede jugar un rol importante el aspecto estratégico de mercado y los aspectos tecnológicos vinculados. Eventualmente también puede tener un significado la concepción de política social cuando se trate de una concentración que pueda representar un peso político de una determinada empresa y con ello generar la posibilidad de influir sobre la decisión política de quienes se encuentran en el poder. Desde luego existen condiciones legales que propician la toma de decisión por una concentración de empresas. Sin embargo también hay que considerar la motivación personal de quienes se encuentran dirigiendo la unidad empresarial correspondiente como expresión de una necesidad por abarcar cierto poder en sectores económicos estratégicos, o para fortalecer el prestigio de una empresa.

El control no promueve el rechazo a la concentración por el solo hecho de concebir la creación o fortalecimiento de una posición de dominio. El control debe definirse en términos de una evaluación de los efectos que puedan generarse por la operación de concentración en el mercado.³⁶

El control de concentraciones no sólo es una intervención del Estado en la economía sino que al mismo tiempo representa un pronóstico formal.³⁷ Dado que el control de concentraciones comprende una evaluación de supuestos que aún no se han producido pero que mediante modelos económicos se puede arribar a conclusiones o proyecciones sobre la información disponible, significa que la autoridad de competencia debe aceptar que el grado de acceso así como la precisa

³⁴ Pellmann, M. (2006). *Significant Impediment to Effective Competition. Marktbeherrschung und erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test) in der Europäischen Fusionskontrolle*. Baden-Baden: Nomos. 119.

³⁵ Scherer, F.M.; Ross, D. (1990). *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3a. Ed. Boston: Houghton Mifflin. 159-161.

³⁶ Klumpp, U. (2006). *Die "Efficiency Defense" in der Fusionskontrolle. Eine rechtvergleichende Untersuchung über die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen bei der Zusammenschlusskontrolle nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht*. Baden-Baden: Nomos. 24

³⁷ Karl, M. (2006). *Prognoseentscheidungen in der Europäischen Fusionskontrolle*. En: Brinker, I.; Scheuing, D. H.; Stockmann, K., *Recht und Wettbewerb*. Libro Homenaje a Rainer Bechtold, Munich: Beck. 212.

administración de la información determinarán según sea el caso, la aprobación – con o sin condiciones – o la denegatoria de un proyecto de concentración.

De acuerdo a lo dispuesto por la ley la autoridad de competencia deberá llevar a cabo una evaluación de la información proporcionada por los agentes interesados así como la información que ella misma produzca. Los pronósticos no representan actos de subsunción normativa sino un proceso de reconocimiento de probabilidades. Sin duda el escenario del control de concentraciones está caracterizado por el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

A diferencia de lo que puede ser una decisión arbitraria, la discrecionalidad administrativa representa una esfera de libertad restringida en la aplicación e interpretación del Derecho, fundada en el principio de legalidad.³⁸ La primera comprende un acto independiente de la ley mientras que la segunda nace de la ley. La discrecionalidad es una facultad de la Administración Pública y representa un alto grado de responsabilidad de acuerdo a los límites que le impone el principio de legalidad. La relación de la Administración con el principio de legalidad constituye tres aspectos a considerar: 1) Autorización, 2) Misión, y 3) Límites. La autorización le permite a la Administración Pública intervenir en la esfera jurídica del sujeto de derecho de conformidad con lo que establece expresamente la norma jurídica. El segundo aspecto significa que la Administración debe cumplir una determinada misión de carácter público. Los límites que determina la ley representa para la Administración Pública la delimitación de su actuación en razón a un objetivo determinado por satisfacer. Estos tres aspectos serán determinados en la práctica por la densidad de la regulación vigente en el ordenamiento jurídico pero también por la estructura de la propia norma.³⁹

En definitiva la autoridad de competencia tiene que realizar la evaluación con el máximo grado de conocimiento posible y ejercer las facultades dispuestas por la legislación presentando explícitamente los fundamentos que dieron lugar a su decisión. En el campo del control de concentraciones la evaluación de los proyectos de concentración responde a un escenario aún no existente pero proyectado de acuerdo a la información disponible en el presente. El nivel de certeza es relativo y se posiciona en consecuencia sobre la información que presentan las partes y la que pueda disponer la autoridad de competencia.

Tomando en consideración que la reforma del control de concentraciones económicas en el ámbito europeo constituyó un cambio de paradigmas en cuanto a la concepción del propio control como instrumento de supervisión y monitoreo de los cambios en la estructura del mercado, se utilizará para este propósito las formulaciones normativas propuestas por el ordenamiento comunitario europeo en materia de concentraciones.

El objetivo metodológico permite que podamos evaluar la definición de los objetivos del control de concentraciones descritos a través del nuevo criterio de evaluación

³⁸ Ossenbühl, F. (2002). Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung. En: Erichsen, H. U.; Ehlers, D. (Ed.). *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin: Gruyter. 12a. Ed. §10 Cita 1-3.

³⁹ Ossenbühl, F. (2002). Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung. En: Erichsen, H. U.; Ehlers, D. (Ed.). *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin: Gruyter. 12a. Ed. §10 Cita 23-25.

expresado en términos del denominado Test SIEC (*“significant impediment to effective competition”*), propuesto por el actual Reglamento comunitario europeo de concentraciones, el Reglamento 139/2004: “significativo impedimento a la competencia efectiva”.

El Test SIEC (*“significant impediment to effective competition”*) y la facultad de prohibición de la autoridad de competencia respecto del proyecto de concentración

a. Definición del Test SIEC

En primer lugar, es importante mencionar que la experiencia europea en control de concentraciones data desde 1989, año en que entra en vigor el primer Reglamento de control de concentraciones, el Reglamento 4064/89. Esta introducción supuso un paso trascendental en la administración de los objetivos de la política de competencia europea. Luego de una vigencia de casi quince años del Reglamento 4064/89 se reforma el régimen jurídico de concentraciones y se introduce el control de concentraciones a través del Test SIEC (*“significant impediment to effective competition”*) en el año 2004 con el Reglamento 139/2004.

Con el radical cambio de la norma europea sobre control de concentraciones se advierte una convergencia en el tratamiento del control de concentraciones con el modelo americano, el Test SLC, *“significant lessening to competition”*.⁴⁰

Aunque han surgido críticas sobre esta necesaria convergencia, lo cierto es que la discusión se centra en la introducción del “enfoque de resultados” con la evaluación de los “efectos” sobre la estructura del mercado, abandonándose el enfoque estructural basado en el grado de concentración y el poder dominante en el mercado, propuesto por el Reglamento 4064/89. También se centra la discusión en el denominado *“more economic approach”*⁴¹, un enfoque que rescata la oportunidad de examinar los proyectos de concentración a través de un profundo y amplio análisis económico que tome en cuenta criterios de eficiencia.⁴² Debido a ello el mencionado cambio de paradigmas define el control de concentraciones como un control orientado a evaluar los efectos en la estructura del mercado. Los efectos que pueden producirse en la estructura del mercado determina el propósito de evaluación. La evaluación de la estructura del mercado entendida como el análisis de las cuotas de participación en el mercado que den lugar o no al poder de mercado, bajo el enfoque estructural es superado, ocupando una posición residual. En otras palabras, el criterio de evaluación definitivo será la restricción, limitación u obstáculo a la competencia efectiva.

⁴⁰ Lindsay, A. (2006). *The EC Merger Regulation: substantive issues*, 2a. Ed. London: Sweet & Maxwell. N 2-008.

⁴¹ Mestmäcker, E.-J.; Schweitzer, H. (2004). *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2a. Ed. Munich: Beck. § 25 N. 7-8.; Christiansen, A. (2005). Die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?, *Wirtschaft und Wettbewerb* 3: 285-293; Hermann, M. (2008). *Die Neufassung des materiellen Untersagungskriteriums in Art. 2 Abs. 2 und 3 EG-FKVO*. Baden-Baden: Nomos. 429.

⁴² Wolf, M. (2009). *Effizienzen und europäische Zusammenschlusskontrolle. Die wettbewerbsrechtliche Integrationsfähigkeit einer „efficiency defence“ am Beispiel horizontaler Zusammenschlüsse. Zugleich ein Beitrag zur kritischen Präzisierung eines „more economic approach“*. Baden-Baden: Nomos. 93-102.

Dichas restricciones, limitaciones u obstáculos deberán ser necesariamente de una dimensión significativa. Por lo tanto la calificación "significativa" jugará un rol importante en la definición de la aprobación o prohibición de un proyecto de concentración. La autoridad de competencia no tendrá únicamente que determinar si se trata de una concentración que afecte o limite la competencia efectiva sino que ésta sea "sustantiva".⁴³

En el marco de la propuesta de nueva formulación del control de concentraciones a través del Test SIEC, la definición y alcance del contenido de lo que debe entenderse por "sustantiva" no está en relación directa con la definición cuantitativa de un cierto grado de concentración.

La competencia efectiva estará restringida cuando la competencia - entendida como un proceso dinámico - no pueda de modo permanente llegar a desarrollarse. Se trata entonces de la durabilidad o capacidad de permanencia de las condiciones que limitan o restringen la competencia. Esta limitación se expresa a través del poder de mercado concebido en un largo periodo de tiempo. La duración contiene para ello entonces características dinámicas temporales. La presión competitiva es limitada y las posibilidades de acceso al mercado están restringidas de manera significativa. La durabilidad o capacidad de permanencia de tal restricción debe evaluarse de acuerdo a datos estructurales del mercado como la situación de la demanda y la oferta, las posibilidades de acceso, el grado de concentración, entre otros. La determinación de la durabilidad debería ser concretamente determinada. Debe tratarse de una amenaza concreta en relación a la estructura del mercado correspondiente.⁴⁴

Las formulaciones normativas a que se hace referencia se pueden ubicar en el segundo y tercer párrafo del Artículo 2 del Reglamento 139/2004.

"Artículo 2.- Evaluación de las concentraciones

2. Las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán compatibles con el mercado común.

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

⁴³ Pellmann, M. (2006). *Significant Impediment to Effective Competition. Marktbeherrschung und erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test) in der Europäischen Fusionskontrolle*. Baden-Baden: Nomos. 142-150

⁴⁴ Pellmann, M. (2006). *Significant Impediment to Effective Competition. Marktbeherrschung und erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test) in der Europäischen Fusionskontrolle*. Baden-Baden: Nomos. 173-175.

Ambas formulaciones integran en su contenido la "cláusula de incompatibilidad". La cláusula de compatibilidad se refiere a los objetivos relativos al proceso de integración europeo que es el establecimiento de un mercado común europeo.

Dado que la formulación refiere al contexto normativo europeo y a los fines comunitarios en el marco del proceso de integración para el establecimiento del mercado interno común europeo, la utilidad de evaluar esta formulación deberá realizarse a la luz de los supuestos que dan lugar a la prohibición o a la aprobación del proyecto de concentración.

A primera vista cuando uno observa ambas formulaciones pareciera que se trata de una forma diferente de ordenar el mismo contenido. Sin embargo, ello no es así. Cada una de las formulaciones tiene una finalidad completamente distinta respecto de lo que el legislador pretende reconocer como situaciones o supuestos que dan lugar a la restricción o limitación de la competencia efectiva. Y el supuesto de la posición de dominio expone una relevancia completamente distinta para cada una de las formulaciones. Finalmente las facultades o competencias de la agencia de competencia se manifiestan de manera diversa de acuerdo a la formulación que se trate.

La posición de dominio en ambas formulaciones está presente porque es la manifestación emblemática de la restricción de la competencia, sin embargo no es la única. La posición de dominio constituye una situación de poder económico en que se encuentran una o varias empresas y que les permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trata, confiriéndoles la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y finalmente, los consumidores. Sin embargo - como se verá a continuación - la restricción puede ser evaluada a la luz de otros criterios tales como las ventajas por eficiencia ("*efficiency defense*")⁴⁵ y el bienestar de los consumidores ("*consumer welfare*"),⁴⁶ y dar lugar así a la aprobación de un proyecto de concentración.

Los dos tipos de formulaciones normativas dan lugar a las siguientes consecuencias: 1) Restricción de la facultad de prohibición que tienen la autoridad de competencia al momento de evaluar el proyecto de concentración, 2) Ampliación de la facultad de prohibición que tienen la autoridad de competencia al momento de evaluar el proyecto de concentración.

Un modelo de competencia, en el caso particular de un control de concentraciones que emite resultados de suma importancia, debe satisfacer ante todo la seguridad jurídica.

⁴⁵ Schuhmacher, F. (2011). *Effizienz und Wettbewerb. Ein Modell zur Einbeziehung ökonomischer Ansätze in das Kartellrecht*. Baden-Baden: Nomos. 19-28.

⁴⁶ Basedow, J. (2007). *Konsumentenwohlfahrt und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik*, *Wirtschaft und Wettbewerb* 7-8: 712-715; Schmidtchen, D. (2006). *Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik*, *Wirtschaft und Wettbewerb*. 1: 6-17.

La introducción de este tipo de control debe estar justificada en adecuados puntos de apoyo. Es importante no desestimar el hecho de que el control de concentraciones es uno de los más importantes instrumentos que se encuentra a disposición para la protección de la competencia. Un control de concentraciones en economías emergentes es importante tomando en consideración que las concentraciones constituyen uno de los motores poderosos en la modificación de la estructura de mercado.

Un control de concentraciones no debería representar un obstáculo en la consecución del desarrollo y la competitividad de las empresas en la arena internacional. La consecuencia negativa de que las empresas correspondientes no reciban una autorización para la ejecución de la fusión, sería que ellas queden relegadas y expuestas a la dura competencia internacional. Precisamente esta posible consecuencia daría lugar a un conflicto de objetivos en relación a la competitividad internacional de las empresas y el mantenimiento de la estructura de competencia del mercado interno. En cuanto a lo que concierne a la economía nacional, una política que priorice la competitividad internacional puede enfrentar duras críticas en una parte del sector privado, pues el hecho de que el éxito económico en el exterior de un determinado sector privilegiado por la política económica al mismo tiempo pueda ser el fracaso de otros sectores de la economía nacional puede observarse con alta probabilidad.

En el Perú se ha debatido sobre la relevancia de las economías de escala.⁴⁷ El control de concentraciones económicas representa un obstáculo en el logro de economías de escala („*economies of scale*“), en particular en lo que concierne a una economía pequeña de mercado („*small market economy*“). Sobre el argumento que economías abiertas y pequeñas de mercado no necesitan un control de concentraciones, pues este podría conducir a una interferencia con el desarrollo de economías de escala habría que agregar que ello corresponde a un razonamiento que aborda la política de competencia en el marco de los problemas de seguridad jurídica e inestabilidad institucional.⁴⁸ Precisamente es esta también la razón, por qué al sector privado le es difícil aceptar un control de concentraciones, el cual se apoya en pronósticos.⁴⁹ Sobre este particular, estudios llevados a cabo por la OECD resaltan que al argumento del fomento de „*economies of scale*“ no tienen un significado decisivo en relación a la introducción de un control de concentraciones económicas, aunque no deja de coincidir con los problemas de debilidad institucional, particularmente en economías latinoamericanas como el Perú.⁵⁰

⁴⁷ Távora Martín, J.I.; Díez-Canseco, L.J. (2003). Estabilizando el péndulo. Control de fusiones y concentraciones en el Perú. *Thémis* 47: 165; Bullard Gonzalez, A. (2003). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra. 368-369.

⁴⁸ Dabbah, M.M. (2010). Competition law and policy in developing countries: A critical assessment of the challenges to establishing an effective competition law regime. *World Competition*. 33 (3): 465-471.

⁴⁹ Boza Dibós, B. (1998). ¿Por qué no es conveniente para el Perú contar con una política general de control de fusiones?. En: INDECOPI, *Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina*. Lima: INDECOPI. 157-160.

⁵⁰ OECD, Inter-American Development Bank (2006). Legislación y Política de la Competencia en el Perú. A Peer Review. Documento presentado ante la Segunda Conferencia del Foro Latinoamericano de Competencia. Washington D.C., 14-15 Junio, 2004. Lima: INDECOPI. 86.

El control de concentraciones económicas es un instrumento jurídico para el control de operaciones de concentración como las fusiones y adquisiciones de empresas y no un instrumento al servicio de determinados intereses sectoriales económicos.⁵¹ La política de fomento de la competitividad de la industria es un capítulo de la política económica en la administración del desarrollo de los sectores económicos.⁵²

Las economías emergentes necesitan de una política y legislación de competencia ajustadas a sus necesidades que les provea de instrumentos para hacer frente a la economía globalizada y a los desafíos que le plantea el desarrollo de su economía nacional.⁵³

En la definición de los objetivos del Derecho de Competencia es preciso diferenciar los objetivos que presenta la política económica, como son el desarrollo de la competitividad de la industria y el fomento de la apertura comercial a través de la celebración de acuerdos comerciales estratégicos. Tomando en consideración que en la agenda política del Estado existe como máximo objetivo la generación de condiciones que coadyuven en el bienestar general de la población, es importante determinar reglas y señales claras a los agentes económicos, presentando un control de concentraciones con criterios de evaluación que permita la evaluación desde el enfoque de los efectos de las operaciones de concentración en el mercado ("*effects based approach*"), con el ingreso de argumentos de eficiencia orientados al bienestar del consumidor, superando el modelo estructural fundado en la posición dominante a través de la cuota de mercado y el poder de mercado. Los factores estructurales que dan lugar a una posición de dominio tienen una determinada relevancia como punto de partida en la evaluación económica de la estructura del mercado, sin embargo deben tomarse en consideración de modo referencial y no decisivo.

Asimismo, es importante considerar cuál debe ser el alcance del concepto de bienestar de los consumidores que se quiere asumir en la legislación y política de defensa de la competencia.

Economías emergentes como el Perú necesitan de una política de control de concentraciones flexible que permita evaluar operaciones de concentración bajo el denominado Test SIEC con la finalidad de advertir sus efectos anticompetitivos en la estructura del mercado ("*effects based approach*"). La opción por una u otra formulación normativa de la finalidad del control, es decir si se introduce una formulación que restrinja o una que amplíe las posibilidades de prohibición de operaciones de concentración de la autoridad de competencia, dependerá de los objetivos del sistema jurídico de defensa de la competencia que se decida

⁵¹ Gal, M. (2003). *Competition Policy for Small Market Economies*. Cambridge: Cambridge University Press. 48.

⁵² Pitofsky, R. (1978-1979). The Political Content of Antitrust. *University of Pennsylvania Law Review* 127:1051-1075.

⁵³ Fox, E, Gal, M. (2014) Drafting competition law for developing jurisdictions. *New York University Law and Economics Working Papers*. 4-2014, p. 2 y ss.

establecer, considerando el concepto de bienestar de los consumidores, y la vigencia de una economía de mercado que garantice la libre competencia.

ANEXOS

Tabla 1 .- Desarrollo de la legislación sobre control de concentraciones en América Latina

Desarrollo de la legislación sobre control de concentraciones en América Latina		
1950 - 1980	1990 - 1999	2000 - actualidad
Colombia (1959, 1964)	Venezuela (1991)	Uruguay (2000, 2007)
Chile (1973)	México (1991)	Argentina (2001)
	Colombia (1992)	El Salvador (2006)
	Brasil (1994)	Honduras (2006)
	Costa Rica (1994)	Nicaragua (2006)
	Bolivia (1994) ¹	Panamá (2007)
	Panamá (1996)	México (2006)
	Perú (1997, 1998) ²	Colombia (2009, 2013)
	Argentina (1999)	Ecuador (2011)
		Brasil (2012)
		Paraguay (2013)
		Chile (2016)

Nota: 1: Bolivia aplica el control bajo la Ley del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE). No tiene ley de competencia. 2: Perú aplica el control únicamente en el sector eléctrico, Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.⁵⁴

⁵⁴ Zuñiga Fernandez, Tania (2018) Mesa Redonda Internacional. Control de Concentraciones Empresariales. Revista PUCP Derecho & Sociedad Nr. 49, p. 277 y ss.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA LEY QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta legislativa constituye uno de los instrumentos de política de competencia que complementa la normativa sobre control de conductas en el mercado, en el marco del cumplimiento del rol del Estado en la economía de conformidad con el artículo 61 de la Constitución Política del Perú, que dispone que el Estado facilita y vigila la libre competencia.⁵⁵

Con la entrada en vigencia de una ley en los términos que se propone a través de la presente iniciativa legislativa, se producen las siguientes incidencias en el ordenamiento jurídico.

1. Sobre la definición de mercado relevante y posición de dominio

Para la correspondiente aplicación de las disposiciones que se proponen en el articulado de la propuesta, se indica que deberá considerarse las definiciones de mercado relevante y de posición de dominio que se encuentran comprendidas en los artículos 6 y 7 del Decreto Legislativo 1034, Ley que Represión de Conductas Anticompetitivas, respectivamente.

2. Sobre la modificación de los instrumentos de gestión administrativa del INDECOPI

Los instrumentos de gestión tendrán que sufrir modificaciones normativas para que el INDECOPI como autoridad de competencia pueda implementar la ley, a través de la cual se le atribuye la potestad de evaluar operaciones de concentración empresarial.

Se propone un plazo no mayor de seis (06) meses contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley, para que dicten las modificaciones normativas al

⁵⁵ Zúñiga Fernández, T. (2015) The Principle of Subsidiarity as the Essential Restriction on Peruvian State Business Activity under Pro-Competitive Conditions en Drexl & Bagnoli (Ed.) State-initiated restraints of competition Cheltenham: Edward Elgar Publishing UK, p. 58-60; Zúñiga Fernández, Tania (2010) Control de concentraciones económicas, competencia y desarrollo en Alarco (Ed.) Rutas hacia un Perú mejor, qué hacer y cómo lograrlo. Lima: Ed. Aguilar, p. 333-334.

Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI y demás instrumentos de gestión de la entidad a fin de adecuarlos a lo dispuesto por la presente ley.

3. Sobre el presupuesto del INDECOPI en adecuación a la ley

En materia presupuestal se propone que se autorice al INDECOPI la aprobación de la nueva escala remunerativa para la contratación de personal, la cual se encuentra exceptuada del monto máximo establecido en el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 038-2006. La aprobación de la escala remunerativa se sujeta a lo establecido en el numeral 1 de la Cuarta Disposición Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF. En términos del financiamiento de dichas disposiciones, se efectuaría con cargo al presupuesto institucional del INDECOPI.

Para efectos de dicha implementación, se propone exonerar al INDECOPI de lo establecido en los artículos 6, 8 y 9 de la Ley N° 30693, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018 y de las prohibiciones contenidas en la Ley N° 28212 y sus modificatorias.

Asimismo, en los casos que correspondan, se propone dejar en suspenso por el plazo de un año a contar desde el día siguiente de la fecha de publicación de la ley, lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 3 del Decreto Ley N° 25650, el primer párrafo del artículo 139 del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado mediante Decreto Supremo 005-90-PCM, así como el literal o) del artículo 16 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, para la aplicación de la ley.

4. Sobre el Reglamento de la ley

Para la debida aplicación de la ley, se señala la necesidad de una reglamentación de la misma. El Reglamento será aprobado en un plazo máximo de cuatro (06) meses por el Poder Ejecutivo, contado a partir del día siguiente de la publicación de la ley.

5. Modificación el literal b) del numeral 2.1 del artículo 2° y el artículo 24° del Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI

Para la adecuada implementación de la ley, por la cual se le atribuye a INDECOPI a hacer uso de un instrumento de política de competencia a través del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de prevenir los efectos anticompetitivos que se pudieran derivar de dichas

operaciones y se tutele la promoción de la libre competencia en los mercados para el bienestar de los consumidores, se propone la modificación del literal b) del numeral 2.1 del artículo 2° y el artículo 24° del Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, en los siguientes términos:

“2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:

a) (...)

b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales, previniendo los efectos anticompetitivos de las operaciones de concentración empresarial y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva;”

“Artículo 24.- De la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

Corresponde a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Ley que regula las Fusiones y Adquisiciones Empresariales para Promover la Competencia, así como de aquellas disposiciones que complementen o sustituyan a las anteriores en todo o en parte.”

6. Sobre la incorporación del artículo 30-A del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

En cuanto a los aspectos de orden procedimental, y dado que el órgano en primera instancia que estaría a cargo del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial es la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, y en lo que corresponde, con el apoyo de la Secretaría Técnica de dicha Comisión, se propone incorporar una disposición en el artículo 30 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los términos siguientes:

“Artículo 30-A. Supuestos del plazo para resolver

Excepcionalmente y mediante decisión motivada de la Secretaría Técnica o la Comisión, el plazo para resolver se suspende cuando el procedimiento se paralice por causa atribuible al administrado o cuando existen razones que determinen la imposibilidad temporal de continuar con el procedimiento, en particular, en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Cuando la interposición de un recurso administrativo no permite la incorporación de elementos para el adecuado ejercicio del derecho de defensa de las partes o para las labores de investigación e instrucción de la Secretaría Técnica de conformidad con lo dispuesto en el numeral 37.2 del Artículo 37 de la presente Ley.
- b) Cuando se solicite a terceros o a otros órganos de la Administración Pública el aporte de documentos u otros elementos de juicio que resulten relevantes para la determinación de la existencia o no de la infracción imputada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 30.1 del Artículo 30 de la presente Ley.
- c) Cuando se encuentre pendiente por parte del administrado la subsanación o ampliación de las respuestas presentadas ante los requerimientos de información formulados por la Secretaría Técnica o la Comisión.
- d) Cuando se realicen diligencias de notificación de documentos o actos que dependan de la participación de otra entidad del Estado o de la colaboración de autoridades en el extranjero.

La suspensión del plazo para resolver es por el tiempo que implique la completa realización o tramitación de los supuestos previstos en el presente artículo. En cualquier supuesto, la suspensión del plazo para resolver no debe exceder al plazo de noventa (90) días hábiles.

El pronunciamiento de la Secretaría Técnica o la Comisión sobre la suspensión del procedimiento es inimpugnable.”

7. Sobre la derogación de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico

Con la entrada en vigencia de la ley, se tendría que derogar la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a lo establecido por la ley o limiten su aplicación.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República⁵⁶ se presenta el Análisis Costo Beneficio de la presente propuesta legislativa.

La propuesta es deseable si los beneficios de los efectos de la propuesta legal exceden sus costos. En el documento de Trabajo del INDECOPI, "*Principios, Definiciones y Estándares del Análisis de Calidad Regulatoria*⁵⁷", se establece que la intervención del Estado se sustenta en la necesidad de regular las operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la competencia para el bienestar de los consumidores, expresándose con ello, la finalidad pública del instrumento que se regula en la propuesta legislativa.

Para el análisis que se presenta se tendrá en consideración la finalidad pública que es el objetivo de la ley que regula las operaciones de concentración empresarial a través del procedimiento de evaluación previa, que estará a cargo del INDECOPI como autoridad de competencia.

1. Problema identificado

El ordenamiento jurídico peruano no cuenta con un instrumento que prevenga los efectos anticompetitivos relevantes, originados por operaciones de concentración empresarial que puedan poner en riesgo el bienestar de los consumidores. Se debe tener en cuenta que una vez producido los efectos negativos señalados, las políticas ex post seguidas por el INDECOPI no llegan a revertir las consecuencias que se producen en el bienestar del consumidor.

a. Criterio de necesidad

La propuesta legislativa busca garantizar la existencia de un procedimiento administrativo que resuelva problemas relevantes cuando se producen cambios en

⁵⁶ **Reglamento del Congreso de la República**

Artículo 75.- Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental."

<http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/reglamento/reglamento-congreso-15-09-2017.pdf>

⁵⁷ INDECOPI (2017) Principios, Definiciones y Estándares del Análisis de Calidad Regulatoria. Documento de Trabajo N° 001-2017/GEE. Lima: INDECOPI

la estructura del mercado, interviniendo únicamente en aquellas operaciones de concentración empresarial que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la ley de acuerdo a: i) la definición de las operaciones de concentración empresarial, y ii) la determinación del valor del umbral, a fin de que la autoridad pueda proceder a su evaluación.

La intervención del Estado se produce en base al cumplimiento de ambos aspectos señalados, y a través del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, la autoridad examina la operación para poder: i) autorizar, o ii) autorizar con condiciones, o iii) no autorizar, sujeto a criterios y metodología previamente establecidos en el marco legal, identificando los efectos anticompetitivos que pudieran constituir para una competencia efectiva en los mercados, y con ello afectar el bienestar de los consumidores.

Acorde con las prácticas internacionales recomendadas por las organizaciones internacionales competentes sobre política y legislación de competencia, y en base a la convergencia normativa global en materia de regulación de operaciones de concentración empresarial, la propuesta legislativa propone la aplicación del test de la significativa restricción de la competencia efectiva, metodología de análisis que se usa a nivel mundial en diversas jurisdicciones y que constituye el más avanzado método de evaluación, expresando garantías y predictibilidad respecto de la potestad atribuida a la autoridad de competencia a través del procedimiento administrativo.

b. Criterio de Proporcionalidad

La propuesta delimita muy bien su ámbito de acción de manera de mantener proporcionalidad entre lo que intenta resolver, los beneficios para el bienestar de los consumidores, las exigencias de información que se solicite, y el valor establecido para las tasas administrativas que deberán pagar los agentes económicos, en el marco de la potestad administrativa que ejercerá el INDECOPÍ desde el inicio del procedimiento con la presentación de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial hasta el pronunciamiento de la autoridad competente al momento de resolver.

Desde el año 1997 a la fecha el ordenamiento jurídico peruano cuenta con una regulación sectorial sobre operaciones de concentración empresarial, a través de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del sector eléctrico. Para dar inicio al procedimiento administrativo para obtener la autorización por parte del INDECOPÍ el agente económico debe pagar una tasa administrativa equivalente al 0,1% del

valor de la operación de concentración hasta un límite de 50 UIT (207 500.00 nuevos soles⁵⁸)

En la presente propuesta legislativa se establece una diferenciación relativa dos fases procedimentales en la exigencia del pago de la tasa administrativa para dar inicio al procedimiento de evaluación de operaciones de concentración a fin de que el agente económico realice el pago en congruencia con lo que la función que ejerce la autoridad respecto de lo que se le solicita de conformidad con el procedimiento establecido.

En el numeral 14.2 del artículo 14 de la propuesta legislativa se indica que el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial está sujeto al pago de una tasa administrativa cuyo valor no excederá de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias.

Asimismo se indica que la tasa administrativa para la presentación de la solicitud de autorización equivale a veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias. En el caso que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia decida se proceda con la segunda fase procedimental, la tasa administrativa por el inicio de esta fase procedimental equivale a treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias.

En esencia, se establece que las exigencias a los agentes económicos sean proporcionales al ejercicio de las facultades atribuidas a la autoridad de competencia en el procedimiento de evaluación previa.

2. Beneficios

La regulación preventiva las operaciones de concentración empresarial permitirá al INDECOPI tener la posibilidad de analizar operaciones de concentración empresarial relevantes que por sus características puedan impactar significativamente, a través de sus efectos anticompetitivos, sobre el bienestar del consumidor. Cabe señalar que salvo el sector eléctrico, las actividades económicas no cuentan con esta herramienta que permita promover la competencia, previniendo concentraciones empresariales con efectos anticompetitivos en los mercados que pudieran afectar el bienestar de los consumidores.

⁵⁸ Tasa Administrativa máxima: 50 UIT. Para el ejercicio fiscal año 2018 el valor de 1 (01) UIT es de S/.4150.00 nuevos soles.

Cabe recordar que el año 2006 la OCDE ya manifestaba su preocupación por el incremento de la concentración empresarial en Perú. *“Perú ha sido testigo de un incremento de la concentración en muchos sectores. Algunos de los mercados en los que el INDECOPI ha encontrado o está investigando prácticas de fijación concertada de precios y abuso de posición dominante han llegado a estar mucho más concentrados debido a las fusiones y el control de las fusiones quizá hubiese evitado estos problemas”*⁵⁹.

Asimismo, los efectos negativos sobre el bienestar del consumidor y en la sociedad sobre los posibles escenarios de creación o fortalecimiento de posición de dominio, en un contexto de ausencia de una norma que regule preventivamente las operaciones de concentración, pueden ser mayores mientras más elevado sea el grado de concentración que se pretenda alcanzar. De ser el caso el poder alcanzado por un determinado grupo empresarial puede generar incentivos para traspasar su acción del ámbito económico al político y/o gubernamental con la finalidad de influir en algunas decisiones que le favorezcan. Al respecto: *“En muchos países las autoridades promulgaron leyes que limitaban la concentración del poder económico, precisamente para contrarrestar las expresiones de este poder en la vida política y social.”*⁶⁰

3. Costos

Tomando en consideración algunas opiniones de expertos se ha buscado evitar que los trámites vayan a generar demoras burocráticas innecesarias, para ello se han puesto límites máximos explícitos en el tiempo que la autoridad de competencia demande para evaluar la concentración.⁶¹ Asimismo, la propuesta ha tratado mantener la tasa administrativa que establece el TUPA del INDECOPI a los administrados para el inicio del procedimiento de autorización previa de operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico⁶².

- **Tasas Administrativas**

⁵⁹ <https://www.oecd.org/daf/competition/40282837.pdf> pp.466

⁶⁰ Tavera, José.

http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/11914/mercados_monopolios_Tavera.pdf?sequence=1

⁶¹ El Riesgo de las Concentraciones Empresariales. Santiago Dávila Director del Centro de Competencia y Regulación CENTRUM Católica Graduate Business School <http://centrum.pucp.edu.pe/pdf/strategia/riesgo-concentraciones-empresariales-santiago-davila-strategia-38.pdf> Entrevista al profesor Joseph Harrington de la Escuela de Negocios de Wharton en la Universidad de Pensilvania. Coautor con Kip Viscusi y John Vernon del libro Economics of Regulation and Antitrust.

⁶² 50UIT

El procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial está sujeto al pago de una tasa administrativa que no excederá las 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Sin embargo, en base al criterio de proporcionalidad, se realizará de la siguiente manera.

1.- La tasa administrativa para la presentación de la solicitud de autorización será 20 UIT. Si presentada esta solicitud de autorización la Comisión de Defensa de la Libre Competencia decidiera que dicha operación no representa ningún efecto anticompetitivo significativo a los consumidores, el procedimiento administrativo habrá terminado.

2.- Pero si, presentada esta solicitud de autorización, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia decidiera que existen elementos para continuar a la segunda fase procedimental, entonces se tendrá que pagar una tasa administrativa de treinta (30) UIT para iniciar esta fase.

- **Plazos**

- **Plazo para la demanda de admisión**

El tiempo que demanda la admisión de la solicitud de autorización de operación de concentración empresarial, incluyendo el plazo de notificación, se encuentra entre 10 días a 23 días hábiles.

Para la revisión de la solicitud de autorización de operación de concentración empresarial por parte de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, incluyendo su comunicación a las partes sobre el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos, el plazo será de 10 días hábiles desde su presentación. Se otorgará un plazo adicional de 05 días hábiles si existiera la necesidad de subsanar. La Secretaría Técnica tendrá un plazo de cinco días para analizar el cumplimiento de los requisitos. Luego de ello, comunicará en el plazo de tres días hábiles a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, quien emitirá la resolución de admisión a trámite en un plazo máximo de 05 días hábiles. Finalmente, en el plazo máximo de 03 días hábiles de concluida la revisión de los requisitos exigidos, la Secretaría Técnica comunicará su decisión a la Comisión, la cual emitirá la resolución que admite a trámite la solicitud de autorización.

- **Plazo para la Evaluación**

Plazos de las Fases procedimentales

a. **La primera fase procedimental** (entre 15 días a 30 días hábiles como máximo.)

Esta fase se inicia con la admisión a trámite de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial y concluye con la resolución de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en los siguientes supuestos:

- Si la Comisión concluye que la operación de concentración empresarial no está comprendida en el ámbito de aplicación de la ley, lo declarará mediante resolución comunicándola como máximo dentro de los 15 días hábiles, a partir de la admisión a trámite de la solicitud.
- Si la Comisión comprueba que la operación de concentración notificada se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley, pero sus efectos competitivos no representan serios problema en términos de restricciones significativas a la competencia efectiva en el mercado relevante, decidirá no oponerse a la misma y autorizará la operación sin condiciones. La comunicación de dicha resolución no debe exceder de 30 días hábiles, a partir de la admisión a trámite de la solicitud.

b.-La segunda fase procedimental (entre 90 y 120 días hábiles como máximo.)

Esta fase se inicia con la resolución de la Comisión que pone fin a la primera fase procedimental. Comprobada que la referida operación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la ley y representa serios problema en términos de restricciones significativas a la competencia efectiva en el mercado relevante.

- La comunicación de dicha resolución a las partes intervinientes no debe exceder de 30 días hábiles, contados a partir de la fecha de admisión a trámite de la solicitud.
- La segunda fase procedimental de evaluación de la operación de concentración no excederá de 90 días hábiles, pudiendo prorrogarse hasta por un plazo máximo de 30 días hábiles adicionales. La resolución que emita la Comisión dará por concluida la primera instancia administrativa.

4. Balance de beneficios y costos

Por lo expuesto, se concluye que la presente ley proporciona un instrumento que garantiza la libre competencia en los mercados para el bienestar de los consumidores. La presentación de la presente propuesta legislativa debe ser aprobada para que no se produzcan efectos irreversibles en los mercados y perjudiquen a los consumidores. La adecuación de la presente ley deberá comprender cambios en la institución de la autoridad de competencia, pero que serán importantes para poder fortalecer la capacidad de actuación y funcionamiento de la autoridad, de conformidad con el marco constitucional.

INCIDENCIA CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente propuesta legislativa se encuentra conforme con el Primer Objetivo (Democracia y Estado de Derecho) y Tercer Objetivo (Competitividad del país) del Acuerdo Nacional.

