EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

DECRETO DE URGENCIA QUE ESTABLECE EL CONTROL PREVIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

I. FUNDAMENTO

1. Situación actual

Las normas de competencia buscan promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Para ello, se utilizan principalmente dos herramientas: el control de conductas y el control de estructuras. El control de conductas es un mecanismo *ex post* que consiste en la investigación y sanción de las prácticas colusorias horizontales y verticales y el abuso de posición de dominio. De manera complementaria, el control de estructuras es un control *ex ante* que consiste en someter a evaluación previa las operaciones de concentración empresarial.

En particular, el control de conductas se materializa a través de un procedimiento administrativo sancionador que permite investigar si los agentes económicos han incurrido en conductas anticompetitivos. Por otro lado, el control de concentraciones empresariales se materializa a través de un procedimiento administrativo de evaluación previa en el que los agentes económicos solicitan autorización para llevar a cabo una concentración empresarial ante la autoridad de competencia y ésta evalúa de manera anticipada los efectos que dicha operación podría tener en el mercado.

En nuestro país contamos con ambas herramientas propias de las normas de competencia. El control de conductas ha sido recogido normativamente en el Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas, como el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Asimismo, la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, establece un control de concentraciones empresariales a través de un procedimiento de autorización previa de las operaciones que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica.

2. Problema

Como se ha mencionado, en el Perú se aplica el control de conductas en todos los sectores de la economía y el control de estructuras únicamente en el sector eléctrico. Sin embargo, en la última década han surgido diversas iniciativas legislativas que proponían la aplicación del control de estructuras en todos los sectores de la economía.

Uno de los principales argumentos en contra de la adopción del control de estructuras/concentraciones de manera transversal, es decir, en el resto de sectores distintos al eléctrico en el Perú es que el fortalecimiento del control de conductas es una alternativa menos costosa y más efectiva para proteger la competencia. Ello se sustenta principalmente en las siguientes razones:

a) **Que el control de concentraciones tiene una mayor probabilidad de error que el control de conductas.** Como se ha señalado, el control de concentraciones, al ser un control *ex ante*, opera sobre la base de supuestos y proyecciones acerca de la posibilidad de que se obtenga una posición de dominio y se abuse de ella en el futuro, situaciones que podrían no llegar a presentarse en la práctica[1]. Por el contrario, el control de conductas es un control *ex post*, que consiste en la investigación y sanción de los cárteles (por ejemplo, un acuerdo de precios entre competidores) y el abuso de posición de dominio (por ejemplo, una negativa injustificada a contratar por parte de una empresa dominante) y, en consecuencia, opera sobre la base de acciones efectivamente realizadas. En ese sentido, considerando que se basa en supuestos y proyecciones y no en hechos ocurridos, el control de concentraciones tiene una mayor probabilidad de error que el control de conductas.

b) **Que los costos de una decisión incorrecta son mayores en el control de concentraciones que en el control de conductas.** Los errores en la aplicación del control de concentraciones suponen prohibir o condicionar operaciones que, si hubieran sido autorizadas, podrían haber generado ganancias en eficiencia (economías de escala, economías de ámbito, procesos de transferencia tecnológica, etc.) en las empresas[2] y en el mercado, aumentando el bienestar del consumidor. Por otro lado, una decisión incorrecta en la aplicación del control de conductas podría llevar por ejemplo a sancionar un supuesto abuso de posición de dominio que no es tal y, en consecuencia, tendría un efecto restringido a la empresa sancionada. Como se puede apreciar, considerando el alcance de sus efectos, una decisión incorrecta en el control de concentraciones es más costosa para la sociedad que un error en el control de conductas.

c) **Que el control de concentraciones podría disuadir la inversión en operaciones eficientes mientras que el control de conductas genera incentivos para competir sobre la base de la mayor eficiencia económica.** El control de concentraciones podría disuadir[3] a las empresas interesadas en invertir en operaciones eficientes, debido a los altos costos de tramitar un procedimiento de autorización previa y a la probabilidad de error que afecta las decisiones de la agencia de competencia. En cambio, el control de conductas genera incentivos para que las empresas compitan sobre la base de su mayor eficiencia económica, teniendo en cuenta que, de realizarse, las conductas anticompetitivas serán sancionadas ejemplarmente por la agencia de competencia.

Respecto del último punto mencionado, es importante resaltar que en un escenario de competencia, uno de los resultados naturales del proceso competitivo será un menor número de empresas en el largo plazo. Ello en tanto ganar mayor participación de mercado es lo que incentiva a las empresas a

---

1 Bullard González, A., Falla Jara, A., & Roldán Barraza, N. (2012). In god we trust, all other bring data. ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú?. THĒMIS-Revista De Derecho, (62), 83-122. Recuperado a partir de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9015

2 Sims, Joe; Herman, Deborah P, "The effect of Twenty Years of Hart-Scott-Rodino on Merger Practice: A Case Study in the Law of Unintended Consequences Applied to Antitrust Legislation", 1997. 65 Antitrust L.J. 865, 1996-1997, página 886. Recuperado a partir de https://www.jstor.org/stable/40843387?seq=1#page_scan_tab_contents

3 Robert W. Crandall and Clifford Winston, "Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare?, Assessing the Evidence", 2003, The Journal of Economic Perspectives, Vol. 17, No. 4, pp. 3-26. Recuperado de http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.335.5519&rep=rep1&type=pdf

competir y es en este proceso competitivo que algunas empresas tendrán que salir del mercado o, por ejemplo, incrementar su escala para competir de manera más eficiente. Por ende, ambas herramientas nos son sustitutas entre sí.

En efecto, la literatura económica reconoce que existen operaciones de concentración que generan ganancias en eficiencia y permiten a las empresas incrementar su productividad. Estas ganancias en eficiencia pueden consistir en alcanzar economías de escala (reducción de los costos medios de producción para el incremento de la producción de la empresa) y economías de ámbito (disminución de costos medios por el aumento de la variedad de productos), fomentar la inversión en investigación y desarrollo, etc.

Al respecto, la *International Competition Network* señala lo siguiente:

> "*La mayor parte de fusiones no dañan la competencia. En efecto, algunas podrían ser pro-competitivas porque benefician a los consumidores al reducir los costos (a través del logro de eficiencias como economías de escala) y/o incrementando la innovación. Algunas otras son competitivamente neutrales, por ejemplo, porque la competencia luego de una fusión permanece y continua disciplinando a la empresa fusionada y a sus competidores.*"[4]

De lo anterior se desprende que las operaciones de concentración empresarial –y la concentración de mercado en general– no generan efectos perniciosos *per se*. Si bien toda operación de concentración empresarial aumenta el poder de mercado relativo de las empresas involucradas (no necesariamente el absoluto), no todo incremento de poder de mercado deviene en una posición de dominio ni, mucho menos, en un abuso de posición de dominio.

Es más, en muchos mercados, la producción es más alta y los precios más bajos si a los productores se les permite explotar sus economías de escala, siendo que solo unos cuantos productores, operando a la escala mínima eficiente, son capaces de abastecer a todo el mercado. En dichos mercados, la producción se vería obstaculizada y los precios se incrementarían si un control estatal solo tuviera como objeto dividir a los productores grandes y eficientes en más productores pequeños, aunque menos eficientes[5].

Por otro lado, cabe señalar que la posición de dominio tampoco es estable en el tiempo. Así como el resultado natural de la competencia puede ser la mayor concentración de poder de mercado, diversa literatura teórica y empírica[6] ha

---

4 ICN Merger Working Group: Investigation and Analysis Subgroup (2006). ICN Merger Guidelines Workbook pp 7. Disponible en: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf [Último acceso el 12 de abril de 2018]
Traducción libre de:
"*Most mergers do not harm competition. Indeed, some may be pro-competitive because they benefit consumers by lowering costs (through the achievement of efficiencies such as economies of scale) and/or increasing innovation. Many others are competitively neutral, for example because post-merger competition will remain and continue to discipline the merged firm and its rivals.*"

5 Lambert, Thomas Andrew, The Roberts Court and the Limits of Antitrust (September 20, 2010). University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2010-22. Disponible en: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1679749

6 Entre ellos:
- Focarelli, D., & Panetta, F. (2003). Are mergers beneficial to consumers? Evidence from the market for bank deposits. *American Economi Review*, *93*(4), 1152-1172.
- Sapienza, P. (2002). The effects of banking mergers on loan contracts. *The Journal of finance*, *57*(1), 329-367.
ayior, C. T., & Hosken, D. S. (2007). The Economic Effects of the Marathon-Ashland Joint Venture: The

señalado que la concentración de poder de mercado tiende a disiparse en el tiempo. Ello, debido a que el aumento de poder de mercado también incrementa los incentivos para el ingreso de nuevos competidores al mercado y, eventualmente, dicho ingreso podría llegar a revertir una posible posición de dominio.

Sin embargo, como señala también el texto citado, pueden presentarse escenarios en los que las fusiones sean perjudiciales para la eficiencia económica en los mercados. Así, por ejemplo, el mayor poder de mercado podría generar una restricción significativa de la competencia actual o potencial en un mercado, por ejemplo, mediante la imposición de barreras a la entrada estables en el tiempo. De igual forma, la mayor concentración podría no estar motivada por razones de eficiencia sino que podría tener por objeto "formalizar" comportamientos anticompetitivos. En estos casos, las ganancias en eficiencia propias de la fusión podrían no compensar las pérdidas derivadas de la restricción significativa de la competencia.

En dicho contexto, surge la interrogante acerca de la necesidad de contar con un mecanismo mediante el cual se evalúen y autoricen previamente las fusiones y adquisiciones de aplicación general, en todos los mercados de la economía peruana.

Resulta crucial que el diseño de un mecanismo de control de concentraciones empresariales tenga en cuenta las características inherentes de una economía relativamente pequeña como la peruana. Ello implica, entre otros, diseñar un sistema predecible, ágil, transparente y, sobre todo, con un objetivo claro.

Por tal motivo, el reto en el diseño de un mecanismo de control de concentraciones empresariales de aplicación general en el Perú consiste en incorporar condiciones que respondan a las características específicas –actuales y potenciales– de nuestros mercados y en comprender que la política de competencia debe promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

En particular, es esencial que el control de concentraciones empresariales que se implemente en nuestro país cuente con una finalidad clara, un umbral objetivo, un procedimiento ágil y transparente, una adecuada metodología de evaluación y, en general, reglas claras que otorguen predictibilidad a los agentes económicos y no afecten la economía y las inversiones.

3. Justificación constitucional de la medida

El decreto de urgencia debe cumplir con requisitos formales, tanto previos como posteriores a su promulgación. Así, el requisito ex ante está constituido por el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123 de la Constitución Política del Perú), mientras que el requisito ex post lo constituye la obligación del Ejecutivo de dar cuenta a la Comisión Permanente para que lo examine y lo eleve al Congreso una vez que este se instale, de acuerdo a lo señalado en el artículo 135 de la Constitución.

Importance of Industry Supply Shocks And Vertical Market Structure. *The Journal of Industrial Economics*, *55*(3), 419-451.

- Simpson, J. D., & Taylor, C. T. (2005). *Michigan gasoline pricing and the Marathon-Ashland and Ultramar Diamond Shamrock transaction.* Bureau of Economics, Federal Trade Commission.

En ese sentido, la presente norma cuenta con la rúbrica del Presidente de la República y el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros, así como con el refrendo de la Ministra de Economía y Finanzas, en el marco de sus competencias.

De otro lado, debe tenerse presente que la norma constituye un decreto de urgencia, cuyo origen se encuentra en la aplicación de los artículos 134 y 135 de la Constitución Política del Perú, encontrándose habilitado el Poder Ejecutivo para legislar mediante decretos de urgencia durante el interregno. Así, durante este periodo del interregno parlamentario, el Poder Ejecutivo se encuentra habilitado para emitir decretos de urgencia que no se encuentren limitados únicamente sobre temas económicos y financieros. Lo contrario llevaría a sostener que durante el interregno y ante la inexistencia de un órgano legislativo, el Poder Ejecutivo se encuentra impedido de regular situaciones de atención urgente que no correspondan únicamente a estas materias. Como resulta claro, esto último no puede resultar amparable en un Estado de Derecho ya que pondría en grave riesgo el goce de derechos y objetivos constitucionales, como los que se buscan a través de la presente norma.

Un aspecto a tener presente, es que el contenido del presente decreto de urgencia fue materia de aprobación por parte del Congreso de la República, el 2 de mayo de 2019, conforme consta en el Expediente Virtual Parlamentario (en el portal electrónico del Congreso de la República), respecto del texto sustitutorio del Dictamen del Proyecto de Ley N° 353/2016-CR y otros, de modo tal que su contenido ha sido adaptado a la formalidad de un decreto de urgencia, con los ajustes necesarios para dicho efecto. Se podría decir, por ende, que en el caso particular, a través de la facultad prevista en el artículo 135 de la Constitución Política, el Poder Ejecutivo está completando el proceso de dación del Dictamen del proyecto de Ley N° 353/2016-CR y otros –aprobado anteriormente por el Congreso de la República– con los ajustes necesarios para su adaptación a un Decreto de Urgencia. Sin perjuicio de ello, se realizó ajustes que se precisan en el acápite referido a la "Actualización y valores del umbral (artículo 6)", "Infracciones y Sanciones (artículos 16 al 28)", "Prohibición de interferencia en el ejercicio de las funciones (Primera Disposición Complementaria Final)" y "Aplicación supletoria del TUO de la LPAG (Segunda Disposición Complementaria Final)" de la presente Exposición de Motivos (pág. 12, 13, 22, 23, 26 y 27).

Sin perjuicio de ello, se debe indicar que la necesidad de este Decreto de Urgencia se sustenta en el imperativo de desarrollar mecanismos que coadyuven a lograr la eficiencia económica de los mercados con el fin primario de salvaguardar el bienestar del consumidor; complementando el control ex post para intentar corregir situaciones eventuales de abuso de poder de mercado que podrían generar una restricción significativa de la competencia.

En efecto, a la fecha, se ha llevado a cabo operaciones que hubieran tenido que seguir el procedimiento establecido en el proyecto de decreto de urgencia y, por ende, solicitar autorización previa al INDECOPI con el umbral propuesto para ventas de todas las empresas involucradas por un monto 118,000 UIT (S/ 495.6 MM), y para ventas de al menos dos empresas involucradas por un monto de 18,000 UIT (S/ 75.6 MM) cada una. Es el caso de la adquisición de Intradevco por Alicorp, en el presente año, con ingresos de S/ 690 MM y S/ 6,041 MM, respectivamente, al tercer trimestre del 2018; o en el año 2018, la adquisición de Mifarma, Arcángel y Fasa (Quicorp) por Inkafarma (InRetail Perú Corp.) con ingresos de S/ 4,000 MM y S/7,258 MM anuales al 2017. Así también, en el año 2014, se llevó a cabo la adquisición de Mi Banco por el grupo Crédito y BCP

(Credicorp) con ingresos de S/ 1,034 MM y S/ 7,086 MM, respectivamente; y la adquisición de Maestro Perú por Sodimac Perú (Falabella Perú) con ingresos por S/ 1,449 MM y S/ 7,629 MM, respectivamente.

De haber existido un procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial, las adquisiciones mencionadas habrían pasado por la respectiva evaluación. La obligación de que dichas operaciones hubieran tenido que ser validadas por la autoridad competente hubiera coadyuvado a generar confianza en las empresas competidoras y en los consumidores de que tal operación no genera restricciones significativas a la competencia o, en caso de generarlas, estas son superadas por los beneficios de la actividad. Cabe precisar que ello no implica que las adquisiciones en mención nunca debieron realizarse, pues si estas empresas realizan acciones que afectan la competencia en el mercado serán evaluadas en el marco del control *ex post* mencionado inicialmente (la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas).

No obstante y tal como se ya ha mencionado, un control *ex ante* genera confianza y credibilidad en los agentes económicos y coadyuvaría a garantizar la competencia en el mercado evitando potenciales perjuicios al mismo. En ese sentido, resulta necesario que esta medida se apruebe durante el periodo del interregno parlamentario, mas aun teniendo en cuenta que la aplicación efectiva de la norma será un año después de su publicación.

Cabe precisar que el desarrollo de un procedimiento de evaluación de concentraciones empresariales no implicará necesariamente el impedimento de la realización de dichas actividades de concentración, sino que las evaluará de modo que intente determinar que en los mercados involucrados a los agentes económicos no se generen restricciones significativas de la competencia.

En cuanto a la temporalidad del decreto de urgencia, se debe señalar que, dada la situación de excepcionalidad en la que nos encontramos por la aplicación de los artículos 134 y 135 de la Constitución Política del Perú, el Poder Ejecutivo legisla durante el interregno parlamentario mediante decretos de urgencia cuya vigencia se adopta conforme a la necesidad de la medida.

En tal sentido, se propone que el decreto de urgencia entre en vigencia en un plazo de nueve (9) meses, contados a partir del día siguiente de su publicación. Este lapso de tiempo entre la publicación de la norma y su entrada en vigor tiene por objeto que la ley pueda ser conocida suficientemente por los agentes económicos y la autoridad a cargo de su implementación, antes de que adquiera fuerza obligatoria. Para tal efecto, durante este periodo el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, entidad encargada de la implementación, podrá reestructurar sus funciones, adaptar su organización interna, así como planificar su financiamiento, con cargo a su propio presupuesto institucional.

Luego de este periodo, la norma estará vigente por un periodo de cinco (5) años, con la finalidad de que el INDECOPI, sobre la base de la información recabada a partir de los casos investigados y en el marco de sus funciones, determine la pertinencia de la continuidad de la norma. Se considera idóneo establecer que la medida sea de carácter temporal, debido a que, como se ha observado, existe un mecanismo de control posterior que podría ser menos costos y más efectivo para proteger la competencia. En este sentido, ante una medida cuyos resultados, al cabo de cinco (5) años puedan no ser los esperados, se propone la posibilidad de evaluar su vigencia. Para ello, se tendrá en cuenta el impacto

de la regulación en el mercado y en los consumidores. Esto se enmarca en las recomendaciones de las mejores prácticas regulatorias propuestas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Y es que un análisis ex post es aquel que se realiza sobre regulación vigente y permite medir su impacto real en la comunidad y la economía, lo que coadyuvará a mejorar el diseño de la regulación; por ejemplo, para reducir los costos de cumplimiento o lograr cambios de conducta más efectivos.

Debido a su utilidad, la OCDE ha reconocido que la evaluación *ex post* constituye un instrumento clave para promover la eficacia de la dinámica regulatoria[7] en países como el Reino Unido, Australia, Islandia, entre otros. Atendiendo a ello es que el decreto de urgencia encarga al INDECOPI evaluar el carácter permanente del procedimiento del control previo de concentraciones empresariales.

4. Propuesta

Objeto (artículo 1)

El artículo 1 establece como objeto el establecimiento de un procedimiento de evaluación previa de las operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Debido a las condiciones estructurales de algunos mercados, podría haber incentivos para que las empresas opten por fusionarse, obteniendo mayores ganancias como consecuencia de las eficiencias que alcancen.

En ese sentido, el control de concentraciones empresariales no debe entenderse como un mecanismo para prohibir las fusiones y adquisiciones, sino como una herramienta que permita a la autoridad de competencia evaluar las operaciones que superen determinado umbral y prohibir o condicionar aquellas que afecten la eficiencia económica en los mercados y, como consecuencia de ello, reduzcan el bienestar de los consumidores.

Cabe resaltar que la finalidad recogida en el artículo 1 está perfectamente alineada con la finalidad establecida en el artículo 1 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que también consiste en "promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores". Ello es importante porque garantizará una aplicación coherente del control de conductas y el control de estructuras en el Perú.

Ámbito de aplicación (artículo 2)

El artículo 2 incluye en el ámbito de aplicación de la ley a los actos de concentración empresarial que superen determinados umbrales y produzcan efectos en el territorio nacional, aun cuando dichas operaciones se hayan originado en el extranjero.

Esta disposición es coherente con lo señalado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)[8] en la Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones de Chile del 2014. En ella se menciona que el

---

7 OECD, Regulatory Impact Analysis. Best practices in OECD Countries, obtenido en https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35258828.pdf el 29 de octubre de 2019

8 OCDE (2014), Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, obtenido en <http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf> el 21 de febrero del 2019.

primer paso en el diseño de un régimen de control de concentraciones eficientes consiste en la delimitación del ámbito, pudiendo este depender de 1) la definición de las operaciones que deben ser sujetas al control de concentraciones; 2) el establecimiento de un sistema de notificación; y 3) la determinación de los umbrales de notificación.

Del mismo modo, cabe señalar que otros países también incluyen una disposición similar en sus respectivas legislaciones.

Cuadro N° 1
Legislación comparada: Ámbito de aplicación de la ley

Perú (artículo 2 del Proyecto de Decreto de Urgencia)	Los actos de concentración empresarial, conforme a los umbrales previstos, que produzcan efectos en todo o parte del territorio nacional, aun cuando se hayan originado en el extranjero.
Chile (artículo 48 de la Ley 20.945)	Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica, en forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile y que cumplan los requisitos de umbral establecidos.
Colombia (artículo 2 de la Ley 1340 de 2009)	Lo dispuesto se aplicará en relación con las conductas que tengan o puedan tener efecto total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.

Principios que deben regir el procedimiento de evaluación previa (artículo 4)

El artículo 4 establece que, en el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, se tiene en cuenta los principios de proporcionalidad, transparencia e independencia y confidencialidad.

El principio de proporcionalidad señala que cuando se establezcan condiciones, se califique infracciones o se imponga sanciones, estos guardan conformidad con los límites atribuidos por la norma, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos, de manera que se responda en la medida de lo estrictamente necesario.

Acerca del principio de transparencia e independencia, se precisa que 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.

Sobre el principio de confidencialidad, se señala que los órganos competentes guardan reserva respecto de la información a la que tengan acceso en el procedimiento de evaluación previa. Están prohibidos de divulgar el secreto empresarial, comercial o industrial de los agentes económicos, o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad.

Ello, por supuesto, sin perjuicio de la aplicación de los demás principios del procedimiento administrativo.

Operaciones de concentración empresarial (artículo 5)

El Decreto de Urgencia debe establecer con precisión qué se entiende por "operación de concentración empresarial". Usualmente, dentro de esta categoría están las fusiones y las adquisiciones debido a que generan un cambio estructural permanente en el mercado.

En ese sentido, el artículo 5.1 establece los tipos de operación de concentración empresarial que están sujetas al procedimiento de evaluación previa, especificando que deben constituir una transferencia o cambio en el control permanente de una empresa o parte de ella. Del mismo modo, los tipos de operación han sido descritos mediante definiciones breves, con la finalidad de que el Reglamento desarrolle con más detalle estos conceptos[9].

---

[9] Mediante Informe N° 055-2019-EF/68.02, la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas señaló lo siguiente:

(...)

1.4 Al respecto, se debe tener en cuenta que las APP constituyen una modalidad de participación de la inversión privada para la provisión de servicios públicos e infraestructura pública, en la que se distribuyen riesgos del proyecto y recursos preferentemente del sector privado, garantizando niveles de servicio óptimos para beneficio de los usuarios de la infraestructura.

1.5 Es oportuno mencionar que las reglas de los procesos de promoción suelen considerar la conformación de consorcios para la participación como postor. Posteriormente, para la suscripción del contrato, se requiere la constitución de una Sociedad de Propósito Específico (SPE) a cargo del cumplimiento de todas las obligaciones frente al Estado, establecidas en el respectivo contrato de concesión. Asimismo, se considera la conformación de consorcios para la presentación de Iniciativas Privadas para el desarrollo de proyectos de APP, así como para Proyectos en Activos y proyectos regulados en el Decreto Legislativo N° 674[9].

1.6 En referencia al carácter permanente del agente económico resultado de la concentración según el Proyecto de Ley, que los contratos APP son contratos con plazo definido, y que de acuerdo con el artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1362, dicho plazo no podrá exceder los 60 años, siendo que inclusive para el caso de normas especiales, el plazo máximo de vigencia de un contrato APP podrá ser menor.

1.7 Cabe precisar que el promedio de plazos contractuales establecidos para proyectos de APP adjudicados por PROINVERSIÓN, entre los años 2000 y 2018, es de 26 años, siendo que el plazo máximo considerado es de 35 años, mientras que el mínimo es de 10 años.

1.8 Por ello, es importante destacar que el carácter temporal de las personas jurídicas constituidas en el marco de estos procesos de promoción es distintivo de los contratos APP para el desarrollo de proyectos de inversión en infraestructura pública y servicios públicos. Las sociedades de propósito específico, en el marco de una APP, son creados única y exclusivamente para el desarrollo de un proyecto de inversión específico y su existencia se justifica sólo en la vigencia del contrato APP. Como se señaló, la normativa APP vigente establece expresamente un periodo máximo de vigencia de estos contratos, por lo que el carácter limitado en el tiempo de las SPE, constituidas en el marco de un contrato APP, las excluiría del supuesto establecido en la propuesta normativa, que hace referencia al carácter permanente del agente económico para la aplicación del procedimiento de evaluación previa propuesta en el Proyecto de Ley.

1.9 Sin perjuicio de lo ya indicado, es importante mencionar que, de conformidad con el numeral 1[9] del párrafo 4.1 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1362, los procesos de promoción de la inversión privada promueven la competencia. Por su parte, el párrafo 4.2 del mencionado artículo establece que es aplicable a las APP el Principio de Valor por Dinero, que tiene como objeto la búsqueda de la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, así como una adecuada distribución de riesgos en todas las fases del proyecto; la generación de Valor por Dinero en las fases de desarrollo de las APP es responsabilidad del Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) o de la entidad pública titular del proyecto, y puede darse por ejemplo, en la Fase de Transacción de los proyectos de APP, al asegurar las condiciones de competencia, a través de un proceso de promoción transparente, garantizando la igualdad de condiciones entre todos los participantes[9].

1.10 Así pues, la normativa APP vigente en el país ya garantiza que se respeten condiciones de competencia en los procesos de promoción de la inversión privada para el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios públicos, y encarga a los OPIP el diseño y la conducción de dichos procesos, cumpliendo con lo dispuesto en dicha normativa.

1.11 En este punto, es pertinente destacar que, para la generación de mayor competencia, que garantice un mayor Valor por Dinero al Estado, los OPIP buscan contar entre los postores participantes en los procesos de promoción con empresas del sector privado, que cuenten con la experiencia necesaria para desarrollar los proyectos de inversión, asegurando con ello, en beneficio del proyecto y el Estado, un nivel mínimo suficiente de experiencia, calidad y capacidad económica, legal y financiera del inversionista a cargo del desarrollo e implementación del proyecto. Por tal motivo es que, precisamente, bajo la normativa vigente se permite que los postores puedan formar consorcios, siguiendo las reglas del proceso de promoción de manera tal que el Estado obtenga, como resultado de estas formas asociativas, ofertas más favorables para la adjudicación de los proyectos.

1.12 Como se puede apreciar, la aplicación del procedimiento de evaluación previa a proyectos ejecutados bajo la modalidad de APP, no resulta necesaria, dado que los proceso de promoción ya establecen mecanismos para garantizar la competencia por el mercado.

1.13 A ello debe agregarse que, la adopción de conductas anticompetitivas en este tipo de proyectos, son mitigadas a través del propio contrato de APP, en el que se establecen reglas sobre tarifas y precios, niveles de servicio o estándares de calidad y regímenes de acceso. Éstos últimos constituyen reglas que restringen

Los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 3 definen los términos utilizados en el artículo 5.1, tales como "agente económico" y "control".

Adicionalmente, para garantizar mayor predictibilidad acerca de qué operaciones no están sujetas al procedimiento de evaluación previa, el numeral 5.2 del artículo 5 brinda una lista de actos que no se consideran operaciones de concentración empresarial y que, por tanto, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la norma.

Actualización y valores del umbral (artículo 6)

Para que las operaciones de concentración empresarial sean analizadas por la autoridad de competencia, es necesario que la norma establezca un sistema de notificación de operaciones.

Al respecto, la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre el Análisis de Operaciones de Concentración[10] señala que deben establecerse criterios claros y objetivos para determinar si y cuándo una operación debe ser notificada. Adicionalmente, se recomienda establecer umbrales, los cuales serán útiles para determinar específicamente qué operaciones deben notificarse.

Asimismo, las Prácticas Recomendadas para la Notificación de Concentraciones y Procedimientos de Evaluación de la *International Competition Network* (ICN)[11] señalan que los umbrales deben incorporar estándares apropiados que aseguren un nexo suficiente con la jurisdicción, con la finalidad de descartar aquellas transacciones que probablemente no generen efectos relevantes sobre la competencia.

Estos umbrales deben estar basados en criterios objetivamente cuantificables como, por ejemplo, las ventas. Ejemplos de criterios no cuantificables son la participación de mercado y los efectos potenciales relacionados a la transacción, los cuales, al ser inherentemente subjetivos, pueden ser apropiados para etapas posteriores del procedimiento, mas no para determinar si se requiere o no que se notifique una operación.

---

y sancionan las prácticas que el inversionista puede emplear para impedir el acceso de usuarios (personas o empresas) a la infraestructura o servicio público regulado en el respectivo contrato de APP.

1.14 Finalmente, téngase en cuenta que los regímenes jurídicos diferenciados en la legislación, para ciertos sectores, se justifican en la naturaleza y características propias de cada mercado, entendiéndose por ello, y para estos casos específicos, el establecimiento de mecanismos regulatorios específicos tales como la fijación o reajuste tarifario, regímenes de acceso, mecanismos de solución de controversias, funciones de fiscalización y sanción y competencia por el mercado, el que, precisamente ocurre durante el proceso de promoción, entre los postores participantes para conseguir el proyecto (vinculado a un monopolio regulado por la ley), lo cual es distinto al caso de un agente económico que ingresa a competir en un mercado con otros agentes para ofrecer un mismo servicio y generar mayor eficiencia.

1.15 Bajo el esquema de competencia por el mercado, en el que funcionan y se desarrollan precisamente los procesos de promoción de la inversión privada, los parámetros de oferta y demanda no coinciden con los de un mercado con varios proveedores y consumidores respecto de un mismo servicio, en la medida que el proceso se diseña en el inicio para asegurar la mayor competencia, las condiciones de eficiencia y beneficio a los usuarios (consumidores) de la infraestructura o servicios, ya se encuentran establecidos tanto en las normas sectoriales aplicables como en el respectivo contrato de APP.

Cabe acotar que dicho informe fue emitido en el marco de la elaboración del Proyecto de Ley N° 4110/2018-PE, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, mediante Oficio N° 073-2019-PR, con fecha 26 de marzo de 2019.

10 OCDE (2005). Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Análisis de Operaciones de Concentración, obtenido en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/195> el 21 de febrero del 2019.

11 ICN (2018). "ICN Recommended Practices for Mergers Notification and Review Procedures", obtenido en <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf> el 21 de febrero del 2019.

Del mismo modo, en la práctica, cuando en una operación de concentración empresarial solo una de las partes (usualmente la adquiriente) es la que tiene presencia local significativa, es poco probable que la operación genere efectos adversos. Es por ello que, para evitar activar el procedimiento de evaluación previa en estos casos, se recomienda señalar que por lo menos dos de las empresas deben superar un umbral individual.

En este sentido, se recomienda un umbral de notificación basado en dos criterios, cuyo cumplimiento concurrente sea necesario para que se inicie el procedimiento de evaluación previa:

- Ventas brutas nacionales totales de las empresas involucradas en la concentración empresarial, durante el ejercicio fiscal anterior.
- Ventas brutas nacionales de al menos dos de las empresas involucradas en la concentración empresarial, durante el ejercicio fiscal anterior.

En lo que se refiere a los valores del umbral, el INDECOPI ha señalado lo siguiente[12]:

1. *Para una implementación y aplicación adecuada del control previo de concentraciones para todos los sectores de la economía, se requiere establecer un adecuado umbral de notificaciones que permita determinar qué actos de concentración tendrán la obligación o no de ser notificados al Indecopi. La determinación de estos umbrales permitirá que la autoridad se enfoque en la revisión de aquellos actos de concentración que, por su dimensión, presumiblemente puedan generar efectos anticompetitivos significativos frente aquellos actos que no generarán efectos anticompetitivos que impliquen una preocupación sustantiva por sus efectos sobre el bienestar.*

2. *A nivel internacional, las agencias de competencia suelen fijar sus umbrales de notificación basados en el nivel de ventas o ingresos en el ámbito local de las empresas intervinientes en el acto de concentración[13]. Por ello, el umbral de notificación en el Perú deberá estar basado en el nivel de ventas o ingresos de las empresas involucradas, siguiendo las mejores prácticas internacionales[14].*

3. *Asimismo, el valor del umbral de notificación, aplicable a todos los mercados de la economía peruana, deberá basarse en la mejor experiencia internacional. Por ello, se ha considerado que una forma de establecer el umbral aplicable en el caso peruano sea a partir de un análisis comparativo, basado en la revisión de los umbrales de notificación de otros países con experiencia en la aplicación del control de concentraciones.*

---

[12] Ver Informe 024-2019-ST-CLC-INDECOPI del 6 de marzo del 2019. Cabe acotar que dicho informe fue emitido en el marco de la elaboración del Proyecto de Ley N° 4110/2018-PE, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, mediante Oficio N° 073-2019-PR, con fecha 26 de marzo de 2019.

[13] Otros criterios, menos frecuentes, se asocian al monto de la transacción vinculada a la operación, los niveles de cuotas de mercado de las empresas involucradas, entre otros.

[14] ICN (2007), Defining "Merger" Transactions for Purposes of Merger Review, OECD (2007), Dynamic Efficiencies in Merger Analysis, ICN (2008), Setting Notification Thresholds for Merger Review, OECD (2013), Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review, OECD (2014), Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, OECD (2016), Local Nexus and Jurisdictional Threshold in Merger Control, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, ICN (2002 - 2017), Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures.

4. *Una forma de desarrollar este análisis comparativo es tomando como referencia a los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que engloba al conjunto de 35 economías[15] más avanzadas. Hay que señalar también que la OCDE es reconocida como una organización que promueve políticas para mejorar el bienestar económico y social de las personas[16] apoyadas en el análisis de estudios empíricos, datos y revisión entre pares. Además, se considera a los países de la OCDE en la medida que han diseñado políticas de control previo de concentraciones con características deseables y siguiendo los mejores estándares internacionales.*

5. *En efecto, los países de la OCDE han realizado una serie de modificaciones a sus procedimientos de control previo de concentraciones con el objetivo de mejorar su efectividad, que incluye la aplicación de las recomendaciones del Consejo de Revisión de Fusiones (en inglés, Council of Merger Review) de la OCDE sobre las características que deben tener los umbrales de notificación (que sigan un criterio objetivo y que tengan un adecuado nexo local), que el proceso de revisión tenga un tiempo de duración razonable, entre otros[17]. Así, varios países de la OCDE han realizado reformas a sus procedimientos[18] en aplicación de las recomendaciones sobre las mejores prácticas internacionales[19].*

6. *En el Cuadro N°1 se presenta la lista de países de la OCDE considerados en el presente análisis y que aplican umbrales basados en el nivel de ventas o ingresos en el ámbito local de las empresas intervinientes en el acto de concentración, similares a la presenta propuesta[20].*

Cuadro N°1
Umbrales de notificación de países OCDE. En dólares americanos. 2016.

País	Ventas conjuntas	Ventas individuales
Turquía	33 111 105.4	9 933 331.6
Eslovenia	33 231 000.0	1 107 700.0
España	265 848 000.0	66 462 000.0
Bélgica	110 770 000.0	44 308 000.0
Chile	69 193 115.1	11 147 779.7

15 La lista de los 35 países miembros de la OCDE incluye a países como Chile y México, socios comerciales claves del Perú en la región y dentro la Alianza del Pacífico. La lista de países puede ser consultado en el siguiente enlace web: https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/miembros-y-socios-ocde.htm.

16 ¿Qué es la OCDE? Ver https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/.

17 OECD (2005), Recommendation of the Council on Merger Review 2005.

18 Así, varios países de la OCDE cuentan con umbrales basados en criterios objetivos como ingresos o ventas. OECD (2016), Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control.

19 En el 2013 la OCDE realizó un reporte sobre la aplicación de las recomendaciones para el control de concentraciones, donde se indica que la mayoría de países considera umbrales con criterios objetivos, señalando ejemplos de países que realizaron modificaciones a sus procedimientos de control previo. OECD (2013), Report on Country Experiences with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review. Asimismo, Chile también realizó un reporte sobre la aplicación de dichas recomendaciones de manera previa a la introducción del sistema de notificación obligatoria de concentraciones. OECD (2014), Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile.

20 No se consideran aquellas experiencias donde se toma como referencia el nivel de ventas o ingresos a nivel global, es decir, ventas o ingresos que obtienen las empresas por sus operaciones en todo el mundo. Ni los casos en que se consideran adicionalmente a los ingresos o ventas, las cuotas de mercado de las empresas intervinientes.

País	Ventas conjuntas	Ventas individuales
República Checa	61 375 004.7	10 229 167.4
Dinamarca	133 695 434.9	14 855 048.3
Irlanda	55 385 000.0	3 323 100.0
Islandia	16 554 708.8	1 655 470.9
Italia	544 988 400.0	33 231 000.0
Suecia	116 795 255.0	23 359 051.0
Suiza	507 411 045.7	101 482 209.1
Noruega	119 047 619.0	119 047.6
Polonia	55 385 000.0	11 077 000.0
Portugal	110 770 000.0	5 538 500.0

Fuente: Getting The Deal Through (2017).

7. *Si usamos el valor promedio de los umbrales de ventas conjuntas e individuales de notificación de la lista de países de la OCDE como umbrales referenciales de partida, obtenemos un valor de 149 millones de dólares para el umbral de ventas conjuntas y de 22.5 millones de dólares para el umbral de ventas individuales. Estos valores promedio expresados en soles corrientes, arrojan umbrales de 489 millones de soles de ventas conjuntas y 74 millones de soles de ventas individuales respectivamente. En el caso peruano, resulta pertinente expresar los umbrales en unidades monetarias indexadas, específicamente a través del uso de las Unidades Impositivas Tributarias (UIT). En ese sentido, los umbrales promedio de los países de la OCDE equivalen a 118 mil UIT y 18 mil UIT respectivamente.*[21]

En atención a ello, el artículo 6 establece el umbral en un valor de 118 000 UIT (ciento dieciocho mil UIT), aplicable a la suma de las ventas brutas de todas las empresas involucradas en la operación de concentración, así como un valor de 18 000 UIT (dieciocho mil UIT), aplicable a cada una de las ventas brutas de al menos dos de las empresas involucradas. Cuando las ventas brutas en el Perú durante el ejercicio fiscal anterior a la operación superen dicho umbral se deberá presentar una solicitud de autorización ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi. Es relevante precisar que el texto sustitutorio aprobado en el pleno del Congreso de la República el 2 de mayo de 2019 consideraba un valor de 25 000 UIT (veinticinco mil UIT) aplicable a cada una de las ventas brutas de, al menos, dos de las empresas involucradas en la operación de concentración. Sin embargo, el Proyecto de Ley N° 4110/2018-PE consideró un valor de 18 000 UIT (dieciocho) en atención al sustento antes desarrollado – a diferencia del valor de 25 000 UIT que no respondería a un criterio técnico – lo cual implicaría un potencial mayor número de operaciones sujetas al control previo propuesto. Ello se alinea al objeto del presente decreto de urgencia.

Adicionalmente, debido a que no se puede predecir con plena certeza los niveles óptimos de los umbrales, la mayoría de países que tienen una ley de control de concentraciones empresariales, considera la posibilidad de evaluaciones y revisiones periódicas de los umbrales. Este proceso coincide con los estándares de la OCDE, que recomienda la revisión periódica de leyes para buscar la mejora y convergencia hacia las mejores prácticas, así como las Prácticas Recomendadas de la ICN.

[21] Considerando un tipo de cambio de 3.3 soles por dólar americano y el valor de la UIT de 2018 de 4 150 soles.

En este contexto, el artículo 6 establece un umbral objetivo, cuya actualización puede ser propuesta por el INDECOPI y aprobada por decreto supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Análisis de la operación de concentración empresarial (artículo 7)

El artículo 7 establece que la autoridad de competencia evalúa los efectos de la operación de concentración empresarial, a fin de identificar si produce una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados.

Al respecto, precisa que la autoridad de competencia toma en cuenta en su evaluación: la estructura del mercado involucrado, la competencia real o potencial de los agentes económicos en el mercado, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, las fuentes de distribución y comercialización, las barreras legales o de otro tipo para el acceso al mercado, el poder económico y financiero de las empresas involucradas, la creación o fortalecimiento de una posición de dominio, la generación de eficiencias económicas, entre otros.

Además, se resalta que la sola creación o fortalecimiento de una posición de dominio no justifica la prohibición de la operación de concentración empresarial, siendo necesario determinar si dicha operación produce una restricción significativa de la competencia.

En lo que se refiere a la metodología de análisis, se establece que, si se determina que la operación de concentración empresarial no produce una restricción significativa de la competencia, se autoriza la operación. En cambio, si se determina que la operación de concentración empresarial puede generar una restricción significativa de la competencia, se presentan tres escenarios posibles:

a. Autorizar la operación, siempre que los agentes económicos solicitantes demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos de la posible restricción significativa de la competencia.
b. Autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial. Dichas condiciones pueden basarse en los compromisos ofrecidos por los agentes económicos.
c. No autorizar la operación, cuando los agentes económicos solicitantes no demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos de la posible restricción significativa de la competencia y no sea posible establecer condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial.

Compromisos propuestos por los agentes económicos durante el procedimiento de control previa (artículo 8)

El artículo 8 faculta a los agentes económicos a presentar una propuesta de compromisos destinados a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de análisis.

La posibilidad de ofrecer compromisos puede reducir el periodo que requiere la autoridad de competencia para la evaluación previa de la operación de concentración empresarial. Al respecto, las Prácticas Recomendadas de la ICN señalan que, a pesar de haber periodos específicos para la investigación de las operaciones de concentración empresarial, las autoridades pueden concluir la investigación en un periodo menor si determinan que la operación -ya sea como se propuso originalmente o modificada a partir de los compromisos asumidos por los agentes económicos solicitantes durante el procedimiento- no plantea problemas de competencia relevantes.

Del mismo modo, esta regla es similar a la establecida en otros países de la región, como se aprecia en el cuadro siguiente.

Cuadro N° 2. Legislación comparada: Posibilidad de ofrecer compromisos

Perú (artículo 8 del Proyecto de Decreto de Urgencia)	Durante el desarrollo del procedimiento de control previo, los agentes económicos pueden presentar al órgano competente una propuesta de compromisos destinados a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial.
Chile (artículo 53 de la Ley 20.945)	(...) Asimismo, para efectos de lo establecido en la letra b) del artículo 54[22] y en la letra b) del artículo 57[23], el notificante tendrá siempre derecho a ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiere producir para la libre competencia. Las medidas deberán ser ofrecidas por escrito y no constituirán, en caso alguno, un reconocimiento de la existencia de los riesgos que a través de ellas se pretende mitigar. (...)
Colombia (artículo 16 de la Ley 1340 de 2009)	Ofrecimiento de Garantías. Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.

[22] **Artículo 54°.-** Dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la investigación a que alude el artículo 50, el Fiscal Nacional Económico deberá:
(...) b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose la operación a tales medidas, no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, (...).

[23] **Artículo 57°.-** Dentro del plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación, el Fiscal Nacional Económico deberá:
(...) b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose a tales medidas, la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, (...).

México (artículo 90 de la Ley Federal de Competencia Económica)	Para el desahogo del procedimiento de notificación, se estará a lo siguiente: (...)V. Para emitir su resolución, la Comisión tendrá un plazo de sesenta días, contado a partir de la recepción de la notificación o, en su caso, de la documentación adicional solicitada. Concluido el plazo sin que se emita resolución, se entenderá que la Comisión no tiene objeción en la concentración notificada. En las concentraciones en que la Comisión considere que existen posibles riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia, ésta lo comunicará a los notificantes, al menos con diez días de anticipación a la fecha en que se liste el asunto a efecto de que éstos pudieren presentar condiciones que permitan corregir los riesgos señalados. La resolución de la Comisión podrá autorizar, objetar o sujetar la autorización de la concentración al cumplimiento de condiciones destinadas a la prevención de posibles efectos contrarios a la libre concurrencia y al proceso de competencia que pudieran derivar de la concentración notificada (...)

Autoridad competente (artículos 11, 12, 13 y 14)

El Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, establece en su artículo 2 que dicha entidad es el organismo autónomo encargado de defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva.

Del mismo modo, el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, establece en su artículo 13 que los órganos del INDECOPI, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, son las autoridades de competencia encargadas de la aplicación de dicha norma, a excepción del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, que está a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL).

En ese sentido, el artículo 11 establece que la autoridad competente para el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial es el INDECOPI. Adicionalmente, en los artículos 12, 13 y 14 se especifican qué órganos del INDECOPI estarán a cargo de la aplicación de la norma, de acuerdo a sus respectivas competencias. La primera instancia administrativa del procedimiento estará a cargo de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la segunda y última instancia administrativa estará a cargo del Tribunal del INDECOPI. Por su parte, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia será el órgano técnico con competencias para realizar las acciones de ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas al procedimiento de control previo o, en su caso, sobre las acciones preliminares de investigación que puedan dar lugar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Colaboración interinstitucional en el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial (artículo 15)

El artículo 15 faculta a los órganos competentes en el procedimiento de control previo a solicitar información relacionada con los mercados involucrados a cualquier entidad de la Administración Pública.

Al respecto, se precisa que se puede suspender el plazo para resolver cuando una entidad deba proporcional información a los órganos competente, siempre y cuando dicha información sea esencial para la resolución del procedimiento, no pudiendo exceder el plazo de 10 días hábiles, pidiendo ser prorrogados hasta por 5 días hábiles, debido a la complejidad del procesamiento o puesta a disposición de la información.

Evaluación de la SBS y la SMV (artículo 16)

Mediante Informe N° 033-2019-EF/65.02[24], la Dirección General de Mercados Financieros y Previsional Privado del Ministerio de Economía y Finanzas propuso la participación de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) a fin de resguardar la competencia de dicha entidad en las materias que la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, le otorga.

De este modo, se establece que la evaluación previa de operaciones de concentración empresarial de los agentes económicos comprendidos en el ámbito de la SBS debe ser efectuada por el INDECOPI sin perjuicio de la evaluación previa de carácter prudencial y de estabilidad financiera que corresponde a la SBS. Para que proceda la operación se deberá contar con la autorización de ambas entidades, cada una en el ámbito de su competencia.

No obstante, de tratarse de operaciones de concentración empresarial que involucren empresas del sistema financiero que presenten riesgos relevantes e inminentes que comprometan la solidez y/o estabilidad de dichas empresas y/o del sistema que las integran, solo se requiere la evaluación previa de la SBS.

Ahora bien, mediante Informe N° 033-2019-EF/65.02, la Dirección General de Mercados Financieros y Previsional Privado del Ministerio de Economía y Finanzas también propone la participación de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) a fin de resguardar las competencias de dicha entidad y la oportunidad de su participación en aquellas operaciones que sean consideradas objeto de evaluación en el marco del Proyecto. Así, los agentes económicos que lleven a cabo una operación de concentración empresarial tendrán claramente establecido la participación de la SMV, cuando sea esta la entidad que haya autorizado su funcionamiento.

En ese sentido, se dispone que la evaluación previa de operaciones de concentración empresarial de los agentes económicos a los que la SMV les hubiera otorgado autorización de funcionamiento debe ser efectuada por el INDECOPI sin perjuicio de las competencias que ejerce la SMV. Para que proceda la operación se deberá contar con la autorización de ambas entidades, cada una en el ámbito de sus competencias.

---

[24] Cabe acotar que dicho informe fue emitido en el marco de la elaboración del Proyecto de Ley N° 4110/2018-PE, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, mediante Oficio N° 073-2019-PR, con fecha 26 de marzo de 2019.

Inicio del procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial (artículos 17 al 20)

El artículo 17 dispone que antes del inicio del procedimiento de control previo los agentes económicos que participan en la operación de concentración empresarial pueden realizar consultas de carácter orientativo de manera individual o conjunta a la Secretaría Técnica, a fin de precisar si la operación se encuentra o no dentro del ámbito de aplicación de la norma. Cabe indicar que la opinión de la Secretaria Técnica no vincula a la Comisión en la toma de decisiones.

Por su parte, los artículos 18, 19 y 20 establecen quiénes son los agentes económicos obligados a presentar la solicitud de autorización, que el procedimiento de control previo que se inicia con la solicitud de autorización está sujeto al pago por derecho de tramitación, así como el trato de información confidencial y acceso al expediente de los procedimientos de investigación.

Fases del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial (artículo 21)

El artículo 21 establece que el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial está compuesto por una o dos fases, dependiendo de los efectos que pueda producir la operación de concentración empresarial objeto de análisis.

Así, si se determina que la operación no plantea un alto riesgo de generar una restricción significativa de la competencia, el procedimiento de evaluación previa concluye en la primera fase, que tiene un plazo máximo de treinta (30) días hábiles. De lo contrario, se da inicio a la segunda fase, que tiene un plazo máximo de noventa (90) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días hábiles adicionales.

Al respecto, cabe resaltar que los plazos para realizar la evaluación están dentro de lo recomendado por la ICN, según la cual los periodos iniciales de revisión deberían expirar dentro de seis semanas o menos, mientras que los periodos extendidos deberían ser concluidos o estar en la capacidad de completarse dentro de seis meses o menos a partir de la remisión de la notificación inicial[25].

Además, dichos plazos son similares a los establecidos en otros países de la región y Estados Unidos, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 3. Legislación comparada: Plazos para realizar evaluación

Perú (artículo 21 del Proyecto de Decreto de Urgencia)	- Si operación no plantea un alto riesgo de generar una restricción significativa de la competencia: hasta 30 días. - Si operación plantea un alto riesgo de generar una restricción significativa de la competencia: hasta 120 días.
Chile (artículo 54 de la Ley 20.945)	- Si operación no reduce la competencia: hasta 30 días.

[25] "Implementation of the ICN's Recommended Merger Practices: A Work-in-(Early)-Progress". Obtenido en <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Jul05_Rowley7_28f.pdf> el 21 de febrero del 2019.

	- Si operación puede reducir sustancialmente la competencia: hasta 120 días.
Colombia (artículo 10 de la Ley 1340 de 2009)	- Si no existen riesgos sustanciales para la competencia: hasta 30 días. - Si existen riesgos sustanciales para la competencia: hasta 135 días.
México (artículo 90 de la Ley Federal de Competencia Económica)	- Emisión de resolución que autoriza, objeta o condiciona operación de concentración: hasta 60 días. - Si Comisión necesita información adicional o los agentes notificantes presentan condiciones para corregir riesgos observados por la Comisión: hasta 100 días.
Estados Unidos (*§18a. Premerger notification and waiting period* de la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976)	- Si se presenta una *cash tender offer* o bancarrota: 15 días a partir de la notificación. - Periodo inicial de espera: 30 días a partir de la notificación. - Si autoridad necesita más información: 40 días a partir del envío de la información adicional.

Inejecución de las operaciones de concentración empresarial sujetas a evaluación previa (artículo 22)

El artículo 22.1 establece que la ejecución de las operaciones de concentración empresarial se suspende hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de evaluación previa.

En ese sentido, el artículo 22.2 precisa que la ejecución de una operación de concentración empresarial sin haber presentado la solicitud de autorización correspondiente o sin haber esperado hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo, acarrea la nulidad de los actos que se deriven de dicha ejecución, los cuales no surtirán efectos jurídicos, sin perjuicio de las consecuencias legales que se apliquen, según lo previsto por la ley y su Reglamento.

Dichas reglas son similares a las establecidas en otros países de la región y Estados Unidos, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 4. Legislación comparada: Inejecución de las operaciones de concentración

Perú (artículo 22 del Proyecto de Decreto de Urgencia)	La ejecución de las operaciones de concentración empresarial se suspende hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de evaluación previa.
Chile (artículo 49 de la Ley 20.945)	Los agentes económicos que proyecten concentrarse no podrán perfeccionar las operaciones de concentración que hubieren notificado a la Fiscalía Nacional Económica, las que se entenderán suspendidas desde el acto de su notificación hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente.

Colombia (artículo 13 de la Ley 1340 de 2009)	La autoridad podrá, previa la correspondiente investigación, determinar la procedencia de ordenar la reversión de una operación de integración empresarial cuando ésta no haya sido informada o se haya realizado antes de cumplido el término que tenía la autoridad para pronunciarse.
México (artículo 86 de la Ley Federal de Competencia Económica)	La norma nombra las concentraciones que deberán ser autorizadas por la Comisión antes de que se lleven a cabo. Posteriormente, la norma indica que los actos realizados en contravención de dicho artículo no producirán efectos jurídicos. Dichos actos tampoco podrán registrarse en los libros corporativos, formalizarse en instrumentos jurídicos ni inscribirse en el Registro Público de Comercio hasta que se obtenga la autorización favorable de la Comisión.
Estados Unidos (*§18a. Premerger notification and waiting period* de la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976)	Ninguna persona adquirirá directa o indirectamente algún valor o activo con derecho a voto de alguna otra persona, a menos que ambas presenten una notificación previa y el periodo de espera haya expirado. La FTC y el Fiscal General adjunto pueden, en casos individuales, terminar el periodo de espera y permitir que cualquier persona proceda con cualquier adquisición.

Asimismo, en lo que se refiere a operaciones de concentración empresarial en el mercado de valores, mediante Informe N° 033-2019-EF/65.02, la Dirección General de Mercados Financieros y Previsional Privado del Ministerio de Economía y Finanzas señala que la Oferta Pública de Adquisición (OPA) es una operación que tiene como propósito garantizar que, cuando se produzca una adquisición o incremento de participación significativa[26], todos los accionistas puedan participar en la prima que con tal motivo se pueda ofrecer[27]. Es así que la normativa que regula la OPA establece supuestos específicos en los que es

[26] En la Resolución Conasev N° 00009-2006, que aprueba el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión, se define como participación significativa a: toda propiedad directa o indirecta de acciones con derecho a voto que represente un porcentaje igual o superior al veinticinco por ciento del capital social de una sociedad que tenga al menos una clase de acciones con derecho a voto representativas de su capital social inscritas en una bolsa. También se considera participación significativa la facultad que posee una persona o grupo de personas de, sin tener propiedad directa o indirecta, ejercer el derecho a voto de acciones con derecho a voto que represente un porcentaje igual o superior al veinticinco por ciento del capital social de una sociedad o, acarree que el adquirente alcance una cantidad de acciones o tenga la potestad de ejercer los derechos políticos de acciones, en una cantidad tal que en cualquiera de los dos últimos supuestos le permita: i) remover, o designar a la mayoría de los directores, ii) modificar los estatutos de la sociedad.

[27] Artículo 2 del Reglamento de OPA.

obligatoria su ejecución[28]. Asimismo, establece la oportunidad de llevar a cabo la OPA[29], y según estas, la denomina OPA posterior y OPA previa.

El proceso de OPA, comprende entre otras etapas, el de realizar la negociación de los valores en rueda de bolsa, el cual se encuentra sujeta a distintas garantías y principios que buscan asegurar la transparencia y confianza en dicho sistema centralizado de negociación. Una de dichas garantías es la irreivindicabilidad de los valores que se negocien en rueda de bolsa, conforme a lo establecido en el artículo 115° de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861[30].

Teniendo en cuenta lo anterior, la operación de OPA se encontraría en una situación de incertidumbre respecto a su ejecución si estuviera sujeta al pronunciamiento previo de la autoridad competente.

Es así, que podría darse el supuesto que una OPA ya liquidada, en el marco de la normativa de mercado de valores que regula su ejecución, se deje sin efecto por la decisión final de INDECOPI debido a consideraciones relacionadas a la competencia en el mercado. Deshacer una operación de este tipo, realizada en rueda de bolsa, conlleva altos costos financieros para los partícipes; además, de generar efectos negativos en la confianza del mercado de valores, deteriorando así las garantías y principios de la negociación en rueda bolsa.

En ese sentido, en el caso de una concentración empresarial a través de una OPA, el artículo 22.3 establece que la evaluación del INDECOPI se realice previamente a la operación de la OPA, teniendo en cuenta la inmediatez de este tipo de operaciones; además, evitar la filtración y uso de información privilegiada.

Recurso de apelación (artículo 25)

El artículo 25 establece que, si se deniega la autorización de la operación de concentración empresarial o incluso si se autoriza con condiciones, los agentes económicos solicitantes pueden interponer recurso de apelación contra la resolución emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en un plazo de quince (15) días hábiles.

---

28 Artículo 4.- Obligación de efectuar OPA
La adquisición o incremento de participación significativa genera la obligación de efectuar una OPA siempre que:
a) Se trate de una transferencia a título oneroso;
b) La sociedad objetivo tenga al menos una clase de valores con derecho a voto o susceptibles de otorgar derecho a voto, inscritas en el Registro;
c) Acarree que el adquirente alcance o supere una participación de 25%, 50% ó 60% en el capital social de la sociedad objetivo o que adquiera una cantidad de acciones o tenga la potestad de ejercer los derechos políticos de acciones, en una proporción tal que en cualquiera de dichos supuestos le permita: i) remover o designar a la mayoría de los directores, o ii) modificar los estatutos de la sociedad y,
d) No se encuentre incluida en ninguna de los supuestos del artículo 10.

29 Artículo 6.- Oportunidad de la OPA
La OPA deberá llevarse a cabo:
a) En forma posterior a la adquisición o al incremento de participación significativa cuando: (i) se haya realizado de manera indirecta, (ii) como consecuencia de una oferta pública de venta, (iii) a través del procedimiento señalado en el artículo 8.
En estos casos, la OPA debe formularse sobre el porcentaje de valores que resulte de la aplicación de la fórmula señalada en el Anexo I. El precio y el plazo para la realización de la oferta, en estos casos, se rigen por las disposiciones del Título IV.
b) En forma previa a la adquisición o al incremento de participación significativa, en todos los demás casos. En estos casos, la OPA debe formularse sobre el número de valores que se pretende adquirir.

30 Artículo 115.- Son irreivindicables los valores que se negocien en los mecanismos centralizados regidos por esta ley.
Ello no exime al agente de intermediación que intervino en la operación de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones que le conciernen.

El artículo 39 de Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, establece que el plazo máximo del procedimiento administrativo de evaluación previa no puede exceder de 30 días hábiles, salvo que por ley o decreto legislativo se establezcan procedimientos cuyo cumplimiento requiera una duración mayor.

El artículo 7 del Proyecto de Decreto de Urgencia establece los aspectos que la autoridad investigadora debe tener en cuenta durante el proceso de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, aspectos que por su alto nivel de complejidad pueden requerir de un plazo mayor a 30 días hábiles para poder ser evaluados de manera adecuada. Esta característica particular del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial es la que justifica la necesidad de establecer un procedimiento con una o dos fases, dependiendo precisamente de la complejidad del caso.

Por otro lado, el análisis del recurso de apelación requiere, además del análisis de la estructura del mercado involucrado, el poder económico y financiero de las empresas involucradas, la creación o fortalecimiento de una posición de dominio y la generación de eficiencias económicas, evaluar los cuestionamientos formulados en la interposición de dicho recurso, para finalmente determinar si se confirma o no la resolución de la primera instancia.

Por tal motivo, se precisa que el Tribunal del INDECOPI debe pronunciarse en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles y que su resolución pone fin a la sede administrativa.

Infracciones y sanciones (artículos 26 a 29)

El artículo 26 establece que las infracciones a la norma pueden ser leves, graves y muy graves y precisa que las infracciones se configuran en los siguientes supuestos:

Infracciones leves:

a. No presentar la solicitud de autorización mediante el procedimiento de control previo, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto de urgencia.
b. No suministrar al órgano competente la información requerida por éste en el plazo previsto.

Infracciones graves

a. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de haber sido sometida al procedimiento de control previo.
b. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de que se emita la resolución del órgano competente.
c. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de que se produzca el silencio administrativo positivo.

Infracciones muy graves

a. Incumplir o contravenir una condición, un acuerdo o un compromiso establecido en una resolución emitida en aplicación del presente decreto de urgencia.
b. Ejecutar una operación de concentración empresarial habiendo sido denegada su autorización.

c. Obstruir a través de cualquier modalidad la labor de investigación que realice el órgano competente respecto de una operación de concentración empresarial.
d. Suministrar información incompleta, incorrecta, adulterada, engañosa o falsa al órgano competente.

Es relevante precisar que el texto sustitutorio aprobado en el pleno del Congreso de la República el 2 de mayo de 2019 calificó la conducta infractora consistente en *"No suministrar al órgano competente la información requerida por éste en el plazo previsto"* como infracción muy grave. No obstante, en aplicación del principio de razonabilidad recogido en el Título Preliminar del TUO de la LPAG[31], corresponde modificar la calificación de la referida conducta como infracción leve. Ello, en tanto el incumplimiento de brindar información a la autoridad competente perjudica no genera impacto en los bienes jurídicos protegidos por el decreto de urgencia, sino que incide directamente en el administrado que busca obtener la opinión favorable de la autoridad para que la operación sea aprobada. De esta forma, no resulta razonable ni proporcional aplicar la máxima sanción administrativa a la referida conducta.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC, ha señalado que *el principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo.* Asimismo, ha señalado *que "es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas".* Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial del máximo intérprete de la Constitución Política, se realizó la modificación de la calificación de la infracción antes descrita.

Por su parte, el artículo 27 establece que las infracciones administrativas se sancionan mediante la imposición de multas sobre la base de la Unidad Impositiva Tributaria, de acuerdo con los criterios y límites establecidos en el Decreto Legislativo Nº 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

De otro lado, el artículo 28 dispone para efectos de determinar la gravedad de la infracción se aplican los criterios establecidos en el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que resulte aplicable, así como en el Reglamento.

Por último, respecto al artículo 29, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Ley de Antimonopolio y Antioligopolio en el Sector Eléctrico establecen un plazo de 5 años para la prescripción tanto de conductas

---

31 Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo
Principio de razonabilidad.- *Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.* (Subrayado agregado)

anticompetitivas como de infracciones en la evaluación de operaciones de concentración.

Estos plazos se fundamentan en la naturaleza del tipo de infracción evaluada, cuya complejidad y detección ameritan un tiempo adecuado para que la autoridad pueda advertir la conducta infractora y reunir los elementos de juicio suficientes para iniciar - de ser el caso - el procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

En esa línea, el plazo de prescripción propuesto por el Proyecto de Decreto de Urgencia (4 años) es acorde con los plazos que actualmente maneja la agencia de competencia, generando de este modo una armonía en las reglas establecidas tanto para el control de conductas como para el control de estructuras. Así, siendo además que ambas materias involucran bienes jurídicos afines, se requiere manejar plazos similares para nos trastocar los objetivos de ambas normas.

Medidas correctivas (artículos 31 y 32)

El artículo 31 establece que, si la Comisión de Defensa de la Libre Competencia comprueba que la operación de concentración empresarial ha sido ejecutada sin su autorización o incumpliendo alguna de las condiciones establecidas para su ejecución, puede ordenar, como medida correctiva, que los agentes económicos involucrados disuelvan la operación de concentración empresarial, mediante la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, hasta que quede restablecida la situación previa a la ejecución de la operación de concentración empresarial.

Con la finalidad de garantizar la aplicación de las medidas correctivas, el artículo 32 establece que, en caso de incumplimiento, la Comisión puede imponer una multa coercitiva equivalente a ciento veinticinco (125) UIT y que, en caso de persistir el incumplimiento, la Comisión puede imponer 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 16 veces el monto de la multa coercitiva originalmente impuesta.

Silencio administrativo positivo

El numeral 24.5 del artículo 24 establece, en caso de que dentro del plazo legal previsto, el órgano competente no emita pronunciamiento expreso, corresponde la aplicación del silencio administrativo positivo.

El fundamento de esta regla consiste en no afectar la eficiencia económica en los mercados como consecuencia de la demora de la Administración Pública. Al respecto, cabe recordar que el tiempo es un factor determinante para las operaciones de concentración empresarial, al igual que para la mayoría de operaciones financieras.

Asimismo, cabe resaltar que esta regla es coherente con el hecho que la gran mayoría de operaciones de concentración empresarial termina siendo autorizada por las autoridades de competencia. En efecto, de acuerdo a las estadísticas,

más del 95% de las fusiones notificadas en Europa y Estados Unidos son aprobadas en la primera fase[32].

Como se indicó anteriormente, existen jurisdicciones que prohíben el cierre de la operación de concentración empresarial hasta que haya habido oportunidad de que la autoridad investigadora revise la transacción ("*suspensive jurisdictions*"). En estos casos, la ICN recomienda que las partes tengan la libertad de consumar las transacciones debidamente notificadas al vencimiento de los periodos de espera, a menos que la autoridad de competencia tome medidas formales para extender estos periodos. Por esta razón, es necesario que la evaluación sea lo más ágil posible, puesto que la operación de concentración empresarial, durante el tiempo que dure la evaluación, no prospera.

Al respecto, cabe resaltar que Chile, Colombia, México, Argentina y Estados Unidos consideran el silencio administrativo positivo en sus respectivas legislaciones, como se detalla en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 5. Legislación comparada: Silencio administrativo positivo

Perú (artículo 24 del Proyecto de Decreto de Urgencia)	Si dentro del plazo legal previsto el órgano competente no emite pronunciamiento expreso, corresponde la aplicación del silencio administrativo positivo, dando por concluido el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial.
Chile (artículo 54 de la Ley 20.945)	Cumplido el plazo establecido sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata.
Colombia (artículo 10 de la Ley 1340 de 2009)	Si transcurridos tres (3) meses desde el momento en que los interesados han allegado la totalidad de la información la operación no se hubiere objetado o condicionado por la autoridad de competencia, se entenderá que esta ha sido autorizada.
México (artículo 90 de la Ley Federal de Competencia Económica)	Concluido el plazo sin que se emita resolución, se entenderá que la Comisión no tiene objeción en la concentración notificada.
Argentina (artículo 15 de la Ley 27442)	Transcurrido el plazo previsto en el artículo 14 de la presente ley sin mediar resolución al respecto, la operación se tendrá por autorizada tácitamente.
Estados Unidos (*§18a. Premerger notification and waiting period* de la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976)	Ninguna persona adquirirá directa o indirectamente algún valor o activo con derecho a voto de alguna otra persona, a menos que ambas presenten una notificación previa y el periodo de espera haya expirado.

Por último, cabe señalar que el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial no se encuentra en ninguno de los supuestos a los que resulta aplicable el silencio administrativo negativo regulado en el artículo 38 del TUO de la LPAG, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

[32] OCDE (2016). "Local nexus and jurisdictional threshold in merger control", obtenido en <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2016)4&docLanguage=En> el 5 de marzo de 2019.

Prohibición de interferencia en el ejercicio de las funciones (Primera Disposición Complementaria Final)

Sobre la base del texto sustitutorio aprobado en el pleno del Congreso de la República el 2 de mayo de 2019 y la evaluación de las implicancias constitucionales de la Primera Disposición Complementaria Final referida a la prohibición de interferencia en el ejercicio de las funciones, se precisó la redacción en los siguientes términos:

> *"Las decisiones de los funcionarios a cargo de la resolución de los procedimientos de autorización previa se discuten únicamente a través del recurso de apelación ante el Tribunal del Indecopi o en la vía del proceso contencioso administrativo en vía judicial, según corresponda, no siendo procedente para ello la interposición de demandas civiles o denuncias penales"*

Esta propuesta responde a que el Tribunal Constitucional ha reconocido que la tutela judicial efectiva persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión[33]. Por otro lado, si bien se ha facultado al legislador a definir las condiciones para el acceso a la justicia, ello no puede constituir un obstáculo que afecte el contenido esencial de ese derecho fundamental[34].

A partir de estas consideraciones, se aprecia que la Primera Disposición Complementaria Final propuesta en el texto sustitutoria podría vulnerar la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia pues anula de manera total su ejercicio al establecer que "[n]o procede la interposición de acciones civiles o penales contra los funcionarios a cargo de la resolución de los procedimientos de autorización previa por el ejercicio de sus funciones. (...)".

Aplicación supletoria del TUO de la LPAG (Segunda Disposición Complementaria Final)

Es relevante precisar que, sobre la base del texto sustitutorio aprobado en el pleno del Congreso de la República el 2 de mayo de 2019 y la reconsideración solicitada por la presidenta de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera[35], se precisa la redacción de la Segunda Disposición Complementaria Final originalmente propuesto, en tanto el artículo II del Título Preliminar del TUO de la LPAG reconoce su carácter como: i) norma común para las actuaciones de la función administrativa del Estado, y; ii) porque las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la LPAG.

En ese sentido, al contener el TUO de la LPAG las condiciones mínimas favorables para los administrados, toda ley debe ser respetuosa de dicha regla, por lo cual si bien pudiera el TUO de la LPAG resultar de aplicación supletoria

---

33 Confrontar con el Fundamento Jurídico 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0763-2005-AA.

34 Confrontar con el Fundamento Jurídico 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2438-2005-PA.

35 Según información registrada en el portal institucional del Congreso de la República.

por la especialidad del presente decreto de urgencia, ello no implica desconocer la mencionada regla que contiene una garantía mínima, cuyo objeto es resguardar la protección de las garantías procedimentales, reconocidas a partir de su proyección en sede jurisdiccional (artículo 139 de la Constitución) sobre el ámbito administrativo.

Asimismo, una interpretación como la expresada permite armonizar la aplicación del presente decreto de urgencia con el TUO de la LPAG como norma común para la actuación de la función administrativa del Estado y como parámetro que contiene las condiciones mínimas favorables para los administrados, resguardando así los principios de concordancia práctica y función integradora[36].

Financiamiento (Novena Disposición Complementaria Final)

Mediante Informe N° 043-2019-EF/50.04[37], la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas propuso la inclusión de una Disposición Complementaria Final referida al financiamiento con la finalidad de no contravenir el Principio de Equilibrio Presupuestario, dispuesto en el artículo 78 de la Constitución Política del Perú, y el punto 1 del numeral 2.1 del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

Por lo tanto, se dispone que la implementación de la norma se financia con cargo al presupuesto institucional del INDECOPI, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público. Para tal efecto, se exceptúa al INDECOPI, durante el año fiscal 2019, de las restricciones establecidas en el numeral 8.1 del artículo 8 y el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley N° 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019, lo cual no exceptúa de la opinión previa favorable de la Dirección General de Presupuesto Público y de la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos prevista en el numeral 9.1 del citado artículo 9.

II. ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO

La presente sección identifica los costos y beneficios de la propuesta. Al respecto, entre los beneficios advertidos se encuentran los siguientes:

En primer lugar, la propuesta contribuye con la promoción de la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, lo cual genera efectos positivos en el consumo y en la producción. Ello porque a través del procedimiento de evaluación previa se garantiza que no se autorizarán operaciones de concentración empresarial que generen una restricción significativa de la competencia y, sin embargo, no se demuestre la existencia de eficiencias económicas que compensen dichos efectos.

En segundo lugar, el acopio de información por parte de las empresas involucradas en las operaciones de concentración empresarial les otorga una oportunidad adicional para conocer las implicancias de la operación. En ciertos casos, los costos

---

36 Confrontar con el Fundamento Jurídico 12 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 5854-2005-AA.

37 Cabe acotar que dicho informe fue emitido en el marco de la elaboración del Proyecto de Ley N° 4110/2018-PE, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, mediante Oficio N° 073-2019-PR, con fecha 26 de marzo de 2019.

(ya sea de transacción o de adaptación entre las culturas de las empresas) son elevados[38] y podrían no compensar los beneficios de la fusión para las empresas.

En tercer lugar, se genera mayor confianza hacia los mercados ante operaciones de concentración empresariales. Ello porque, después de cada evaluación, sin importar el resultado que se obtenga, los consumidores sabrán que la fusión fue evaluada previamente y validada por la autoridad de competencia.

Finalmente, a través del procedimiento de evaluación previa, el Estado conoce los eventuales cambios en la estructura de los mercados. Ello contribuirá a un mejor diagnóstico y seguimiento de la evolución del comportamiento de os mercados. Así, por ejemplo, se podrán detectar barreras de entrada que requieran acciones destinadas a removerlas o reducirlas, o se podrá prevenir e investigar oportunamente la realización de conductas anticompetitivas.

De otro lado, en relación a los costos que implicaría el control de concentraciones empresariales, se indica lo siguiente:

La introducción de un control previo y obligatorio para los actos de concentración empresarial implica el riesgo de que se prohíban operaciones de concentración con efecto neto positivo sobre el bienestar social (error de tipo I), lo cual impediría un potencial mayor bienestar de los consumidores. Ello podría restringir la capacidad del Perú para competir a nivel internacional, al limitar o prohibir fusiones que implicarían alcanzar economías de escala, transferencia tecnológica e innovación.

Al respecto, es posible que el INDECOPI enfrente dificultades relacionadas a información incompleta o asimétrica, lo cual eleva la probabilidad de que la agencia cometa errores en sus decisiones. En efecto, la información relevante puede ser inexistente o incompleta, ya sea por problemas en la especificación de la información relevante o por la imposibilidad de observar determinada información necesaria para la toma de decisiones.

Asimismo, se afecta la actividad productiva al generar costos de tramitación y sustentación de las solicitudes de autorización previa. Además, se añade incertidumbre a las operaciones entre particulares toda vez que la operación de concentración dependerá de la evaluación que realizará el INDECOPI.

Adicionalmente, se generan costos al Estado en tanto el INDECOPI debe adoptar una nueva reglamentación, procedimientos y metodologías para la implementación del control de concentraciones empresariales. Estas nuevas tareas y obligaciones implican la necesidad de contar con un mayor número de recursos humanos.

Al respecto, la OCDE ha señalado lo siguiente[39]:

> *"Para aplicar de una manera eficaz la normativa de competencia es fundamental contar con medios humanos y financieros suficientes. (...) Por tanto, el Indecopi debería aumentar sus recursos humanos y asignar una parte suficiente de su presupuesto a labores de defensa de la competencia. Si el control de concentraciones pasase a ser competencia del Indecopi será necesario un aumento muy superior y una mayor especialización en asuntos económicos, lo que exigiría la contratación de más economistas, sobre todo de especialistas en economía de la organización industrial."*

---

38 McKinsey (2004), "When mergers go wrong". Obtenido en <https://www.mckinsey.com/business-functions/strategy-and-corporate-finance/our-insights/where-mergers-go-wrong> el 21 de febrero de 2019.

39 OCDE (2018) Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú.

Finalmente, el balance entre los costos y beneficios de la propuesta indica que las ganancias económicas compensan el costo de la regulación propuesta, siendo que el beneficio neto posterior a la entrada en vigencia de la norma será mayor al beneficio neto previo.

III. ANÁLISIS DE IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Los principios constitucionales peruanos proclaman un sistema económico social de libre mercado[40] basado en la libertad de competencia y en la participación en los mercados de los agentes privados. Asimismo, se asigna al Estado la misión de corregir las fallas que puedan surgir en el mismo, con el objetivo de optimizar la asignación de recursos y aumentar los niveles de bienestar económico[41].

La libre competencia constituye un bien jurídico que debe ser protegido, de ahí la obligación del Estado de sancionar las prácticas que la limitan y el abuso de la posición de dominio.

Kresalja y Ochoa (2009)[42] expresan que *"la libertad de competencia es una facultad inderogable del empresariado y motor del Sistema económico de mercado. No es solo un derecho, sino una obligación, que entre nosotros tiene consagración constitucional tanto implícita como explícita: la primera cuando en su artículo 58 señala que la iniciativa es libre y se ejerce en una economía social de mercado, y cuando en el artículo 59 garantiza la libertad de empresa; y explícita cuando en su artículo 61 afirma que el Estado facilita y vigila la libre competencia y combate las prácticas que limiten y el abuso de posición de dominio".*

Así mismo el Tribunal Constitucional[43] se ha pronunciado en el sentido que la libre competencia constituye un bien jurídico protegido, un principio ordenador del mercado, un derecho fundamental y manifestación de orden público económico, y en general elemento distintivo del modelo de economía social de mercado establecido en el régimen económico de la Constitución Política.

El Tribunal Constitucional valora positivamente el ejercicio de la libre iniciativa privada, la libertad de empresa, el derecho de propiedad y la libre contratación que se reconoce a favor de los agentes económicos y que deben ser ejercidos sin distorsionar la libre competencia, caso contrario se faculta al legislador para limitar tales libertades y derechos en aquellos supuestos en los que su ejercicio pueda causar un perjuicio a la libre competencia. Esta limitación se sustenta en el hecho que el Estado privilegia el interés público sobre el interés privado. Considerando además que *la limitación permitida debe ser ejercida de manera racional, proporcional y en armonía con la finalidad pública que persiguen estos derechos, lo cual implica que los recursos escasos de una sociedad se asignen de manera eficiente generando mayor riqueza e incentivando el desarrollo económico de la sociedad en su conjunto*[44].

---

40 **Constitución Política del Perú de 1993. "*Artículo 58.-*** *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".*

41 **Constitución Política del Perú de 1993. "*Artículo 61.-*** *El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)"*

42 Kresalja, Baldo y Ochoa, Cesar. Derecho Constitucional Económico, PUCP, Primera edición, Lima 2009, p.494.

43 Sentencias del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03116-2009-PA/TC del 10 de agosto del 2009 y en el Expediente N° 014-2009-PI/TC del 25 de agosto del 2010.

44 Gómez Apac, Hugo y Zúñiga Palomino, Mario. Propiedad Libertad de Contratación y Libre Competencia. En Revista de Economía y Derecho. Volumen 2, N° 6, Otoño 2005 pp. 93 a 99.

Se ha determinado que la implementación de un control de concentraciones empresariales en el Perú, supera el *análisis de idoneidad* debido a que se establece un mecanismo de evaluación previa de concentración empresarial que analiza el impacto de la concentración en los mercados, teniendo en consideración las eficiencias económicas que podrían implementarse y su ponderación con una eventual disminución de la competencia.

Así mismo supera el *análisis de necesidad* dado que las normas de control de conductas, eliminación de barreras burocráticas y de control de concentraciones son dispositivos complementarios entre sí, en la medida que buscan promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, mediante una protección en distintos grados y frente a distintos supuestos.

Además, también supera el *análisis de proporcionalidad* por cuanto se aplicaría el control previo únicamente a aquellas operaciones de concentración empresarial que superen determinado umbral, prohibiendo o condicionando aquellas que afecten la eficiencia económica en los mercados y, como consecuencia de ello, reduzcan el bienestar de los consumidores. En ese sentido, el presente decreto de urgencia es acorde con la norma constitucional.

De otro lado, se prevé una disposición complementaria modificatoria orientada a adecuar las funciones de INDECOPI y, en específico de la Comisión de Libre Competencia, previstas en el 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, que viabilice la aplicación del decreto de urgencia.

Finalmente, una vez que entre en vigencia el presente Decreto de Urgencia se prevé que derogue la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, con excepción del artículo 13 que modifica el artículo 122 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas. Ello, en tanto dicho marco normativo regula aspectos del proceso de control de fusiones que será reemplazado por las reglas del decreto de urgencia.