

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

La constitucionalidad de la revisión de oficio de concentraciones empresariales en el marco de la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

*Adrián Emilio Marchand Rivera*

Asesor:

*Lucio Andrés Sánchez Povis*


Lima, 2024

## Informe de Similitud

Yo, LUCIO ANDRES SANCHEZ POVIS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “La constitucionalidad de la revisión de oficio de concentraciones empresariales en el marco de la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial”, del autor(a) ADRIÁN EMILIO MARCHAND RIVERA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 26%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 10/12/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de diciembre del 2024

<u>LUCIO ANDRES SANCHEZ POVIS</u>	
<u>DNI: 43460854</u>	 Firma:
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0002-2974-5597">https://orcid.org/0000-0002-2974-5597</a>	

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación analiza la constitucionalidad de la potestad de revisión de oficio de operaciones de concentración incorporada en la nueva ley de concentraciones empresariales peruana, Ley 31112, así como en su reglamento respectivo. En una primera sección se expondrán los principales argumentos doctrinarios acerca de la constitucionalidad de la incorporación de la actuación de oficio de la autoridad de competencia peruana frente a concentraciones que no superen los umbrales para el control previo. En una segunda sección se analizarán críticamente los argumentos identificados, entre los cuales destacan la vulneración al principio de jerarquía normativa a través de la incorporación reglamentaria de una nueva potestad no establecida en la Ley 31112, la afectación al derecho de propiedad y libertad contractual, y el riesgo de la influencia de factores exógenos en la aplicación de esta facultad por parte de la autoridad de competencia peruana. En una tercera sección se brindará un análisis sobre esta nueva evolución del régimen de control de concentraciones peruano, complementado con la revisión de la experiencia comparada, con el objetivo de determinar si la incorporación de la revisión de oficio modifica el establecido régimen de control previo en nuestro ordenamiento hacia uno que incorpore el control posterior general. Finalmente, en las principales conclusiones de esta investigación se afirmará que la incorporación de la actuación de oficio posterior frente a concentraciones que no superen el umbral mínimo no implica una vulneración al principio de jerarquía, y que se mantiene la vigencia del régimen de control previo.

### **Palabras clave**

Competencia, concentración empresarial, constitucionalidad, actuación de oficio

## ***ABSTRACT***

This research work analyzes the constitutionality of the new faculty of ex officio investigations of economic concentrations incorporated on the Ley 31112, the Peruvian economic concentration law and Regulation. The first section will identify the central legal arguments surrounding the constitutionality of the Peruvian competition agency's ex officio investigative powers of concentrations that do not surpass the legal threshold for ex ante revision. The second section of this work will analyze the identified arguments, which center on the violation of the normative hierarchy by incorporating in the regulation of Ley 31112, new investigative powers not initially considered on the law; the infringement of property rights and the possible risk of exogenous factors influencing the Peruvian competition agency's investigative powers. The third section of this work will analyze this new evolution of the Peruvian concentration law and determine whether the incorporation of ex officio investigative powers modify the established Peruvian ex ante regulation regime towards an ex post regulation model. The conclusions of this work will affirm that the incorporation of ex officio investigative powers of economic concentrations that do not surpass the legal threshold for ex ante revision by the Peruvian competition agency is constitutional, as it does not violate normative hierarchy or property rights.

### ***Keywords***

Competition law, economic concentration, constitutionality, ex officio investigations

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>3</b>
<b>II. La constitucionalidad del control posterior de concentraciones por parte de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia establecida en el Reglamento de la Ley 31112</b>	<b>6</b>
<b>2.1. Argumentos en contra del Reglamento de la Ley 31112</b>	<b>7</b>
<b>2.2. Argumentos a favor del Reglamento de la Ley 31112</b>	<b>9</b>
<b>III. Cuestionamientos a los argumentos identificados</b>	<b>10</b>
<b>3.1. La vulneración al principio de jerarquía normativa, el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad contractual</b>	<b>11</b>
<b>3.2. El riesgo de la influencia de factores exógenos en la aplicación de la revisión de oficio de operaciones de concentración empresarial</b>	<b>16</b>
<b>IV. El particular régimen de control de concentraciones peruano y la experiencia comparada</b>	<b>17</b>
<b>4.1. La revisión posterior de concentraciones consolidadas como regla excepcional</b>	<b>17</b>
<b>4.2. La experiencia chilena</b>	<b>18</b>
<b>4.3. La experiencia canadiense</b>	<b>21</b>
<b>V. CONCLUSIONES</b>	<b>23</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>27</b>

## **I. INTRODUCCIÓN**

El 11 de octubre de 2022, la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada una demanda de acción popular contra el Reglamento de la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, específicamente contra los artículos 23 y 24, con el objetivo de declarar su respectiva inconstitucionalidad e ilegalidad. Según los fundamentos de la demanda, los mencionados preceptos otorgaron al INDECOPI una potestad que desborda lo establecido en la Ley 31112, vinculada a la posibilidad de revisión de oficio y posterior al respectivo cierre, de las operaciones de concentración empresarial que no superen los límites previstos en la mencionada Ley, lo que materialmente implica una potestad de control posterior de concentraciones empresariales que excede el mandato contenido en la Ley. Evidentemente, esta demanda de acción popular constituye un caso de relevancia en el sector del control de estructuras, al criticar un aspecto novedoso de la vigente ley de concentraciones empresariales en el ordenamiento jurídico peruano, vinculado a la revisión de oficio de concentraciones empresariales perfeccionadas a pesar de que no hayan requerido ser notificadas a la agencia de competencia peruana.

En este sentido, a continuación se presentará el estado de la cuestión sobre el control previo de concentraciones empresariales a fin de dilucidar el problema a analizar en este trabajo de investigación. A nivel normativo, la Ley 31112 es la tercera evolución del régimen jurídico peruano de control previo de concentraciones empresariales, inicialmente concebido de manera exclusiva para el sector eléctrico a través de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Según el Artículo 1 de la Ley 31112, esta nueva evolución normativa tiene como principal innovación la expansión del control previo de concentraciones en todos los sectores económicos con el objetivo de promover la competencia efectiva en los mercados. Asimismo, a través del Artículo 6, se actualizan los umbrales de notificación obligatoria de las operaciones de concentración en virtud del valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de las empresas involucradas, se habilita la posible actualización justificada de los umbrales establecidos, y se incorpora una nueva potestad a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI de poder actuar de oficio frente a operaciones de

concentración cuando existan indicios razonables de su afectación a la competencia efectiva en el mercado relevante. Dicha potestad de actuación de oficio se desarrolla con mayor profundidad en el Reglamento de la Ley 31112, cuyo Artículo 23 reconoce que la Secretaría Técnica de la Comisión puede revisar aquellas operaciones de concentración comprendidas en la Ley, inclusive si no alcanzan los umbrales de notificación expresamente determinados, cuando existan circunstancias especiales que demuestren indicios razonables de afectación a la competencia efectiva o la generación de posiciones de dominio.

A nivel doctrinario, la particular redacción del mencionado artículo ha generado controversia respecto a la interpretación de la potestad de actuación de oficio. Para Pierino Stucchi el reconocimiento de la actuación de oficio de la Secretaría Técnica frente a indicios de conductas anticompetitivas, supone un “exceso reglamentario que resulta ilegal debido a que supera el texto de la Ley” (2021, p.12). Frente a ello, Alliende Serra establece que el régimen establecido por la Ley 31112 consolida un procedimiento mixto, en el cual se reconoce la notificación obligatoria de las concentraciones que superen los umbrales de notificación establecidos, la notificación voluntaria de aquellas concentraciones que no superen dichos umbrales, y la posibilidad de una actuación de oficio por parte del INDECOPI en los casos de indicios razonables de afectaciones a la competencia vinculadas a operaciones no obligadas de ser notificadas a la Comisión (2020, p.284-285). Roca Lizarzaburu describe las condiciones que deben cumplir los sistemas de notificación obligatorio y voluntario que pueden aplicar los regímenes de control de concentraciones, siendo en el caso del sistema voluntario, la existencia de una norma antimonopolio notoria y facultades de oficio contra las concentraciones anticompetitivas (2018, p.149-150). Távara y Diez Canseco aportan al debate que toda legislación sobre control de fusiones debe superar la dicotomía entre la negación al control previo y la regulación absoluta de todas las operaciones de concentración, siendo lo esencial la adopción de un marco normativo razonable que incorpore un procedimiento de control transparente y remedios para mitigar aquellas concentraciones dañinas para la competencia (2003, p.172-173). Por otro lado, la OCDE, en sus Recomendaciones del Consejo para el Control de Fusiones, reconoce que todo régimen de control implementado en los Estados debe utilizar criterios claros y

objetivos para determinar si una fusión debe ser notificada o en casos donde aplique la notificación voluntaria, criterios que establezcan las razones por las cuales una fusión calificará para la revisión de oficio (2024, p.5). Finalmente, a nivel de jurisprudencia nacional, la Corte Superior de Justicia de Lima, respecto a la demanda de acción popular contra el Reglamento de la Ley 31112, ha reconocido la constitucionalidad del dispositivo normativo mencionado, e incluso ha reconocido que “esta potestad de actuación de oficio prevista en el numeral 6.4. de la Ley 31112, (...) desde un inicio estuvo recogido en el Proyecto de Ley N. 5913-2020-CR” (Poder Judicial, 2022, Fundamento 3.12.), revelando que la revisión de oficio ha sido una innovación previamente desarrollada en otros proyectos con el objetivo de reforzar el sistema de notificación voluntaria propio del régimen de control de estructuras peruano.

En base al estado de la cuestión mencionado, el problema que se abordará en este trabajo de investigación es si es posible afirmar la constitucionalidad de la Ley 31112 y su respectivo Reglamento frente a la incorporación de facultades de revisión de oficio posteriores al perfeccionamiento de operaciones de concentración, así como si dicha modificación implica la evolución del régimen de control previo de estructuras, con la incorporación de un control posterior exclusivamente en el caso de operaciones de concentración perfeccionadas que no superaron el umbral de notificación obligatorio.

Para abordar el mencionado problema, el presente trabajo de investigación seguirá la siguiente estructura. En la primera sección se identificarán los principales argumentos frente a la constitucionalidad de la actuación de oficio posterior frente a concentraciones que no superaron el umbral mínimo de notificación. En la segunda sección se brindará un análisis crítico sobre los argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de la actuación de oficio, principalmente, frente a los argumentos de vulneración al principio de jerarquía normativa, al derecho de propiedad y a la libertad contractual, y el riesgo de la influencia de factores exógenos al momento de ejercer la facultad de revisión de oficio por parte de la Secretaría Técnica. En la tercera sección se analizará el régimen de control de concentraciones peruano y sus principales características frente a las experiencias comparadas chilena y canadiense, y sustentaré mi posición a favor de establecer que el Reglamento de la Ley 31112 no incorpora

un nuevo régimen híbrido de control previo y posterior de operaciones de concentración empresariales, debido a que dicha revisión de oficio sólo aplica para supuestos excepcionales de operaciones en los cuales existen indicios relevantes de afectación a la competencia en los mercados, lo que implica que el principal mecanismo en el régimen control de estructuras peruano sigue siendo el control previo o *ex ante* centrado en la autorización por parte de autoridad nacional de competencia peruana, INDECOPI, de las operaciones de concentración notificadas antes de su perfeccionamiento en territorio peruano.

## **II. La constitucionalidad del control posterior de concentraciones por parte de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia establecida en el Reglamento de la Ley 31112**

La Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, establece en su artículo 6 inciso 4 la facultad de actuación de oficio de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de INDECOPI frente a operaciones de concentración en las que hayan indicios razonables de afectación a la competencia efectiva en el mercado relevante o generación de posiciones de dominio, incluso si suponen ser operaciones que no se sujetan al procedimiento de control previo por no superar el umbral de notificación establecido.

El Reglamento de la Ley 31112, en su artículo 23, establece que aquellos indicios razonables reconocidos en la Ley 31112 se encuentran en circunstancias especiales, entre las cuales se pueden mencionar operaciones de concentración horizontales realizadas por agentes económicos que anteriormente hayan perfeccionado concentraciones que involucraron la adquisición de un competidor o cualquier otra operación de concentración que tenga la potencialidad de generar posibles efectos restrictivos de la competencia. Esta facultad de revisión de oficio debe ser ejecutada hasta un año después del cierre formal de la operación de concentración en la que existen indicios de afectación.

Esta nueva facultad de revisión de oficio de operaciones de concentración concluidas o que no han superado los respectivos umbrales por parte de la Secretaría Técnica, sobre la cual el Reglamento especifica las circunstancias de aplicación, ha recibido una acogida particular en nuestro ordenamiento jurídico,

en la cual es posible discernir entre argumentos en contra de los criterios establecidos en el Reglamento, y a favor de su desarrollo y profundización de la Ley 31112. A continuación se identificarán los principales argumentos y posiciones.

### **2.1. Argumentos en contra del Reglamento de la Ley 31112**

La posición doctrinaria crítica establece que el Reglamento de la Ley 31112 desborda las facultades legalmente establecidas en el artículo 6 de la Ley de la Secretaría Técnica con respecto al control posterior de concentraciones, por lo cual dicha disposición normativa es inconstitucional y lesiva del principio general de legalidad.

Pierino Stucchi argumenta la existencia de un exceso reglamentario con respecto al desarrollo de las facultades de revisión de oficio establecidas en la Ley con respecto a las circunstancias especiales que habilitan su aplicación. En primer lugar, el autor afirma que la posibilidad de iniciar dicha revisión de oficio de una operación concluida, hasta un año después de su cierre formal, “resulta inconstitucional debido a que viola el principio fundamental de jerarquía normativa; y, de otro lado, afecta ilegítima, injustificada y desproporcionadamente el principio y derecho de libertad de empresa y de libertad contractual” (2021, p.12).

Stucchi considera que en sí, la actuación de oficio mencionada en la Ley 31112 sólo puede considerarse razonable si implica medidas como realización de estudios de mercado o desarrollo de la abogacía de la competencia para proponer medidas regulatorias, o inicie una investigación preliminar frente a conductas que afecten la competencia efectivas en los mercados relevantes (2021, p.11). Pero ello no puede implicar una revisión de oficio de las operaciones de concentración concluidas formalmente o que no hayan alcanzados los umbrales de notificación obligatoria, cuando se configuren las circunstancias especiales establecidas en el Reglamento.

Asimismo, el autor indica que lo anterior genera la posibilidad de que dicha revisión de oficio sea aplicada frente a una “operación que tome relevancia mediática o sea criticada por actores políticos” (Stucchi, 2021, p.12).

La posición del mencionado autor radica en afirmar que la Ley 31112 no habilita a la Secretaría Técnica a realizar un control posterior de concentraciones cuando se identifiquen indicios de afectación a la competencia, y por ello, que su respectivo Reglamento indebidamente ha desarrollado aquellas circunstancias especiales que permitirían la aplicación de dicha revisión posterior. Sin embargo, frente a esta posición, es posible criticar la insuficiente fundamentación sobre las razones por las cuales dicho precepto reglamentario generaría una vulneración al contenido esencial de los derechos y principios constitucionales mencionados, así como la posibilidad de que dicha facultad de revisión de oficio necesariamente implique que toda operación de concentración considerada “mediática” deba implicar la intervención de la Secretaría Técnica para la aplicación de medidas que mitiguen los efectos restrictivos de la competencia.

Como establece el artículo 24 del Reglamento, el procedimiento de revisión de oficio de operaciones de concentración concluidas que no superaron el umbral de notificación obligatorio, supone la fundamentación por parte de la Secretaría Técnica de la configuración de los criterios establecidos en el artículo 23 en el caso materia de análisis, lo que implica que sólo en aquellos casos donde se puedan reconocer indicios razonables de afectaciones a la competencia efectiva dentro de un mercado específico, la Secretaría Técnica podrá iniciar el procedimiento de revisión de oficio de dichas concentraciones, sin que sea motivada por factores exógenos o políticos de manera exclusiva.

En esta misma línea, Alex Sosa critica el reconocimiento en el Reglamento de una adicional facultad de revisión de oficio de la Secretaría Técnica frente a operaciones de concentración consolidadas, por la razón de su aplicación podría ser impulsada por cuestiones políticas y no exclusivamente por las cuestiones objetivas establecidas en la norma, principalmente frente a aquellas concentraciones que no hayan superado el umbral de notificación obligatorio. (Universidad Continental, 2021).

Asimismo, establece que el Reglamento entra en contradicción al reconocer en su artículo 23 que uno de los posibles indicios que habilita la revisión de oficio de la Secretaría Técnica se refiera a la generación de una posición de dominio, sin que se haya podido verificar si la misma afecta la competencia efectiva, pues como es reconocido en la propia Ley 31112 en su artículo 7 numeral 7, la sola

creación o fortalecimiento de una posición de dominio mediante una concentración empresarial no puede constituir una prohibición o restricción de la misma si es que no se ha evaluado la existencia de efectos restrictivos de la competencia (Universidad Continental, 2021).

Sobre este argumento, la crítica radica en afirmar que la revisión de oficio se aplicaría principalmente en concentraciones ya perfeccionadas que no requirieron ser notificadas a la autoridad de competencia nacional por no superar los umbrales mínimos de notificación, y que la razón principal para ello sería, nuevamente, la existencia de factores exógenos como la presión política para aplicar dicha facultad de revisión.

## **2.2. Argumentos a favor del Reglamento de la Ley 31112**

Frente a la posición crítica de las nuevas facultades de revisión de oficio incorporadas a favor de la Secretaría Técnica por el Reglamento de la Ley 31112, es posible identificar una posición a favor de su existencia en el régimen jurídico de control de estructuras peruano.

La Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente 00281-2021-0-1801-SP-CI-02, al analizar la demanda de acción popular interpuesta en la fecha 13 de setiembre de 2021, reconoce que la facultad de revisión de oficio establecida en el artículo 6 numeral 4 de la Ley 31112 es una “regla excepcional para el control de las operaciones de concentración, dado que regula la ‘notificación voluntaria’” (Poder Judicial, 2022, Fundamento 3.11.).

En esta posición, al desestimar la demanda de acción popular interpuesta frente al Reglamento de la Ley 31112, el argumento principal para afirmar su constitucionalidad y legalidad radica en establecer que la facultad de revisión de oficio es una consecuencia lógica de incorporar la notificación voluntaria de aquellas operaciones de concentración que no superen los umbrales de notificación obligatoria establecidos en el artículo 6 de la Ley.

Aunque dichas concentraciones no requieran ser notificadas a la autoridad de competencia por no superar dichos umbrales, no están exentas de control o verificación por parte de la Secretaría Técnica cuando existan indicios de afectación a la competencia existente en los mercados. Dichas circunstancias

especiales donde podrían identificarse indicios de afectación fueron profundizadas en el artículo 23 del Reglamento, por lo cual no es posible sostener que dicho precepto contravenga lo establecido en la propia Ley.

En adición a ello, Jesús Espinoza establece que la facultad de revisión de oficio de la Secretaría Técnica sobre las operaciones de concentración que no requirieron ser notificadas por no superar los umbrales establecidos es una innovación de la Ley 31112 y su Reglamento, mantiene plena constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

El autor se refiere a esta facultad de revisión de oficio como una “cláusula de salvaguarda” que ha sido incorporada para mantener un margen de control sobre aquellas concentraciones que, a pesar de no superar los umbrales mínimos de notificación establecidos en la Ley, poseen indicios de afectación a la competencia en los mercados relevantes. Asimismo, afirma que el Reglamento ha cumplido con establecer parámetros claros para la actuación de oficio de la Secretaría Técnica, vinculados a los criterios del plazo máximo para iniciar la revisión de oficio frente a una operación concluida y de la necesidad de que la concentración tenga incidencia en el mercado peruano (Universidad Continental, 2021).

Sobre este argumento, concuerdo con el mencionado autor sobre el nivel de certeza del régimen jurídico de la actuación previa que ha incorporado el Reglamento de la Ley 31112.

A pesar de que la Ley establece la facultad de la revisión de oficio de las operaciones de concentración que mantengan indicios de afectación a la competencia, era necesario que su Reglamento profundice sobre los caracteres formales de este nuevo procedimiento de revisión de oficio, los cuales debían considerar un límite temporal para aplicar dicha facultad de revisión de oficio y los requisitos que la operación de concentración debía cumplir.

### **III. Cuestionamientos a los argumentos identificados**

La posición crítica frente al Reglamento de la Ley 31112, respecto a la facultad de revisión de oficio de las operaciones de concentración empresarial que no superen los umbrales establecidos, a pesar de indicar aspectos relevantes sobre

su incorporación al régimen del control de estructuras peruano, no es jurídicamente sostenible en base a los siguientes cuestionamientos.

### **3.1. La vulneración al principio de jerarquía normativa, el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad contractual**

Un aspecto central de la posición crítica se centra en afirmar que el artículo 23 del Reglamento incorpora una potestad no reconocida en la Ley 31112 para iniciar procedimientos de revisión de oficio frente a operaciones fuera del umbral de notificación obligatoria, lo cual supone una vulneración principio de jerarquía reconocido en el artículo 51 de la Constitución Política del Perú y en el artículo IV numeral 1.1. del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444.

Como cuestión previa, es necesario establecer ahora cuál es el contenido del principio de jerarquía para poder analizar el argumento anteriormente descrito.

El principio de jerarquía puede entenderse como “un principio de orden que organiza según un más y un menos. (...) En las normas superiores constan los fines, valores y principios más altos del ordenamiento jurídico, que serán desarrollados por la normativa inferior; es decir, lo inferior viene a ser medio para realizar lo superior” (Riofrío, 2020, pp. 204). Es un principio ordenador de fuentes normativas existentes, que establece los límites dentro de los cuales una norma de rango inferior puede desarrollar disposiciones vinculadas al contenido de una norma superior.

El principio de jerarquía no se limita a su carácter ordenador, al también ser un “instrumento que permite garantizar la validez de las normas jurídicas categorialmente inferiores. Ergo, la invalidez es la consecuencia necesaria de la infracción de tal principio” (Tribunal Constitucional, 2006, Fundamento 59). Es un parámetro para determinar la validez jurídica de las normas vigentes, la cual se conservará cuando una norma inferior no vulnere o contradiga lo establecido en una norma jerárquicamente superior al desbordar o limitar su contenido.

El principio de jerarquía es reconocido en el artículo IV de la Ley 27444, como parte del principio de legalidad, al establecer la obligación de la Administración Pública de actuar de acuerdo a sus facultades concebidas según la Constitución y la ley.

Sin embargo, el artículo V de la mencionada norma también reconoce como fuente del ordenamiento administrativo, los Decretos Supremos y las normas reglamentarias. En este sentido, el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración Pública tiene como uno de sus objetivos, complementar las disposiciones normativas jerárquicamente superiores. Como establece Morón Urbina, “es una norma idónea para precisar, desarrollar (...) en lo indispensable una disposición legal para asegurar su mejor ejecución, pero no puede modificar, suspender, desnaturalizar, limitar o corregir una ley” (2019, pp. 159).

En base a lo anterior, la potestad reglamentaria busca profundizar o implementar las disposiciones de las normas con rango de ley, y su ejercicio por parte de la Administración Pública implica reconocer que las misma norma jurídica es su límite material al no poder desbordar su contenido; desborde que puede suceder cuando un reglamento amplía arbitrariamente las facultades reconocidas a una entidad de la Administración Pública sin que ello implique un complemento imperativo para la aplicación efectiva de las leyes.

La posición crítica afirma que el artículo 23 del Reglamento de la Ley 31112 ha vulnerado los principios de jerarquía normativa y legalidad al incorporar una competencia singular de revisión posterior de operaciones de concentración que no superen los umbrales de notificación obligatoria, no establecida de manera expresa y previa en la Ley 31112, lo cual implica un desborde de las disposiciones establecidas que no puede ampararse bajo el carácter de complementariedad que deben seguir las normas de contenido reglamentario.

Este argumento no es jurídicamente sostenible, al utilizar una interpretación insuficiente del artículo 6 de la Ley 31112. Una lectura completa del artículo lleva a comprender que el numeral 6.4. permite a la Secretaría Técnica actuar de oficio frente a operaciones de concentración en los casos donde haya indicios razonables para considerar que pueden generar posición de dominio o afectación al nivel de competencia efectiva en el mercado relevante. La condición que habilita la facultad de revisión posterior de concentraciones que no superaron los umbrales de notificación obligatorios, es la existencia de indicios razonables de afectación a la competencia en los mercados.

¿Qué consecuencias lógicas implica analizar el artículo 6 de la Ley 31112 de manera integral? En primer lugar, reconocer que su Reglamento no ha incurrido en una desnaturalización de su contenido, al complementar en su artículo 23 las características de aquellos “indicios razonables” que permiten a la Secretaría Técnica actuar de oficio frente a operaciones de concentración que no cumplen con los requisitos de notificación obligatoria. En este sentido, el Reglamento ha precisado aspectos indispensables para entender correctamente los supuestos de aplicación de la revisión posterior de concentraciones, siendo estos las circunstancias especiales identificadas en el numeral 23.2 del artículo 23 en las que es posible encontrar indicios de posición de dominio o afectación de la competencia efectiva en el mercado relevante.

En segundo lugar, reconocer que su Reglamento no ha vulnerado el principio de jerarquía normativa ni el principio de legalidad establecido en la Ley 27444, al haber incorporado la Ley 31112 la facultad excepcional de revisión posterior sobre operaciones de concentración no notificadas a la Comisión, en las que existan indicios razonables de vulneración a la competencia existente en los mercados. Esta facultad no debe implicar la aceptación de un novedoso control ex–post de concentraciones en el ordenamiento peruano, sino el reconocimiento de una regla particular para las operaciones que no están obligadas a ser notificadas a la autoridad nacional de competencia por no alcanzar los umbrales establecidos, consistente en poder ser investigadas cuando existan indicios razonables de afectación a los mercados relevantes a razón del perfeccionamiento respectivo de su respectiva concentración empresarial. Por lo anterior, se desvirtúa este primer argumento.

Un segundo aspecto de la posición crítica consiste en afirmar que el reconocimiento de un “control posterior” de concentraciones mediante el Reglamento de la Ley 31112, afecta los derechos fundamentales a la propiedad y la libertad contractual, al implicar la posibilidad de afectar contratos lícitamente suscritos y ejecutados y las facultades inherentes a la propiedad sobre acciones y activos lícitamente adquiridos.

Sobre el derecho de propiedad, el cual se concibe como “la potestad que ejerce la persona sobre sus bienes materiales o inmateriales” (Landa Arroyo, 2017, pp.115), el Tribunal Constitucional ha reconocido que este derecho y sus

respectivas manifestaciones que puede ejercer su titular podrá ser “restringido en los siguientes supuestos: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias; c) ser proporcionales” (2011, Fundamento 5). En este sentido, se reconoce que, como todo derecho fundamental, la protección de su contenido esencial no implica que no podrá ser objeto de ponderación frente a otros derechos o valores constitucionalmente protegidos, siempre que dicho ejercicio se realice en base a la legalidad y proporcionalidad.

Asimismo, sobre el derecho a la libertad contractual, el cual puede entender como la “libertad de configuración interna (...), de determinar el contenido del contrato” (Landa Arroyo, 2014, pp.314), el Tribunal Constitucional ha reconocido que “su ejercicio legítimo viene delimitado por el pleno respeto de los principios y bienes constitucionales” (2006, Fundamento 25). El ejercicio de la libertad contractual, aunque implique la protección de un espacio de decisión individual para configurar un contrato entre dos o más sujetos, nunca puede significar su separación de los otros valores reconocidos en nuestro ordenamiento, por lo que su ponderación es evidentemente constitucional.

La posición crítica afirma que el Reglamento de la Ley 31112 vulnera el derecho de propiedad al permitir la posibilidad de afectación de acciones o activos adquiridos a raíz de la operación de concentración que se estima lesiva de la competencia por poseer indicios razonables que activan la facultad de revisión posterior, por medio de la enajenación respectiva de dichos activos. Asimismo, esta posición afirma que se vulnera el derecho a la libertad contractual al habilitar la posibilidad de vulnerar el contenido libremente configurado de contratos de adquisición de derechos, fusiones o adquisiciones del control de activos de un agente económico por parte de otro a través del ejercicio de la potestad de revisión posterior de concentraciones que no superaron el umbral de notificación obligatoria.

Este argumento no es jurídicamente sostenible debido a que los derechos mencionados pueden ser restringidos en base a un juicio de proporcionalidad cuando entren en conflicto con otros derechos y valores constitucionales protegidos, y asimismo, porque su posible restricción sólo puede determinarse dentro de un procedimiento de revisión de oficio en el cual se determine la efectiva generación de efectos restrictivos de la competencia.

En primer lugar, el derecho a la propiedad y a la libertad contractual aunque posean un contenido esencial protegido en nuestro ordenamiento, nunca podrán ser concebidos como derechos aislados e incapaces de interrelacionarse con otros valores constitucionalmente protegidos, como lo es la competencia efectiva reconocida en el artículo 61 de la Constitución Política. La consecuencia lógica de un conflicto entre valores constitucionalmente protegidos es la ponderación entre los mismos con el objetivo de aplicar una medida que pueda optimizar ambos de manera proporcional.

El Reglamento de la Ley 31112 establece en su artículo 24 que la aplicación de la potestad de revisión posterior de concentraciones que no superen los umbrales de notificación obligatoria, aunque pueda ejercerse hasta un año después de su perfeccionamiento, debe encauzarse dentro del procedimiento establecido, con el objetivo de respetar el principio del debido procedimiento reconocido en la Ley 27444 y evitar arbitrariedades por parte de la Comisión.

Si dentro de dicho procedimiento administrativo se determina que los indicios razonables que habilitaron la revisión posterior de la concentración pueden generar posibles efectos restrictivos significativos de la competencia en los mercados, la Comisión podrá dictar medidas para mitigar o eliminar dichos riesgos, dentro de las cuales se concibe la posibilidad de enajenar acciones o activos adquiridos en base a un previo contrato perfeccionado, si es que de por medio la autoridad de competencia nacional ha fundamentado que es la medida razonable, necesaria y proporcional según los hechos del caso.

¿Qué implica ello? Que la medida con mayor nivel de afectación al derecho de propiedad y de libertad contractual que puede aplicar la Comisión en el marco del procedimiento de revisión de oficio de operaciones de concentración que no alcanzaron los umbrales mínimos, aunque tenga el objetivo de optimizar otro valor constitucionalmente protegido como la competencia efectiva, sólo podrá justificarse luego de un ejercicio argumentativo sólido por parte de la Comisión, en el cual fundamente las razones por las que la enajenación de acciones o activos adquiridos por parte de los agentes económicos involucrados en la concentración resulta razonable y proporcional como medida para eliminar o mitigar los efectos restrictivos de la competencia identificados.

### **3.2. El riesgo de la influencia de factores exógenos en la aplicación de la revisión de oficio de operaciones de concentración empresarial**

La posición crítica del Reglamento de la Ley 31112 también utiliza como argumento la posibilidad de que el inicio del procedimiento de revisión posterior de concentraciones que no superan el umbral de notificación obligatorio obedezca no a la existencia de indicios razonables de afectación a la competencia efectiva en los mercados relevantes sino a factores exógenos vinculados a decisiones políticas o mediáticas de relevancia fugaz, lo que implicaría un margen de arbitrariedad en el ejercicio de esta facultad que, como explicado en la sección anterior, permanece regulada en la Ley 31112.

Este argumento, en el mismo sentido que los anteriores analizados en esta sección, debe considerarse insostenible en base a una correcta interpretación del régimen de la actuación posterior frente a concentraciones no notificadas establecido en el Reglamento en cuestión.

Como ya se ha establecido, este régimen de actuación posterior tiene como característica esencial y habilitadora, la existencia de indicios razonables de riesgos para la competencia efectiva que puede poseer una operación de concentración no notificada a la Comisión.

El Reglamento complementa este aspecto de la Ley 31112 al establecer limitaciones temporales y materiales para iniciar este procedimiento de revisión posterior, como el hecho de tener el plazo único de hasta un (1) año después del cierre formal de la operación para determinar la necesidad de su apertura, y la obligación de la Secretaría Técnica de explicar mediante una resolución las razones motivadas para afirmar que en un determinado caso se cumplen con los criterios e indicios establecidos en el artículo 23 del Reglamento para ejercer la potestad de revisión posterior.

En este sentido, el Reglamento cumple con desarrollar el régimen jurídico de la revisión de oficio de operaciones de concentración que no hayan sido notificadas a la Comisión, siendo su objetivo complementar la Ley 31112 y evitar arbitrariedades en el ejercicio de las potestades de la Comisión.

Por ello, la consideración de factores exógenos como decisiones políticas o hechos mediáticos de fugaz relevancia no son relevantes al momento de analizar

la necesidad de iniciar un procedimiento de revisión de oficio de una concentración que no cumplía con el umbral de notificación obligatoria, al sólo poder justificar dicha apertura, la debida motivación de la existencia de las circunstancias especiales en las que se pueden identificar indicios razonables de afectación a la competencia efectiva establecidos en el artículo 23 del Reglamento.

#### **IV. El particular régimen de control de concentraciones peruano y la experiencia comparada**

Al haber establecido una posición particular frente a las críticas existentes respecto a la potestad de revisión posterior de las operaciones de concentración que no superaron el umbral de notificación obligatorio desarrollada en el Reglamento de la Ley 31112, en esta sección se brindará una respuesta sobre si el vigente régimen jurídico de control de concentraciones peruano ha evolucionado hacia un “régimen híbrido” de control previo y posterior, y si posee caracteres similares a los regímenes de control de estructuras que la experiencia comparada puede presentar.

##### **4.1. La revisión posterior de concentraciones consolidadas como regla excepcional**

El nuevo régimen de control de concentraciones incorpora la potestad de revisión posterior y de oficio de concentraciones como parte de las reglas que aplican para las operaciones de concentración que no superan los umbrales de notificación obligatorios. El artículo 6 de la Ley 31112 reconoce tanto reglas para la notificación voluntaria de operaciones que no alcanzan los umbrales mínimos como reglas de revisión posterior que aplican para este mismo tipo de concentraciones.

Una posible interpretación que se puede establecer sobre el régimen de control de concentraciones vigente, es que la regla general se fundamenta en el control previo, en el sentido de establecer la obligación de toda operación que alcance los umbrales de notificación mínimos de solicitar su autorización previa a la autoridad de competencia nacional antes de perfeccionarla en el territorio nacional.

En el mismo sentido, la regla excepcional se fundamentaría en la revisión posterior y de oficio de las concentraciones consolidadas que no alcanzaban los umbrales de notificación obligatorios, cuando se identifiquen indicios razonables de una posible afectación a la competencia efectiva en los mercados relevantes. Esta regla excepcional no implicaría la coexistencia de dos regímenes de control de concentraciones en el ordenamiento jurídico peruano, sino el reconocimiento de una nueva facultad complementaria a favor de la autoridad de competencia nacional para poder ejercer su labor de control sobre toda operación de concentración que tenga potencialidad de afectar la competencia existente.

¿Qué régimen existe en el ordenamiento jurídico peruano respecto al control de concentraciones? De la revisión integral del cuerpo normativo vigente, es posible afirmar que el régimen actual se fundamenta en el control previo de concentraciones empresariales, al ser la regla general la autorización previa de la autoridad de competencia nacional para poder llevar a cabo una concentración en el territorio peruano.

La revisión posterior implica una regla excepcional acertadamente recogida en la Ley 31112 para reforzar la supervisión que realiza la Comisión, sin que ello implique la existencia de un régimen de control posterior general al requerir ello que cualquier tipo de concentración, sin que logre alcanzar o no un umbral mínimo de notificación, pueda ser supervisada de manera posterior a su ejecución por parte de la Comisión. Al solo limitarse dicha potestad de revisión de oficio a las concentraciones no notificadas, ello demuestra su carácter de excepcionalidad en el régimen de control de estructuras peruano.

#### **4.2. La experiencia chilena**

La revisión posterior de oficio como potestad de la autoridad de competencia peruana, no es una característica única del régimen de control de estructuras peruano como lo revela la experiencia comparada en Latinoamérica, siendo la experiencia chilena un ejemplo relevante de análisis para entender su utilidad.

Uno de los cambios principales desarrollados en el régimen de control de estructuras chileno ha sido la incorporación del control previo para las operaciones de concentración con la vigencia de la Ley 20.945 en 2016, así como la habilitación del Fiscal Nacional Económico (FNE) para llevar a cabo

investigaciones sobre operaciones que no superen el umbral obligatorio de notificación, como lo establece el artículo 48 de la mencionada ley.

Francisca Levin Visic analiza esta habilitación otorgada a la autoridad de competencia para ejercer facultades de investigación *ex post*, y concluye que “el deber de realizar una autoevaluación se refuerza al darle facultades a la FNE para analizar de oficio y eventualmente disputar concentraciones que puedan tener problemas de competencia, a pesar de que sus ventas en Chile se encuentren por debajo de los umbrales” (Levin Visic, 2024, pp.25). Como se aprecia, a pesar de que dichos umbrales suponen un filtro inicial para iniciar el análisis de la autoridad de competencia, la posibilidad de que sean perfeccionadas operaciones de concentración que no superen los umbrales establecidos pero que sí impliquen potenciales afectaciones a la competencia existente en los mercados amerita la posibilidad excepcional de control, a través de la revisión posterior ejercida por la autoridad.

Dicha posibilidad de ejercer investigaciones de oficio responde asimismo al hecho de que los indicios razonables de afectación a la competencia pueden no ser advertidos por parte de los agentes económicos involucrados en operaciones de concentración que no superan umbrales mínimos para el control previo, al momento de decidir sobre notificarla voluntariamente o no a la autoridad de competencia.

Las medidas que deben incorporarse al optar por un régimen de notificación de operaciones de concentración particular también han sido analizadas por parte de la OCDE. En el caso de sistemas híbridos de notificación, como el caso chileno y también peruano, el establecimiento de umbrales mínimos para activar el control previo debe complementarse con otorgar “a la autoridad facultades para analizar de oficio y actuar en contra de las concentraciones que puedan tener problemas de competencia a pesar de ubicarse por debajo de los umbrales” (OCDE, 2014, pp.80). En este extracto es posible reconocer el mismo objetivo mencionado en el anterior párrafo: incorporar mecanismos de revisión de concentraciones que, a pesar de no superar el umbral mínimo para ser notificadas a la autoridad, mantienen la potencialidad de afectar la competencia en los mercados.

En este sentido, el régimen actual de control de estructuras chileno también incorpora facultades de investigación posterior a favor de su respectiva autoridad de competencia, de manera que pueda ejercer la supervisión sobre toda operación de concentración ejecutada en su territorio. El objetivo no es desvirtuar el régimen de notificación voluntaria existente; es proporcionar mecanismos de control frente a toda potencialidad de afectación negativa a la competencia que no pueda ser mitigada en un primer momento por no superar los umbrales mínimos de control previo existentes en un ordenamiento jurídico particular.

De la revisión de la experiencia chilena descrita, es posible encontrar similitudes y diferencias con respecto a la Ley 31112 peruana y su respectivo Reglamento. En primer lugar, el ejercicio de la facultad de revisión de oficio otorgada a la autoridad de competencia en ambas ordenamientos se limita al plazo de hasta un año después del perfeccionamiento de la operación de concentración, lo que revela el carácter excepcional de esta atribución de investigación posterior dentro de un régimen caracterizado por el control previo de concentraciones. En este sentido, la revisión posterior es un mecanismo excepcional para mitigar posibles afectaciones en los mercados donde concentraciones no notificadas han sido desarrolladas, el cual requiere la identificación eficaz de la operación perfeccionada y de los efectos restrictivos que genera para iniciar el procedimiento de revisión de oficio aplicable.

En segundo lugar, el Reglamento de la Ley 31112 incorpora como criterio para iniciar la revisión de oficio de operaciones de concentración, la concurrencia de posibles circunstancias especiales en las que se puedan encontrar indicios razonables de afectación a la competencia, mientras que la Ley 20.945 sólo hace referencia a la posibilidad de actuar de oficio e investigar cuando el FNE aprecie la posible existencia de infracciones la norma de competencia, sin mencionar los tipos de circunstancias en las que podrían encontrarse indicios razonables de afectación. Aunque la enumeración de circunstancias especiales establecida en el Reglamento no es taxativa, su objetivo es identificar las operaciones de concentración en las que existan mayores posibilidades de encontrar indicios de afectación a la competencia, de manera que se pueda agilizar la labor de investigación a cargo de la Secretaría Técnica y cumplir con el plazo asignado para iniciar el procedimiento de revisión de oficio.

### **4.3. La experiencia canadiense**

Al igual que el ordenamiento jurídico chileno, el régimen canadiense mantiene como característica común el reconocimiento de facultades de revisión posterior a la respectiva autoridad de competencia nacional, como lo revela la Sección 11 de la Competition Act. En este sentido, “if a non-notifiable merger comes to the Bureau’s attention from other sources (...), a notification is not required, but the Bureau may request or compel the production of relevant information to carry out an assessment” (Janssens y Bruckhaus Deringer, 2023, pp.8). Como revela este extracto, el régimen canadiense también contempla la existencia de potestades de investigación posteriores a cargo del Comisionado de la Competencia, la autoridad de competencia canadiense, frente a concentraciones no obligadas a ser notificadas por no superar el umbral mínimo. En este caso, la potestad de investigación habilita a solicitar a los agentes económicos involucrados la presentación de información requerida para analizar la operación y con ello brindar una evaluación sobre si la misma tiene capacidad para afectar el mercado relevante en donde surte efectos.

En base a ello, el régimen canadiense, al igual que el chileno y el peruano mantienen como tendencia la incorporación del control previo como regla general, siendo la revisión posterior por parte de la autoridad de competencia una excepción que responde a indicios de afectaciones al mercado en el cual la operación de concentración ha sido perfeccionada.

Sin embargo, con respecto al régimen peruano, el régimen canadiense posee ciertas diferencias cuya descripción es útil para entender el particular funcionamiento de la revisión de oficio en nuestro ordenamiento.

La diferencia fundamental se encuentra en el mecanismo por el cual se ejerce la facultad de revisión posterior, siendo en el caso canadiense a través de la notificación de una solicitud hacia el administrado de procurar la información considerada relevante para poder evaluar una operación de concentración particular, dentro del plazo de hasta un año después de que haya sido perfeccionada. En el caso peruano, la Secretaría Técnica debe iniciar un procedimiento de revisión de oficio según lo establecido en el artículo 24 del Reglamento de la Ley 31112, cuya etapa probatoria implicará la posibilidad de

solicitar opiniones a otras entidades o agentes del mercado y de proporcionar la información necesaria para dilucidar los efectos que la operación de concentración ha generado en el mercado.

Como se aprecia, el régimen peruano vincula la facultad de revisión de oficio con el inicio de un nuevo procedimiento administrativo, el cual concluirá con la emisión de una resolución final por parte de la Secretaría Técnica desvirtuando o no los indicios de una posible afectación a la competencia generados por la operación analizada.

El régimen canadiense, a pesar de establecer los posibles requerimientos que puede solicitar el Comisionado de la Competencia hacia los agentes económicos vinculados con una concentración, no concibe el inicio un procedimiento formal para iniciar la revisión de oficio, en el cual puedan identificarse etapas para formular observaciones a los informes realizados por la autoridad de competencia o para presentar nuevos alegatos.

Del análisis de estas dos experiencias comparadas sobre la facultad de actuación de oficio posterior de la autoridad nacional de competencia, frente a operaciones de concentración no notificadas, se puede nuevamente afirmar que el régimen de control de estructuras peruano se fundamenta en el control previo, siendo esta mencionada revisión posterior un mecanismo excepcional incorporado para mitigar la falta de supervisión sobre aquellas operaciones que no superan el umbral mínimo de notificación. La incorporación de esta facultad de revisión posterior no supone una vulneración al principio de jerarquía normativa ni desvirtúa las bases que configuran el régimen de control previo de estructuras, pues como se puede apreciar de la revisión de las normas chilenas y canadienses, el diseño de un sistema mixto de notificación obligatoria (basado en umbrales mínimos) y notificación voluntaria (basado en la potestad de los agentes económicos de solicitar la revisión de la operación antes de perfeccionarla al no superar los umbrales mínimos) debe incluir la posibilidad de que las autoridades de competencia puedan supervisar toda concentración realizada en el territorio que posea indicios de generar afectaciones al nivel de competencia existente en los mercados en los cuales se desarrolla, lo que supone el reconocimiento de facultades excepcionales para investigar, solicitar

información y analizar las consecuencias que una operación ya consolidada genere en la actualidad.

Esta facultad excepcional es la revisión de oficio posterior reconocida la Ley 31112 y su respectivo Reglamento, la cual como se ha demostrado, es constitucional e idónea para complementar la efectividad del régimen de control previo existente en el ordenamiento jurídico peruano.

## **V. CONCLUSIONES**

La incorporación de la facultad de revisión de oficio de operaciones de concentración empresarial consolidadas que no hayan alcanzado los umbrales de notificación establecidos en la Ley 31112, ha sido un aspecto controversial sobre el nuevo régimen de control de estructuras peruano. Se puede identificar una postura crítica sobre el Reglamento, cuyos argumentos principales afirman que la posibilidad de revisión de oficio de concentraciones consolidadas que no requirieron en su momento ser notificadas por no superar los umbrales de notificación es inconstitucional e ilegal al desbordar lo establecido en el artículo 7 de la Ley, vulnerar el principio de jerarquía normativa y el contenido esencial de diversos derechos fundamentales, y establecer el potencial riesgo de que factores exógenos influencien la aplicación de dicha revisión de oficio frente a operaciones de concentración con carácter mediático.

Asimismo, es posible identificar una postura a favor de la constitucionalidad de dicha facultad de revisión de oficio en el régimen de control de estructuras vigente. Estos respectivos argumentos reconocen que la revisión de oficio es una regla que responde a la incorporación de la notificación voluntaria de operaciones de concentración que no superan el umbral establecido en la Ley 31112, frente a las cuales es necesario establecer un mecanismo que permita a la Secretaría Técnica supervisar aquellas concentraciones que posean indicios de afectación a la competencia existente en los mercados.

Un argumento adicional sobre la constitucionalidad del Reglamento, se centra en los parámetros que establece el artículo 23 para la actuación de oficio de la Secretaría Técnica, los cuales acertadamente reconocen un límite temporal de hasta un año después del cierre formal de una operación de concentración para determinar el inicio del respectivo procedimiento de revisión, así como la

necesidad de que dicha operación cumpla con requisitos vinculados a tener incidencia en el mercado peruano y a presentar indicios de afectación de la competencia o la consolidación de una posición dominante por parte de los agentes económicos involucrados.

La postura crítica sobre la constitucionalidad del Reglamento de la Ley 31112 no es jurídicamente sostenible. Con respecto al primer argumento sobre su vulneración al principio de jerarquía normativa, el cual es un principio ordenador de las fuentes de derecho y parámetro de validez de las normas jurídicas, se puede afirmar que la facultad de revisión de oficio de las operaciones de concentración no obligadas a ser notificadas a la Comisión es reconocida en el artículo 6 de la mencionada Ley, por lo cual, su desarrollo posterior en el Reglamento no supone un desborde que vulnera la potestad reglamentaria atribuida a la Administración Pública. El Reglamento cumple con su objetivo de complementar lo establecido en la Ley 31112, en lo que respecta a los aspectos temporales y materiales del procedimiento de revisión de oficio, por lo cual es insostenible afirmar la vulneración al principio de jerarquía normativa y el principio de legalidad.

Respecto al segundo argumento sobre la vulneración a los derechos fundamentales de propiedad y libertad contractual a raíz de la posibilidad de enajenar los activos y acciones lícitamente obtenidas en base a un contrato entre los agentes económicos para perfeccionar una operación de concentración que no requería ser notificada a la autoridad de competencia nacional, esta posición es insostenible por el hecho de considerar, en primer lugar, que los mencionados derechos fundamentales están exonerados de entrar en conflicto con otros valores constitucionalmente protegidos en nuestro ordenamiento jurídico. Nuestra Constitución protege el contenido esencial del derecho de propiedad y de libertad contractual, así como también protege y vigila la libre competencia reconocida en su artículo 61. La vulneración estos valores protegidos lleva a un ejercicio de ponderación en el cual el objetivo es priorizar y garantizar ambos valores bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. El ejercicio del régimen de revisión de oficio de las concentraciones no notificadas por parte de la Comisión cumple con garantizar dicha proporcionalidad en las medidas a aplicar en caso se acredite la existencia de indicios de riesgo a la competencia efectiva

en los mercados relevantes, pues como establece el artículo 24, sólo de resultar viable y razonable, la Comisión optará como medida para mitigar dicho riesgo la enajenación de las acciones o activos adquiridos por los agentes económicos al momento de perfeccionar la concentración, siendo la regla general la utilización de otras medidas menos lesivas que sean proporcionales a la afectación acreditada en el procedimiento de revisión de oficio.

Respecto al tercer argumento sobre la posibilidad de factores exógenos como motivación para iniciar el procedimiento de revisión de oficio, el régimen establecido por la Ley 31112 y su respectivo Reglamento busca evitar arbitrariedades en la aplicación de la potestad de revisión posterior de las concentraciones no notificadas, mediante la identificación de los criterios específicos que habilitan a la Secretaría Técnica a iniciar dicho procedimiento vinculados a la existencia de circunstancias que revelan la existencia de indicios razonables de afectación a la competencia efectiva en los mercados relevantes donde la operación de concentración analizada surtirá efectos. Al establecer de forma expresa y taxativa las circunstancias que ameritan el inicio del procedimiento de revisión de oficio, la preocupación por factores exógenos vinculados a decisiones políticas o mediáticas como motivación para iniciar dicha revisión posterior de concentraciones que no cumplan con el umbral de notificación obligatoria resulta insostenible al implicar el desconocimiento por el régimen jurídico vigente establecido en el Reglamento.

El régimen de control de concentraciones peruano vigente mantiene como regla general, ser un régimen de control previo fundamentado en la autorización previa que deben obtener los agentes económicos para poder ejecutar la concentración en el territorio peruano. La regla excepcional de revisión posterior de concentraciones, al sólo aplicar para aquellas operaciones que no alcanzaron el umbral de notificación obligatorio y no para cualquier operación que se busque consolidar en el territorio peruano, no puede entenderse como una evolución hacia un régimen híbrido de control de estructuras, por lo cual el control previo se mantiene como el régimen general aplicable en el ordenamiento peruano.

La experiencia comparada refuerza la afirmación anterior. Con respecto a la experiencia chilena, la cual ha incorporado desde 2016 el control previo como regla general para evaluar la autorización de operaciones de concentración, es

posible reconocer que el sistema de notificación utilizado también reconoce la notificación voluntaria para los supuestos de concentraciones que no alcancen los umbrales mínimos establecidos, frente a las cuales, la supervisión a cargo de la autoridad de competencia chilena se ejercerá sobre aquellas operaciones perfeccionadas que supongan un potencial riesgo a la competencia existente, frente a las cuales se podrá ejercer facultades de investigación posterior hasta el plazo de un año después de ser perfeccionadas en el territorio chileno.

Con respecto a la experiencia canadiense, el régimen del control previo de concentraciones también es la regla general que aplica la autoridad de competencia respectiva, siendo la excepción la utilización de las facultades de revisión posterior materializadas en la solicitud hecha a los agentes económicos de presentar información acerca de la operación perfeccionada que posee indicios de afectación a la competencia en los mercados. El régimen peruano también presenta mantiene en común dicha facultad de revisión posterior, siendo la diferencia fundamental frente a la experiencia canadiense, la necesidad de iniciar un procedimiento administrativo para llevar a cabo la revisión de oficio por parte de la Secretaría Técnica, con etapas y plazos delimitados.

Entonces, frente a la cuestión de la constitucionalidad del Reglamento de la Ley 31112 y su problemática sobre si la innovación de incorporar la facultad de revisión de oficio posterior de concentraciones no notificadas supone una modificación del régimen de control previo peruano, esta investigación afirma la absoluta constitucionalidad de dicho Reglamento al no vulnerar el principio de jerarquía normativa o lesionar los derechos fundamentales a la propiedad individual y a la libertad contractual, así como afirma que la incorporación de una facultad investigadora de oficio a favor de la Secretaría Técnica no supone una evolución hacia un régimen híbrido de control de concentraciones, pues la regla general en el ordenamiento peruano sigue siendo el control previo, el cual es complementado con la facultad de revisión de oficio de las concentraciones que no superen el umbral mínimo de notificación pero que posean indicios de afectación a la competencia existente en los mercados ubicados en territorio peruano.

## BIBLIOGRAFÍA

Alliende Serra, M. (2020). El nuevo sistema de control de concentraciones empresariales en Perú a la luz de la experiencia chilena. *THEMIS Revista De Derecho*, (78), 279-303. <https://doi.org/10.18800/themis.202002.014>

Poder Judicial (2022). Expediente N. 00281-2021-0-1801-SP-CI-02. Lima: 25 de octubre de 2022.

Janssens, T. y Bruckhaus Deringer, F. (2023). *Merger control: Canada* [Informe]. Freshfields Bruckhaus Deringer.

<https://mcmillan.ca/wp-content/uploads/2024/01/2024-Merger-Control-Canada.pdf>

Landa Arroyo, C. (2014). La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THEMIS Revista De Derecho*, (66), 309-327.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12702>

Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial PUCP.

Levin Visic, F. (2024) *Control de operaciones de concentración en Chile: Desafíos y respuestas de un régimen en sus inicios*. CentroCompetencia.

<https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2024/10/Control-de-operaciones-de-concentracion-en-Chile-Desafios-y-respuestas-de-un-regimen-en-sus-incios.pdf>

Morón Urbina, J.C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.

OCDE (2014). Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile: Informe del Secretariado de la OCDE [Informe]. OECD Publishing, Paris. <https://doi.org/10.1787/8590ad30-es>

OCDE (2024). *Recommendation of the Council on Merger Review*. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0333>

Riofrío, J.C. (2020). Alcance y límites del principio de jerarquía. Criterios para jerarquizar derechos, valores, bienes y otros elementos. *Derecho PUCP*, (84),

189-222.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22110/21463>

Roca Lizarzaburu, L. F. (2018). El control de concentraciones empresariales y su aplicación en el Perú: una perspectiva desde el Derecho Comparado. *THEMIS Revista De Derecho*, (73), 147-154. <https://doi.org/10.18800/themis.201801.009>

Stucchi, P. (2021). Defensa de la competencia en el Perú: nuevo control de estructuras. *Investigaciones CeCo*, 1-16.

[https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2021/12/Stucchi-Defensa-de-la-competencia-en-el-Peru\\_nuevo-control-de-estructuras\\_2021.pdf](https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2021/12/Stucchi-Defensa-de-la-competencia-en-el-Peru_nuevo-control-de-estructuras_2021.pdf)

Távora Martín, J., & Diez Canseco Núñez, L. (2003). Estabilizando el péndulo control de fusiones y concentraciones en el Perú. *THEMIS Revista De Derecho*, (47), 159-173. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9862>

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el Expediente 047-2004-AI/TC. José Claver Nina-Quispe Hernández contra el Congreso de la República. 24 de abril de 2006.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el Expediente 1963-2006-PA/TC. Ferretería Salvador S.R.L. contra la Corte Superior de Justicia de Piura. 05 de diciembre de 2006.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01963-2006-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2011). Sentencia recaída en el Expediente 3258-2010-PA/TC. 20 de abril de 2011.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03258-2010-AA.html>

Universidad Continental (2021). *El control previo de las operaciones de concentración empresarial [Webinar]*. Universidad Continental.

<https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/el-control-previo-de-las-operaciones-de-concentracion-empresarial>