

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



**ANÁLISIS DE COMPARACIÓN LEGISLATIVA SOBRE EL
CONTROL PREVIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN
EMPRESARIAL EN LOS ORDENAMIENTOS PERUANO,
ARGENTINO, CHILENO Y COLOMBIANO**

Trabajo de investigación para obtener el grado académico de Magíster en Derecho
de la Empresa que presenta:

Vanessa Campana Rodríguez

Asesor:

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga

Lima, 2022

DEDICATORIA

A Francisco y Naty, mis padres por su apoyo incondicional y ejemplo de vida y amor.

Vanessa Campana



Resumen:

El presente trabajo aborda un tema que ha recibido especial atención en los últimos meses, debido a la reciente entrada en vigencia en el ordenamiento peruano de la norma que lo regula. Nos referimos al control previo de operaciones de concentración empresarial, el cual ha sido regulado en términos generales, para todo tipo de sector económico, a través de la Ley N° 31112.

La presente investigación tiene por finalidad realizar un análisis comparado de las disposiciones legislativas referidas al control previo de operaciones de concentración empresarial en los ordenamientos jurídicos de distintos países de la región; en específico el peruano, argentino, chileno y colombiano.

Para tal efecto, en el primer capítulo se recogen los antecedentes de la regulación comparada del control previo de concentraciones empresariales, advirtiéndose que se trata de un mecanismo de protección de la libre competencia, remontándonos a la legislación *antitrust* adoptada en Estados Unidos de América a partir de la *Sherman Act* de 1890. A continuación, se aborda el concepto de control previo de las concentraciones empresariales, también denominado control de estructuras.

Adicionalmente, se hace referencia a los actos u operaciones que se encuentran sujetos al procedimiento de control previo, destacándose la figura de la fusión; detallándose, además, los tipos de concentración empresarial: horizontal, vertical y de conglomerado. Por último, se aborda la evolución de la regulación del control de operaciones de concentración empresarial en el Perú, partiendo desde la expedición de la Constitución Política del Perú, la cual adopta un régimen económico de economía social de mercado; pasando por la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico; hasta la aprobación y entrada en vigencia de la antes mencionada Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

El segundo capítulo comprende una comparación de las disposiciones de la Ley N° 31112 y la regulación vigente en Argentina (Ley N° 27.442), Chile (Ley N° 20.945) y Colombia (Ley N°

1340); en relación a los actos y tipos de concentración empresarial, los supuestos de exoneración, la posibilidad de plantear consultas a la autoridad, así como la posibilidad de la notificación voluntaria, el valor del umbral a partir del cual la operación requerirá de autorización previa; la naturaleza del procedimiento, sus fases, plazos, la posibilidad de actuar de oficio y si la norma contempló un procedimiento simplificado; el tipo de pronunciamiento, el silencio administrativo y la regulación respecto al fraude o falsedad en la información presentada con la solicitud.

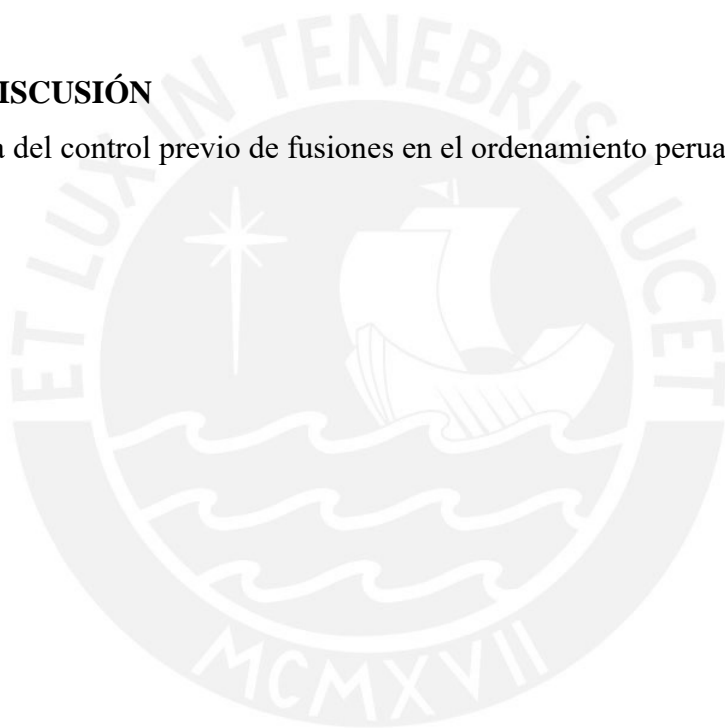
Finalmente, en el tercer y último capítulo se presentan los resultados de la investigación, detallando las similitudes y diferencias de las legislaciones objeto de revisión, prestando especial atención a aquellas particularidades susceptibles de ser recogidas en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de mejorar la regulación vigente del control de operaciones de concentración empresarial.



ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	1
ÍNDICE	3
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO	11
Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial	11
1. Antecedentes	11
2. Definición	13
3. Clasificación de los tipos de Concentración	16
4. Evolución del Control de Concentraciones en el Perú	18
5. Balance	22
CAPÍTULO II. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	
Análisis comparado de la legislación que establece el control previo en el ordenamiento peruano, argentino, chileno y colombiano.	25
1. Legislación peruana: Contenido de la Ley N° 31112	26
1.1 Operaciones sujetas al control previo	26
1.2 Procedimiento	27
1.3 Alternativas de pronunciamiento de la autoridad	30
2. Legislación argentina	31
2.1 Operaciones sujetas al control previo	31
2.2 Procedimiento	33
2.3 Alternativas de pronunciamiento de la autoridad	34
3. Legislación chilena	35
3.1 Operaciones sujetas al control previo	35

3.2 Procedimiento	36
3.3 Alternativas de pronunciamiento de la autoridad	38
4. Legislación colombiana	39
4.1 Operaciones sujetas al control previo	40
4.2 Procedimiento	41
4.3 Alternativas de pronunciamiento de la autoridad	41
5. Balance	43
CAPÍTULO III. DISCUSIÓN	
Propuesta de mejora del control previo de fusiones en el ordenamiento peruano	50
CONCLUSIONES	58
BIBLIOGRAFÍA	62



Introducción

Con fecha 02 de julio de 2021, entró en vigencia la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, al cumplirse el décimo quinto día calendario de la publicación del Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, en lo sucesivo Indecopi, con la incorporación de los procedimientos administrativos denominados (i) Solicitud de autorización previa de una operación de concentración empresarial, (ii) Solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial y (iii) Solicitud de revisión de una condición de conducta impuesta al autorizar una operación de concentración empresarial.

De este modo, ha quedado incorporado, en nuestro ordenamiento jurídico vigente, el control previo de operaciones de concentración empresarial, aplicable de manera general a todos los sectores económicos, el cual es considerado como un mecanismo complementario y fundamental en un sistema de defensa de la libre competencia.

En efecto, una de las herramientas que garantiza la libre competencia en el mercado que se encontraba prevista con anterioridad en el derecho peruano, es el ejercicio de la potestad sancionadora, a través del control de conductas infractoras, con el fin último de desincentivar la comisión de determinadas conductas anticompetitivas.

También existía aquella herramienta de promoción de la competencia, conocida como la abogacía de la competencia, consistente en efectuar recomendaciones a otras entidades del Estado respecto a aquellos actos, contratos, procesos o aquellas prácticas que pueden distorsionar las condiciones de competencia en el mercado, pudiendo devenir en su eventual remoción voluntaria.

Una tercera herramienta es la que se conoce como control de concentraciones o control de estructuras, que es la autorización que se solicita a la autoridad cuando dos o más empresas deciden formar una sociedad conjunta o una tiene interés en comprar a la otra, o adquirir acciones. Es este tercer mecanismo el que ha quedado incorporado de manera general con la entrada en vigencia de la Ley N° 31112.

Y es que, las concentraciones empresariales tienen como efecto la disminución del número de competidores en el mercado, pudiendo ocurrir que la empresa resultante de una fusión tenga incentivos para elevar sus precios en el mercado y/u ofrecer una menor calidad de sus productos y/o una menor variedad de productos. Asimismo, la nueva estructura del mercado podría facilitar la celebración de acuerdos anticompetitivos entre las empresas. Es precisamente para evitar estos supuestos, que la autoridad de competencia se encuentra facultada para evaluar previamente los efectos que tendría la operación de concentración en el mercado, para garantizar la libre competencia.

En ocasiones, las empresas utilizan los mecanismos de concentración empresarial para darle apariencia de legalidad a acuerdos colusorios que están prohibidos. Asimismo, las empresas pueden optar por adquirir una gran cuota del mercado, a través de fusiones empresariales, para luego imponerse a sus pequeños competidores y poder finalmente fijar precios monopólicos.

En el mismo sentido, la experiencia internacional pone en evidencia que las fusiones y adquisiciones empresariales comprenden tres (03) niveles de impacto. En un primer nivel se encuentran comprendidos los resultados económicos convencionales del aumento de los precios en todos los sectores. El segundo nivel corresponde a la capacidad de los agentes de restringir la competencia, el acceso, la innovación y la promoción de más competidores. El tercer nivel lo constituye la presión ejercida sobre las autoridades en busca de mayores privilegios y de poner a su favor a numerosos ciudadanos y organizaciones (Brock 2011, págs. 681-730).

Son precisamente dichas situaciones las que la autoridad de competencia buscará evitar con la aplicación de la Ley N° 31112, puesto que son las que más afectan la libertad de precios, el acceso a productos diferenciados por precios o por calidad y porque representan una amenaza para el fortalecimiento del sector empresarial sobre todo en economías en desarrollo donde es fundamental la existencia de diversos sectores de la actividad empresarial pero articulados.

En el Perú sólo existía el control de concentraciones en el sector eléctrico, aprobado mediante Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, que establece el control ex ante de manera parcial o sectorial; es decir únicamente en actividades de transmisión,

generación y distribución eléctrica, cuyo objetivo es evitar actos de concentración que disminuyan, dañen o impidan indebidamente la competencia y la libre concurrencia en dicho sector.

En consecuencia, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 31112, nuestra regulación se limitaba a investigar y sancionar conductas anticompetitivas como cárteles y abusos de posición de dominio, así como a realizar un control previo de fusiones solo en el sector eléctrico; es decir, en nuestro sistema sólo se encontraba previsto el control ex post (posterior) y no en el control ex ante (anterior). Por este motivo, se empezó a cuestionar la capacidad de remediación de la autoridad, la misma que resultaba insuficiente frente a un daño debido a que cuando se aplicaba la sanción, el daño ya se había producido.

Por tanto, la adopción e implementación de la Ley N° 31112 permitirá generar un marco jurídico y económico con estándar internacional, que promueva la competencia justa; atraer la inversión que contribuya con el desarrollo económico del país, fortalecer el sistema de libre competencia, permitiendo al Indecopi actuar no sólo de manera ex post sino también ex ante con el objetivo de evitar oportunamente daños irreversibles a los consumidores y a la economía, además de permitir el ingreso de nuevos competidores al mercado.

Corresponde precisar que las operaciones de concentración empresarial estarán sujetas al procedimiento de control previo cuando superen determinados umbrales económicos, a fin de analizar sus efectos sobre el funcionamiento del mercado relevante y se decida si la operación debe ser aprobada, aprobada con condiciones o, de ser el caso, rechazada.

Si bien el control previo de las operaciones de concentración empresarial se encuentra previsto en el ordenamiento legal de diferentes países, incluidos aquellos correspondientes a países sudamericanos, cada uno de estos presenta sus particularidades. Por este motivo, resulta conveniente efectuar un análisis comparado de algunas legislaciones, con el objeto de enriquecer el conocimiento de nuestro sistema de defensa de la competencia y proponer futuras mejoras.

El presente trabajo parte de la hipótesis que no existe una sola forma de regular el control previo de las operaciones de concentración empresarial. Cada legislación impregna su propia impronta al momento de definir las características y naturaleza de dicho tipo de control.

En efecto la Ley N° 31112 faculta a la autoridad de competencia a realizar una proyección sobre el impacto que tendría una operación de concentración empresarial, ya sea para prohibirla o establecer condiciones a la misma, con la finalidad de evitar que se produzcan conductas anticompetitivas que aprovechen la posición de dominio que las empresas participantes obtengan en el mercado.

No obstante, cabe indicar que no todas las legislaciones de los países de la región contemplan el mecanismo de control previo y, aquellas que han establecido esta herramienta de defensa de la competencia, han regulado de manera particular el ejercicio de dicho control en sede administrativa.

Así, tenemos el caso de Argentina que, si bien fue el primer país en tener una regulación en Derecho de la Competencia, fue a partir de 1999, que entró en vigencia la derogada Ley N° 25.156, Ley de Defensa de la Competencia, que regula la concentración empresarial. Sin embargo, este sistema era considerado como *sui generis*, debido a que la notificación de concentración podía realizarse de manera ex ante y ex post, una vez concluida o cerrada la operación.

El sistema argentino ha sido modificado con la Ley N° 27.442, Ley de Defensa de la Competencia, vigente desde el 23 de mayo de 2018. A partir de su entrada en vigencia, las operaciones de concentración empresarial se encuentran sujetas únicamente a un control ex ante, superado un determinado umbral económico.

En el caso de Colombia, se ha verificado que fue el primer país latinoamericano que reguló el control de concentraciones empresariales. Su proceso data de 1959, cuando se aprobó la Ley N° 155, que dispuso la notificación obligatoria de integraciones horizontales. Sin embargo, es a partir de la Ley N° 1340, aprobada en el año 2009, que las notificaciones también comprenden concentraciones económicas verticales.

Por otro lado, tenemos el caso de Chile, país en el que vía interpretación se admitió la posibilidad de la notificación voluntaria de las operaciones de concentración empresarial. Sin embargo, a partir del 30 de agosto de 2016, entró en vigencia la Ley N° 20.945, Ley que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, estableciéndose en forma expresa el control previo de las concentraciones empresariales, a través de un procedimiento de investigación a cargo de la Fiscalía Nacional Económica.

Teniendo en consideración el contexto antes descrito, con el presente trabajo se pretende realizar un análisis comparativo a nivel legislativo de la Ley N° 31112, la Ley N° 27.442, la Ley N° 1340 y la Ley N° 20.945, efectuándose una revisión de los modelos de control previo establecidos en los ordenamientos de América Latina mencionados precedentemente.

- **Objetivo Principal:**

Realizar un análisis comparado entre la Ley N° 31112 y las legislaciones argentina, colombiana y chilena, a fin de identificar las semejanzas y diferencias en la forma en que cada legislación reguló el control previo de las operaciones de concentración empresarial.

- **Objetivos Complementarios:**

A partir de las diferencias encontradas en el análisis comparado de las legislaciones, proponer mejoras a la Ley N° 31112, respecto a aspectos particulares del control previo.

Para la presente investigación, se efectuará un análisis comparado del mecanismo de control previo de operaciones de concentración empresarial, exclusivamente a nivel legislativo, y restringido a la normativa argentina, chilena y colombiana.

Con dicho propósito, se confrontarán las disposiciones de la Ley N° 31112 con las experiencias legislativas de los mencionados países de la región que afrontan la misma problemática. La comparación versará sobre los supuestos en los que una operación de concentración empresarial

estará sujeta al control previo, el procedimiento de control y los posibles pronunciamientos que puede emitir la autoridad competente.

En primer lugar, es importante conocer qué supuestos son los que exigen a las empresas intervinientes en una operación de concentración empresarial transitar previamente por un procedimiento de control previo, pues ello tendrá una repercusión directa en la cantidad de procedimientos que tendrá a cargo la autoridad de competencia.

En segundo lugar, el modo de ejercer el control previo, a través del procedimiento establecido, repercutirá en la efectividad de dicho mecanismo, en tanto permitan recabar la información suficiente para efectuar una óptima evaluación de los efectos de la operación de concentración empresarial.

En tercer lugar, comparar los posibles pronunciamientos que puede emitir la autoridad competente, permitirá verificar si la regulación del control previo aborda todas las alternativas y vicisitudes que surgen a partir del análisis de la operación y sus efectos en la competencia.

Finalmente, cabe reiterar que Argentina fue el primer país en expedir una norma de competencia en América Latina, a través de la Ley sobre Represión del Monopolio, Ley N° 11.210 del 28 de agosto de 1923. Por su parte, Colombia representa la legislación más antigua respecto a la regulación específica de las concentraciones empresariales, mediante la Ley N° 155 del 14 de diciembre de 1959. Chile, en cambio, tiene la particularidad de haber contado con un sistema de notificación voluntaria a partir de una interpretación jurisprudencial, habiendo establecido el mecanismo de la notificación previa y obligatoria de manera expresa recién a partir de la Ley N° 20.945 del 30 de agosto de 2016.

Capítulo I: Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial

1. Antecedentes

Considerando que el control previo de operaciones de concentración empresarial es un mecanismo para cautelar la libre competencia, sus antecedentes están vinculados con la propia adopción de normas sobre derecho de la competencia y la represión de prácticas anticompetitivas.

Así, en el marco de la revolución industrial, entre los años 1760 y 1830 se presenciaron diversos cambios sociales, económicos y tecnológicos. Durante este período, factores tales como las invenciones tecnológicas, el maquinismo, la producción en serie y la especialización laboral, generaron nuevos escenarios en los que se evidencia una intensa competencia entre los proveedores, surgiendo en Inglaterra mecanismos de concentración empresarial que luego se extendieron durante todo el siglo XIX en Europa y América del Norte (Flind Blank, 2002).

En la segunda mitad del siglo XIX, en los Estados Unidos de América aparecieron empresas que se expandieron territorialmente, formando un solo mercado y beneficiándose de las economías de escala y economías de gama; lo que a su vez involucra que las empresas tengan que competir con rivales que en un primer momento eran distantes, generando así la formación de carteles que, a través de acuerdos, mantenían precios altos; afectando así a las pequeñas empresas que terminaron organizándose políticamente para solicitar la creación de leyes *antitrust* (Motta, 1993).

Por lo anterior, en 1890 el gobierno norteamericano promulgó la Sherman Act, con el objeto de prohibir contratos, combinaciones y conspiraciones que restrinjan la competencia; así como la monopolización, intento y conspiración para monopolizar. Por este motivo, enfocó sus esfuerzos en declarar ilegal la existencia de carteles conocidos, convirtiéndose en una ley que luego inspiró a todos los ordenamientos jurídicos en políticas de libre competencia que buscaban legitimar sus políticas públicas.

La Sherman Acta tuvo como objeto establecer medidas que pudiesen frenar a las *trust* (conjunto de empresas que en la práctica actuaban de forma coordinada, a través de diversos mecanismos).

De allí la denominación de este tipo de normativa como legislación *antitrust*. Una vez expedida la Sherman Act en los Estados Unidos de América, se verificó que esta ley no comprendía a las fusiones, las mismas que al estar permitidas legalmente continuaron produciéndose llegando a convertirse en prácticas anticompetitivas, tales como las prácticas monopólicas. Por estas razones, se expide en 1914 la Clayton Act, mediante la cual se extiende la legislación antitrust a las fusiones que pudiesen reducir la competencia. Por otro lado, en el mismo año, se crea la Federal Trade Commission, agencia independiente cuya función era regular aquellas prácticas que atenten contra la libre competencia (Motta, 1993).

Una de las modificaciones más importantes de la Clayton Act -relacionada al objeto de la investigación- fue la enmienda efectuada a través de la Hart-Scott-Rodino Act de 1976, mediante la cual se otorgó al Departamento de Justicia de los Estados Unidos y a la Federal Trade Commission la facultad de revisar -ex ante- todas las fusiones empresariales que sobrepasen determinado umbral.

En efecto, antes de promulgarse la Hart-Scott-Rodino Act, la agencia de competencia debía solicitar al juez que prohíba una determinada operación, para lo cual debía presentar suficientes medios probatorios que permitan presumir razonablemente que la operación devendría en anticompetitiva, resultando complicado obtener -en un breve plazo- dicha medida por parte del juez. Por esta razón, se dispuso que las grandes operaciones de fusión, bajo parámetros económicos objetivos, se sujeten a una notificación previa, antes de su ejecución (B. Espen Eckbo, 1985).

Según Witker Velásquez, en la década de los noventa, el fenómeno de la globalización económica se presenta en toda su extensión, influyendo en casi todos los ordenamientos jurídicos a través de políticas de desregulación, privatización y liberalización (2000).

En América Latina y el Caribe, el derecho de la competencia surge como uno de los ejes para la implementación de dichas políticas, ocasionando que varios países expidan sus primeras normas de defensa de la competencia, reformen la normativa en aquellos países que ya contaban con un régimen de libre competencia, y se adopten normas supranacionales en materia de competencia a través de la Comunidad Andina de Naciones (Juan D. Gutiérrez, 2007). En Perú, es precisamente

este cambio de enfoque en el modelo económico el que coadyuvará a la emisión de normas en materia de derecho de la competencia.

2. Definición

El control de concentraciones empresariales, conjuntamente con la potestad sancionadora de conductas anticompetitivas, constituyen herramientas centrales del Derecho de la Competencia. Cada una tiene su propio ámbito de acción y se entienden como complementarias en una política de protección de la libre competencia.

El control de concentraciones empresariales, denominado también control de estructuras, se caracteriza por preservar la composición del mercado en un marco de libre competencia. Para ello, se evalúan los cambios que se generan en las condiciones de competencia del mercado con motivo de una operación de concentración (Cardinale y otros, 2020). A diferencia del control de conductas, no parte de un análisis casuístico de comportamientos anticompetitivos, sino de un análisis abstracto de la estructura del mercado.

La problemática que está detrás de una regulación de control de concentraciones empresariales es la consolidación de una posición dominante en el mercado por parte de un determinado agente o grupo de ellos, que le(s) permita actuar con independencia de los demás agentes que intervienen en él; es decir, la generación de monopolios u oligopolios (Quintana Sánchez, 1999).

No obstante, también podrían presentarse riesgos de coordinación, en tanto la nueva estructura del mercado compuesta por menos competidores, como producto de la operación de concentración empresarial, facilitaría la coordinación entre estos para reducir la competencia (Bullard González y otros, 2012).

En ese sentido, Laguna de Paz (2019) indica que, en el marco del Derecho de la Competencia, el propósito de los procedimientos de control de concentraciones empresariales es preservar una estructura competitiva del mercado, en tanto muchas veces este mismo es incapaz de solucionar sus propias ineficiencias.

En la misma línea, Durand Carrión (2007) señala que el control de concentraciones es una forma de intervención del Estado en el mercado, que tiene por objeto examinar los proyectos de fusiones y adquisiciones de empresas a fin de mantener un régimen de competencia adecuado.

Como es de prever, si la operación de concentración reduce la competencia en el mercado, esto redundaría en una ineficiente asignación de los recursos, ocasionando que los costos de los productos y servicios se eleven como consecuencia de la reducción de la eficiencia en la producción (Távora Martín, 2012).

Según Miranda Londoño y Gutiérrez Rodríguez (2009), el control de concentraciones permite al Estado, a través de la autoridad de competencia, impedir de manera previa la realización de determinados actos de concentración que restrinjan la competencia; o autorizar dichas operaciones bajo condiciones que coadyuven el mantenimiento de la libre competencia.

En teoría, el ejercicio del control sobre las operaciones de concentración empresarial podría efectuarse *ex ante* o *ex post* a su perfeccionamiento. Sin embargo, como puede apreciarse en la cita del párrafo precedente, la doctrina entiende que dicho control debe ser anterior a la concretización de la operación, a fin de autorizar únicamente aquellas operaciones que no afecten la competencia en el mercado.

Para dicho fin, la autoridad de competencia evalúa la estructura del mercado relevante, su composición, la cuota con la que cuentan los distintos agentes que intervienen en el mercado y los efectos que el acto de concentración produciría sobre la competencia; es decir, a partir de un análisis a futuro (Quintana Sánchez, 2013).

Según Bullard, Falla y Roldán (2012), el proceso de control se realiza básicamente en tres (03) fases: i) identificar si la transacción es una fusión (añadiríamos, fusión o adquisición); (ii) determinar si la fusión (o adquisición) debe ser revisada, lo cual estará condicionado a los objetivos fijados por la autoridad de competencia; (iii) definir si la fusión (o adquisición) debe ser autorizada, controlada (estableciendo el cumplimiento de determinadas condiciones) o prohibida, para lo cual será necesario aplicar una metodología a fin de determinar si la intervención estatal es justificada.

Respecto a este último punto, cabe precisar que el control previo de operaciones de concentración empresarial es un mecanismo de intervención del Estado en la economía, lo cual se encuentra permitido constitucionalmente en un marco de economía social de mercado, a efectos de cumplir con las finalidades previstas en la Carta Magna.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha afirmado que, en dicho modelo económico, *“(...) el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos”* (STC recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC).

Para Miranda Londoño y Gutiérrez Rodríguez (2009), el control previo de operaciones de concentración empresarial comprende, además, una limitación a la autonomía de la voluntad (libertad que tienen los particulares de atorgar sus propios intereses), el derecho de propiedad (en relación a la facultad de disposición de los bienes), la libertad de empresa y la iniciativa privada (añadiríamos, en relación al derecho de crear empresas nuevas o adquirir empresas existentes, o incluso respecto al derecho de dirección, en el caso de adquisiciones).

Por otro lado, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, Tania Zuñiga (2018) define al control de concentraciones empresariales como el procedimiento administrativo de evaluación previa a través del cual los administrados solicitan a la autoridad de competencia la autorización de la operación privada de concentración empresarial; a diferencia del control de conductas, que se manifiesta a través de un procedimiento administrativo sancionador de comportamientos infractores de carácter anticompetitivo.

Al respecto, cabe recordar que la autorización es una técnica jurídico-administrativa que permite a la Administración Pública realizar un control de legalidad u oportunidad antes de que el particular desarrolle una determinada actividad sujeta al régimen de libre iniciativa (preexistencia del derecho a desarrollar la actividad), en mérito a los riesgos que dicha actividad implica (Laguna de Paz, 2006).

En este sentido, la autorización administrativa para el perfeccionamiento de operaciones de concentración empresarial viene a ser el mecanismo por el cual la autoridad de competencia realiza el control previo de las operaciones de concentración empresarial, a pesar de que los particulares tengan el derecho preexistente a realizar dichas operaciones, como expresión del derecho constitucional a la libertad de empresa. La justificación de esta intervención estatal se sustenta en los riesgos para el interés general asociados a este tipo de operaciones, en tanto podrían reducir significativamente la competencia en el mercado.

3. Clasificación de los tipos de Concentración

Según Israel Llave (2012), la concentración empresarial viene a ser un fenómeno -sobretudo económico, añadiremos- que permite a las empresas coordinar, colaborar y diversificar sus inversiones en las distintas formas.

Este término comprende *“todo acuerdo, acto o contrato por el cual una empresa adquiere control sobre otra, incluyendo las fusiones, la formación de empresas en común, la adquisición de empresas, acciones o activos, los contratos de cesión de derechos de voto de accionistas, los contratos de financiamiento entre empresas, e inclusive hechos concretos como convertirse en proveedor obligatorio de un determinado productor”* (Khemani y Shapiro, 1996).

Israel Llave (2012) hace referencia también a otras figuras, como la constitución de empresas holding y la celebración de contratos de colaboración empresarial bajo una administración común.

Conforme a lo antes señalado, la primera operación objeto de atención por la legislación antitrust (Clayton Act) fue la fusión, la cual - en palabras de Elías Laroza (1998) - constituye uno de los mecanismos más completos de control empresarial, motivo por el cual se hace referencia a un fenómeno económico más que jurídico.

La fusión consiste en el mecanismo de concentración empresarial que involucra la reunión de dos o más sociedades para formar una sola. Según el artículo 344° de la Ley General de Sociedades, la fusión puede adoptarse constituyendo una nueva sociedad -una nueva persona

jurídica distinta a las que deciden fusionarse- o a través de la absorción de una de las empresas respecto a las demás intervinientes.

El mismo artículo 344° señala cuáles son las consecuencias jurídicas de la fusión en cada una de sus formas. Así, la fusión por constitución de una nueva sociedad genera la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades que pasan a conformarla, así como la transmisión en bloque, y a título universal, de sus patrimonios a la nueva sociedad.

Por otro lado, la fusión por absorción genera la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades que son absorbidas. La sociedad absorbente -que es una de las que participa en la operación de fusión- asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las sociedades absorbidas.

De lo anterior, se desprende que en ambos casos ocurre la extinción de al menos una sociedad; asimismo, y como aspecto más importante, las sociedades se integran y conforman una sola unidad, una sola personalidad jurídica, con una sola conformación de socios, y con un único patrimonio.

Para Miranda Londoño y Gutiérrez Rodríguez (2009), comentando la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, más allá del tipo de acto, transacción u operación, lo importante es identificar que dos (02) o más empresas que antes actuaban de manera independiente pasan a comportarse como un único órgano de gestión.

Por otro lado, la doctrina (Quintana Sánchez, 1999) clasifica las operaciones de concentración o integración empresarial, por su naturaleza, en tres (03) tipos:

“- **Horizontal**. Se produce entre empresas que realizan la misma actividad y que, por tanto, son competidoras entre sí; beneficiándose de las economías de escala.

- **Vertical.** *Comprende a empresas de un mismo mercado relevante, pero que pertenecen a diferentes fases de la actividad o cadena productiva (insumos, producción, distribución); beneficiándose con la reducción de costos de transacción, producción y distribución.*

- **Integraciones de conglomerado.** *Son aquellas que se producen entre empresas que participan en diferentes mercados y en distintas actividades; beneficiándose de la reducción de costos de distribución, en el uso de tecnologías similares y de la posibilidad de mercadeo de bienes complementarios.”*

4. Evolución del Control de Concentraciones en el Perú

Durante la década de los años noventa, la legislación peruana adoptó cambios sustantivos. El cambio más importante fue la expedición de una nueva Constitución Política, publicada el 30 de diciembre de 1993, mediante la cual se modifica el régimen económico del Estado, optando por una economía social de mercado; lo cual conlleva a efectuar diversas reformas estructurales, orientadas hacia una liberalización, privatización y desregulación de la economía.

En efecto, el artículo 58° de dicha Constitución reconoce la libre iniciativa privada, como expresión del derecho fundamental a la libertad de empresa, estableciendo que ella se ejerce en una economía social de mercado, lo cual evidencia que la propia Carta Magna declara que los agentes, en ejercicio de la libre iniciativa privada, cuentan con libertad de emprender las actividades económicas que más les convenga.

Según el Tribunal Constitucional (STC 0011-2013-PI/TC), el primer componente de la economía social de mercado es precisamente la libre iniciativa privada, la cual se sustenta en la confianza en la persona y su capacidad de autorregularse, garantizando que las fuerzas económicas se orienten sin intervención del Estado, hacia el equilibrio de la oferta y la demanda de bienes y servicios, siendo el Estado un promotor del mercado; siempre que el desarrollo de la actividad económica sea coherente con el bien común y el desarrollo social.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 61° de la Constitución Política del Perú, el Estado facilita y vigila la libre competencia, rechazando y proscribiendo las prácticas que la limiten, así

como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. En tal sentido, se puede concluir que no se condena *per se* el monopolio ni la posición de dominio; por el contrario, lo que se persigue y sanciona es el abuso de estas prácticas.

Previamente a la adopción de la Constitución Política de 1993, en el año 1991, se había aprobado el Decreto Legislativo N° 701, Decreto Legislativo Contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia. Sin embargo, dicha norma pudo ser aplicada recién a inicios del año 1993, cuando la agencia de la competencia -Indecopi- inició sus labores.

En efecto, el 24 de noviembre de 1992, se publicó el Decreto Legislativo N° 25868, que aprueba la Ley de Organizaciones y Funciones del Indecopi. El artículo 24 de esta Ley establecía que es la Comisión de Defensa de la Libre Competencia la encargada de proteger la libre competencia, sancionar y supervisar determinadas conductas anticompetitivas, a través del uso de herramientas como: (i) el control de conductas (*ex post*), manifestación de poder punitivo de la facultad fiscalizadora del Estado para que determinadas conductas anticompetitivas y prohibidas no se cometan (ii) la abogacía de la competencia, a través de la cual se realizan recomendaciones a otras entidades del estado respecto a contratos, actos, procesos o prácticas que de alguna u otra manera puedan estar distorsionando las condiciones de competencias en el mercado, ello debido a que puedan favorecer un determinado grupo en detrimento de otro o por generan barreras para el ingreso de nuevos competidores; y, (iii) el control previo (control de fusiones o empresarial o *ex ante*), cuya intervención del Estado se da de manera *ex ante* y que comprende únicamente las actividades de transmisión, generación y distribución eléctrica, a través de la cual la autoridad realiza una proyección de la fusión empresarial y de los impactos positivos y negativos que se den en el mercado.

Es por ello que, en los noventa, el Derecho de la Competencia se constituyó en un pilar fundamental en la dinamización de la economía, debido a su impacto directo en el bienestar de los consumidores, de las empresas y en definitiva en la estabilidad económica del país. Sin embargo, el control de prácticas anticompetitivas no es el único mecanismo de control del Estado, puesto que también existe el control de estructuras, definida como la autorización previa de fusiones y

adquisiciones en los procesos de concentración como forma de control para evitar distorsiones en la competencia.

Como parte de esa reforma estructural iniciada con la Constitución Política de 1993, y con el propósito que el Estado reduzca su intervención en la economía, en noviembre de 1997 se privatizó los servicios públicos de electricidad, aprobándose posteriormente la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (Delgado Zegarra, 2012).

De la revisión del artículo 1° de la derogada Ley N° 26876, se aprecia que esta tenía por objeto evitar aquellos actos de concentración que tuviesen por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados del sector eléctrico (actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica) o en los mercados relacionados; sujetando a las operaciones de concentración empresarial de tipo horizontal y vertical al procedimiento de autorización previa.

Asimismo, el artículo 3 de la ley citada en el párrafo anterior precisaba los supuestos en los que una determinada operación se encontraba sujeto al procedimiento de autorización previa, sin cuya aprobación no podían realizarse ni producir efecto legal alguno: i) actos de concentración horizontal que involucren a empresas que posean, previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado; ii) actos de concentración vertical que involucren, directa o indirectamente, a empresas que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados.

La competencia para aprobar las operaciones de concentración empresarial señaladas en el párrafo precedente fue conferida a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi. Es decir, las empresas que decidan realizar una operación de concentración empresarial debían presentar una solicitud a la autoridad de competencia, para que esta realice -dentro de un plazo determinado- una evaluación y proyección respecto a los posibles daños que podrían generarse en el mercado y decida si autoriza, deniega o condicione la concentración empresarial.

Posteriormente, en el año 2008, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, complementada y modificada con los Decretos Legislativos N° 1025, Decreto Legislativo que aprueba normas de capacitación y rendimiento para el Sector Público, y N° 1396, Decreto Legislativo que modifica la Ley de la Represión de Conductas Anticompetitivas aprobada por Decreto Legislativo N° 1034. Toda esta normativa fue compilada luego en el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 030-2019-PCM.

Cabe señalar que el mecanismo de control de concentraciones en el sector eléctrico ha sido aplicado en pocos casos, haciendo suponer que una implementación de control empresarial que comprende todo sector económico, resultaría costoso para el Estado, las empresas y la sociedad (Quintana, 1999).

En efecto, durante los 23 años de vigencia de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, la autoridad de la competencia ha resuelto un aproximado de veintidós (22) casos de solicitudes de concentración empresarial, de los cuales fueron aprobadas -sin condición- catorce (14), dos (02) fueron aprobadas con condiciones, resultando sólo una (01) ineficaz, en tanto la proyección realizada perjudicó la concentración empresarial, y dos (02) fueron declaradas inadmisibles.

No obstante, durante los últimos años, nuestros legisladores han formulado más de una decena de proyectos normativos en temas de control de concentraciones empresariales. Así, fueron presentados los Proyectos de Ley N°s 353, 367, 2398, 2558, 2567, 2569, 2604, 2634, 2654, 2660, 3279 y 4110.

Sobre la base de los mencionados proyectos de ley, se aprobó el Decreto de Urgencia N° 013-2019, que regula el control previo de operaciones de concentración empresarial en todo sector económico, publicado el 19 de noviembre de 2019; a través del cual se faculta a la autoridad de la competencia a realizar una proyección sobre el impacto que tendría una fusión en caso de ser aprobada, con la finalidad de evitar que exista posición de dominio en el mercado a través de la realización de conductas anticompetitivas desarrolladas por dichos agentes económicos.

Cabe indicar que, si bien se realizó la publicación del proyecto de Reglamento del Decreto de Urgencia N° 013-2019, para la recepción de opiniones, comentarios y sugerencias, a través de la Resolución Ministerial N° 212-2020-EF-15, dicho Reglamento no fue aprobado.

Finalmente, el 07 de enero de 2021, se publicó la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, la cual reemplaza al Decreto de Urgencia N° 013-2019. Asimismo, el 04 de marzo de 2021, se publicó el Reglamento de la Ley N° 31112, aprobado por Decreto Supremo N° 039-2021-PCM. Esta Ley y su Reglamento serán materia de análisis comparado en el siguiente capítulo.

5. Balance

En el presente capítulo, se han recogido, en primer lugar, los antecedentes de la regulación del control previo de concentraciones empresariales, advirtiéndose que se trata de un mecanismo de protección de la libre competencia. Así, se puede reconocer un primer hito en la expedición de la Sherman Act de 1890, en los Estados Unidos de América, cuyo objeto fue prohibir determinadas conductas restrictivas de la competencia; así como la monopolización, intento y conspiración para monopolizar.

No obstante, la norma que extiende estas prohibiciones en el ámbito de las fusiones es la Clayton Act, de 1914; norma que posteriormente será motivo de enmienda por parte de la Hart-Scott-Rodino Act de 1976, mediante la cual se otorgó al Departamento de Justicia de los Estados Unidos y a la Federal Trade Commission el poder de revisar -ex ante- todas las fusiones empresariales que sobrepasen un cierto umbral.

En segundo lugar, se abordó el concepto de control previo de las operaciones de concentración empresarial, también denominado control de estructuras, advirtiéndose que no existen diferencias teóricas en su definición. En efecto, la literatura sobre el particular coincide en que se trata de un mecanismo de intervención estatal en la economía, a través del cual se evalúan *ex ante* los efectos de la operación en la estructura del mercado, con el fin de evitar una restricción significativa de la competencia.

Cabe resaltar, sin embargo, la óptica que entiende al control previo como una limitación a la autonomía privada, propiedad y libertad de empresa, motivo por el cual considera que este tipo de intervención estatal deberá encontrarse suficientemente justificado en la protección de un bien constitucionalmente protegido, como lo es la libre competencia.

Como técnica jurídico administrativa, el control previo se manifiesta en la necesidad que tienen las empresas de transitar por un procedimiento administrativo de evaluación previa (en el Perú, sujeto a silencio administrativo positivo, no obstante que los particulares tengan el derecho preexistente a realizar dichas operaciones, como expresión del derecho constitucional a la libertad de empresa; en cuyo marco, la Administración realiza el control previo de las operaciones, para evaluar los riesgos para el interés general asociados a este tipo de operaciones, en tanto podrían reducir significativamente la competencia en el mercado; que concluirá en la emisión de una autorización (título habilitante) por parte de la autoridad de competencia

En tercer lugar, hemos hecho referencia a los actos u operaciones que se encuentran comprendidos por el control previo. Sobre este particular, se definió a la operación de concentración empresarial por antonomasia: la fusión, la cual involucra la extinción de personalidad jurídica y la transmisión en bloque y a título universal de patrimonio a otra persona jurídica (nueva o absorbente), con una sola conformación accionarial.

Sin embargo, lo importante es verificar los efectos: empresas que antes actuaban de manera independiente pasan a comportarse en la práctica como una sola. Adicionalmente, se han detallado los tipos de concentración empresarial: horizontal, vertical y de conglomerado.

Finalmente, se abordó la evolución de la regulación del control de operaciones de concentración empresarial en el Perú, partiendo desde la expedición de la Constitución Política del Perú, el cual adopta un régimen económico de economía social de mercado; y, haciendo referencia al Decreto Legislativo N° 701, Decreto Legislativo Contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia; Decreto Legislativo N° 25868, que aprueba la Ley de Organizaciones y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la

Protección de la Propiedad Intelectual; Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico; Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 030-2019-PCM; Decreto de Urgencia N° 013-2019, que regula el control previo de operaciones de concentración empresarial en todo sector económico; para llegar finalmente a la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.



Capítulo II: Análisis comparado de la legislación que establece el control previo en el ordenamiento peruano, argentino, chileno y colombiano

En el presente capítulo, se confrontan las disposiciones de la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial en el Perú, con las experiencias legislativas de Argentina, Chile y Colombia, países de la región que afrontan normativamente la misma problemática. La comparación versa sobre los siguientes puntos:

i) Los supuestos en los que una operación de concentración empresarial estará sujeta al control previo, siendo los criterios legales a comparar los actos y tipos de concentración empresarial, los supuestos de exoneración, la posibilidad de plantear consultas a la autoridad, así como la posibilidad de la notificación voluntaria, mientras que el criterio económico a comparar es el valor del umbral a partir del cual la operación requerirá de autorización previa.

ii) El procedimiento de control, siendo los criterios legales a comparar la naturaleza del procedimiento, sus fases, plazos, la posibilidad de actuar de oficio y si la norma contempló un procedimiento simplificado.

iii) Los posibles pronunciamientos que puede emitir la autoridad competente, siendo los criterios legales a comparar el tipo de pronunciamiento que da por concluido el procedimiento, las consecuencias legales en caso de no resolverse dentro del plazo establecido por la norma y la regulación respecto al fraude o falsedad en la información proporcionada al presentarse la solicitud.

En primer lugar, es importante conocer cuáles son los supuestos en los que se exige a las empresas intervinientes en una operación de concentración empresarial a transitar previamente por un procedimiento de control previo, debido a que esto tendrá una repercusión directa en la cantidad de procedimientos que tendrá a su cargo la autoridad de competencia.

En segundo lugar, el modo de ejercer el control previo, a través del procedimiento establecido, tendrá incidencia en la efectividad de dicho mecanismo, en tanto permitan recabar la información

suficiente para efectuar una óptima evaluación de los efectos de la operación de concentración empresarial.

En tercer lugar, comparar los posibles pronunciamientos que puede emitir la autoridad competente permite verificar si la regulación del control previo aborda todas las alternativas y vicisitudes que surgen a partir del análisis de la operación y sus efectos en la competencia.

1. Legislación peruana: Contenido de la Ley N° 31112

1.1 Operaciones sujetas al control previo

Las operaciones de concentración empresarial serán objeto de evaluación previa por parte del Indecopi cuando: la concentración empresarial implique un cambio de control, como consecuencia de una fusión, una adquisición directa o indirecta, la constitución de una empresa en común o de *joint ventures* o cualquier otra modalidad contractual. Asimismo, la concentración empresarial debe tener efectos en el territorio peruano.

Nótese el concepto funcional de operación de concentración empresarial, para efectos de la Ley N° 31112, que pone énfasis en el la transferencia o cambio de control de una empresa o parte de esta.

Adicionalmente, desde el punto de vista económico, la operación de concentración requerirá de autorización previa únicamente en los casos que supere los siguientes umbrales económicos de manera concurrente:

a. Cuando, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, la suma total de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país, de las empresas involucradas en la operación, haya alcanzado, un valor igual o superior a ciento dieciocho mil (118,000) unidades impositivas tributarias (UIT). Considerando que una Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es actualmente el equivalente a S/ 4,400 soles, el umbral estaría fijado en la suma

de S/ 519,200,000.00 soles, que a junio de 2021 equivaldría a US\$.135,208,333.33 dólares americanos, aproximadamente.

b. Cuando, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, el valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de al menos dos (02) de las empresas involucradas en la operación hayan alcanzado, un valor igual o superior a dieciocho mil (18,000) UIT cada una, que a junio de 2021 equivaldría a US\$.20,625,000.00 dólares americanos, aproximadamente.

Cabe señalar que, según el numeral 6.3 del artículo 6 de la Ley N° 31112, el Indecopi puede proponer la actualización del valor del umbral siempre que se justifique la necesidad de dicha actualización, lo cual tendrá que efectuarse a través de una norma con rango de ley.

Por otro lado, la norma contempla la posibilidad de que los agentes económicos formulen consultas de carácter orientativo a la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, de manera individual o conjunta, a efectos de aclarar si una determinada operación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la ley o respecto a qué información es requerida para el procedimiento de autorización, entre otros.

Finalmente, es pertinente indicar que el numeral 6.4 del artículo 6 de la Ley N° 31112 prevé la posibilidad de que las empresas que no alcancen los umbrales económicos opten por una notificación voluntaria de la operación de concentración empresarial, precisando el Reglamento que dicha notificación se regirá por el mismo procedimiento establecido para la notificación obligatoria.

1.2 Procedimiento

El procedimiento administrativo de control previo consta de dos (02) fases: i) Fase I, en la que se evalúa la admisibilidad de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial y se considera si la operación representa riesgos que puedan afectar la competencia en

el mercado; y, ii) Fase II, cuando se entiende que la operación puede generar efectos restrictivos en la competencia.

El procedimiento se inicia con la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial, la misma que deberá incluir los antecedentes que permitan a la autoridad de competencia conocer el mercado en el que desenvuelve y los efectos de la concentración, debiendo cumplirse además con los requisitos previstos en el Reglamento, incluido el pago de por derecho de tramitación.

En el plazo de diez (10) días hábiles, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia verifica que la solicitud cumpla con todos los requisitos, admitiéndola a trámite, de corresponder. Por el contrario, en caso se advierta alguna omisión o información incompleta, se otorga al solicitante un plazo por diez (10) días hábiles para la respectiva subsanación, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada la solicitud, debiendo pronunciarse la autoridad administrativa sobre la admisión de la solicitud dentro de los cinco (05) días hábiles posteriores.

Una vez admitida a trámite la solicitud, y dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, el procedimiento administrativo de control previo puede decantar en dos (02) vías alternativas: (i) la primera, cuando la Comisión de Libre Competencia emite la resolución que declara que la operación no se encuentra dentro de los alcances de la norma, o, cuando autoriza la operación, al entender que no representa riesgos que puedan afectar la competencia en el mercado; y, (ii) la segunda, en el supuesto que dicha autoridad considere que la operación involucra serias preocupaciones de generar efectos restrictivos de la competencia, en cuyo caso emitirá una resolución declarando el inicio de la segunda fase del procedimiento.

Iniciada la segunda fase del procedimiento, se publica un breve resumen de la resolución que sustenta su inicio, a fin de que los terceros con legítimo interés puedan presentar la información que estimen pertinente, no ante la Secretaría Técnica sino ante la propia Comisión de Libre Competencia del Indecopi.

Por último, en un plazo de noventa (90) días hábiles desde el inicio de la segunda fase, prorrogables motivadamente por treinta (30) días hábiles adicionales, la Comisión de Libre Competencia evalúa los riesgos que involucra la operación de concentración empresarial, emitiendo el pronunciamiento que corresponda.

Por otro lado, el artículo 10 del Reglamento de la Ley N° 31112, aprobado por Decreto Supremo N° 039-2021-PCM, ha previsto un procedimiento simplificado para los siguientes supuestos:

“Artículo 10.- Procedimiento administrativo de solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial

a) Cuando los agentes económicos que intervienen en la operación de concentración empresarial o sus respectivos grupos económicos no realicen actividades económicas en el mismo mercado de producto y en el mismo mercado geográfico; o, no participen en la misma cadena productiva o de valor.

*b) Cuando la operación de concentración empresarial genere que un agente económico adquiera el control exclusivo de otro agente económico sobre el cual ya tiene el control conjunto.
(...)”*

El procedimiento simplificado también consta de dos (02) fases. En la primera, dentro del plazo de los diez (10) días hábiles, la Secretaría Técnica verifica el cumplimiento de los requisitos de la solicitud y evalúa adicionalmente que la operación se encuentre dentro de los supuestos para el procedimiento simplificado, pudiendo disponer la tramitación bajo el procedimiento ordinario en caso considere necesaria la información adicional para una adecuada investigación de los posibles riesgos para la competencia derivados de la operación.

Finalmente, es importante señalar que, el numeral 6.4 del artículo 6 de la Ley N° 31112, faculta a la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi a actuar de oficio, en los casos en que existan indicios razonables para considerar que la operación de concentración

puede generar posición de dominio o afectar la competencia efectiva en el mercado relevante. Sin embargo, no prevé el procedimiento para el ejercicio de dicha facultad.

1.3 Alternativas de pronunciamiento de la autoridad

En primer lugar, debe considerarse la posibilidad de tener por no presentada la solicitud, en caso el peticionario no cumpla con subsanar su solicitud de autorización en el plazo de diez (10) días hábiles de efectuada ¿notificada? la observación.

En segundo lugar, la Comisión de Libre Competencia del Indecopi puede concluir el procedimiento con alguno de los siguientes pronunciamientos de fondo:

“(i) Autorizar la concentración empresarial, por considerar que no existen riesgos significativos para la competencia, o cuando los solicitantes demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos restrictivos a la competencia.

(ii) Autorizar la operación condicionada a ciertas condiciones orientadas a evitar o atenuar los posibles efectos restrictivos a la competencia. Dichas condiciones pueden sustentarse en los compromisos asumidos por los mismos agentes que participan de la operación de concentración.

(iii) No autorizar la operación, cuando los solicitantes no demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos restrictivos a la competencia y no sea posible establecer condiciones destinadas a evitar o atenuar dichos efectos.”

Cabe señalar que, si la Comisión de Libre Competencia no emite pronunciamiento expreso dentro del plazo previsto en la ley, resulta aplicable el silencio administrativo positivo, entendiéndose por aprobada la solicitud y dándose por concluido el procedimiento de control previo.

Finalmente, cuando se compruebe fraude o falsedad en la declaración, en la información o en la documentación presentada por el solicitante, corresponde declarar la nulidad de oficio del acto

que autorizó la operación de concentración empresarial, previo traslado a los administrados a efectos de que puedan ejercer su derecho a la defensa.

2. Legislación argentina

Uno de los ordenamientos jurídicos que acoge el modelo del control previo de las operaciones de concentración empresarial es el derecho argentino, actualmente previsto en la Ley N° 27.442, Ley de Defensa de la Competencia, vigente desde el 23 de mayo de 2018. Es decir, no se trata de una norma específica o especial que incorpore el control previo al sistema de defensa de la competencia, sino que es la misma Ley de Defensa de la Competencia la que considera este instituto de manera sistematizada, como uno de los mecanismos en favor de la libre competencia.

Cabe mencionar que Argentina fue el primer país latinoamericano en dictar una legislación en defensa de la libre competencia, a través de la Ley N° 11.210, también denominada Ley de Represión de Monopolios, aprobada en 1923; aunque se puede apreciar un antecedente de represión de conductas anticompetitivas en el artículo 300 del Código Penal de 1921 (Irizar y Boidi, 2018).

2.1 Operaciones sujetas al control previo

La Ley N° 27.442 prohíbe las concentraciones económicas, las cuales han sido definidas desde una perspectiva funcional como la toma de control de una o varias empresas, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia en el mercado.

El ámbito objetivo de la Ley alcanza a las siguientes operaciones: a) la fusión; b) la transferencia de fondos de comercio; c) la transferencia de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones, o títulos de deuda que otorguen derecho a ser convertidos en acciones o participaciones; d) cualquier otro acto que transfiera los activos de una empresa; e) cualquiera de los actos del inciso c) que implique la adquisición de influencia sustancial en la estrategia competitiva de una empresa.

De otro lado, el ámbito subjetivo de la Ley abarca a las personas naturales (denominadas humanas) y jurídicas, de carácter público y privado, con o sin fines de lucro, cuyas actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.

De manera similar a la normativa peruana, el artículo 9 de la Ley N° 27.442 establece un umbral económico, disponiendo la obligación de la notificación previa de la operación cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere los cien millones (100.000.000) de unidades móviles. La Resolución N° 151, de fecha 18 de febrero de 2021, actualizó el valor de la unidad móvil en \$ 55,29 pesos argentinos. Por lo que, el umbral económico, al mes de junio de 2021 ¿puedes actualizar a noviembre de 2021?, equivaldría a un aproximado de US\$ 57,864,965.88 dólares americanos.

Por otro lado, el modelo argentino prevé también la posibilidad de que la autoridad administrativa determine si existe la obligación de notificar una operación, a través de una opinión consultiva. Sin embargo, a diferencia de la normativa peruana, esta opinión consultiva pareciera ser vinculante, en tanto es emitida por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia, además de tener carácter inapelable y tener una vigencia de seis meses, prorrogables por única vez y por causas justificadas.

Finalmente, a diferencia del modelo peruano, la Ley N° 27.442 contempla una serie de exoneraciones al control previo, bajo la premisa de que existen supuestos en los que la operación no repercutirá en una afectación del proceso competitivo. Así, se encuentran exentas las siguientes operaciones:

“i) La adquisición de empresas sobre las que ya se poseía más del 50% de las acciones, siempre que ello no implique un cambio en la naturaleza del control;

ii) Las adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas;

iii) Las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea activos o acciones de otras empresas en Argentina y cuyas exportaciones hacia Argentina no hayan sido significativas y frecuentes durante los últimos 36 meses;

iv) Adquisiciones de empresas que no hayan registrado actividad en el último año, salvo que las actividades principales de la empresa objeto de adquisición y de la empresa adquirente fueran coincidentes;

v) Operaciones cuyo monto y valor de los activos situados en Argentina no superen, cada uno de ellos, la suma equivalente a 20.000.000 de unidades móviles, salvo que en el plazo de 12 meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de la suma equivalente a 60.000.000 de unidades móviles en los últimos 36 meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado.”

Asimismo, la Reglamentación de la Ley N° 27.442 exceptúa de la obligación de notificación previa a las transferencias de bienes a título gratuito, sea por actos entre vivos o por causa de muerte, que se hagan a favor del Estado Nacional o sus dependencias, las Provincias, las Municipalidades y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y herederos legitimarios.

2.2 Procedimiento

A diferencia de la legislación peruana, la Ley N° 27.442 no contempla fases en el procedimiento de control previo; por lo que, podemos afirmar que se trata un procedimiento con una fase única. No obstante, parece distinguirse una etapa en el procedimiento para los casos en los que la autoridad considere que la operación pudiese restringir significativamente la competencia, el cual cuenta con un plazo adicional para emitir pronunciamiento. Es decir, en la práctica, el procedimiento es similar al previsto en la legislación peruana.

El procedimiento de control previo tiene una duración de cuarenta y cinco (45) días y se inicia con el acto de notificación de la operación de concentración empresarial, acompañando de modo

completo y correcto la información y antecedentes fijados de manera general por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Cabe indicar que la norma no contempla la posibilidad de que la autoridad formule observaciones al acto de notificación, por considerar que la información es incompleta. No obstante, queda claro que el cómputo del plazo para resolver no tendrá inicio hasta que la información sea presentada correctamente.

Según el artículo 14 de la Ley N° 27.442, en el supuesto que el Tribunal de Defensa de la Competencia considere que la operación puede restringir o distorsionar la competencia, trasladará un informe motivado a los solicitantes, otorgando un plazo para que éstos planteen las alegaciones que consideren pertinentes u ofrezcan una solución a la situación formulada.

Asimismo, el Tribunal citará a los solicitantes a una audiencia para evaluar posibles medidas que reduzcan el efecto negativo sobre la competencia. Cabe señalar que, de manera simultánea, dicho informe deberá ser puesto también a disposición del público en general.

Para este supuesto en específico, el plazo de resolución podrá extenderse hasta por ciento veinte (120) días adicionales. Asimismo, este plazo podrá suspenderse hasta que los solicitantes absuelvan las objeciones formuladas por el Tribunal a través de su informe de objeción.

Por otro lado, es oportuno señalar que, la Ley N° 27.442 faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia a fijar un procedimiento sumario para aquellas concentraciones empresariales que, a su criterio, tuvieren menor probabilidad de restringir la competencia en el mercado.

Finalmente, se debe mencionar que la norma contempla la posibilidad del inicio de un procedimiento de oficio, o por denuncia, cuando un acto que no fue notificado se encontraba en la obligación de requerir previamente la autorización de la autoridad antes de su perfeccionamiento.

2.3 Alternativas de pronunciamiento de la autoridad

El Tribunal de Defensa de la Competencia de la Autoridad Nacional de la Competencia puede adoptar una de las siguientes decisiones:

- i) Autorizar la operación.
- ii) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma autoridad establezca.
- iii) Denegar la autorización.

Cabe señalar que, si el Tribunal de Defensa de la Competencia no emitiese pronunciamiento en el plazo señalado en el apartado precedente, la operación se tendrá por autorizada tácitamente.

Asimismo, si a juicio de la autoridad la información y antecedentes –generales o adicionales– no hubiesen sido presentadas de modo completo y correcto, podrá tenerse por no notificado el acto de concentración empresarial en cuestión. Sin perjuicio de ello, la autoridad tiene la facultad de resolver con la información que pueda recabar ella misma de oficio.

3. Legislación chilena

En el ordenamiento jurídico chileno, se encuentra vigente la Ley N° 20.945, Ley que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, la cual entró en vigencia el 30 de agosto de 2016, modificando el Decreto Ley N° 211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004. Se trata de un cuerpo normativo unificado de protección de la competencia, dentro del cual se contempla, como uno de sus componentes, el control de operaciones de concentración empresarial.

3.1 Operaciones sujetas al control previo

Al igual que en caso peruano, la Ley N° 20.945 establece la obligación de notificación previa a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE), de las operaciones de concentración de

agentes económicos, cuando la suma de sus ventas durante el ejercicio anterior, en Chile, haya alcanzado o superado el umbral económico establecido; siempre que las ventas en Chile de al menos dos de las empresas participantes hayan alcanzado o superado, por separado, un segundo umbral económico.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Ley define a la operación de concentración desde un punto de vista funcional, enfocándose en los efectos producidos por la operación, independientemente del tipo. En efecto, el artículo 47 de la Ley N° 20.945 hace referencia al hecho de que las empresas participantes, que antes de la operación eran independientes entre sí, cesan en su independencia y comienzan a comportarse como un único agente económico.

Asimismo, la norma hace referencia a las siguientes operaciones: a) fusión; b) adquisición de derechos que permita influir decisivamente en la administración de la empresa; c) asociación, bajo cualquier modalidad, para conformar un agente económico independiente y permanente, distinto de los intervinientes; d) adquisición del control sobre los activos de la empresa.

Asimismo, cabe indicar que el umbral económico es fijado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) mediante resolución. Así, mediante Resolución Exenta N° 157, de fecha 25 de marzo de 2019, el primer umbral económico asciende a 2,500,000 unidades de fomento, que al mes de junio de 2021 equivale aproximadamente a US\$. 101,004,887.80 dólares americanos; mientras que el segundo umbral económico asciende a 450,000 unidades de fomento, que al mes de junio de 2021 ¿actualizarás? equivale aproximadamente a US\$. 18,180,879.80 dólares americanos.

Por otro lado, al igual que la regulación peruana, el artículo 48 de la Ley N° 20.945 dispone la posibilidad de que los agentes económicos realicen una notificación voluntaria, en aquellos casos donde la operación no alcance los umbrales económicos fijados por la FNE. Asimismo, si no se hubiese efectuado esta notificación voluntaria, la FNE podrá instruir las investigaciones que estime procedentes, dentro del plazo de un año, contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración.

3.2 Procedimiento

La Ley N° 20.945 considera al procedimiento de control previo como uno de investigación, a cargo del Fiscal Nacional Económico, en el que se evaluarán los riesgos que involucra la operación de concentración empresarial para la libre competencia.

Como primer punto, la FNE evalúa si la notificación cumple con todos los requisitos establecidos en la ley y su reglamento, y, de ser este el caso, ordena el inicio de la investigación y comunica la respectiva resolución al notificante. Si la resolución no fuese comunicada dentro del plazo diez (10) días, la investigación se entiende iniciada, de pleno derecho, al día siguiente del vencimiento del plazo. Por el contrario, si las empresas intervinientes no hubiesen presentado la información completa, la FNE otorga un plazo de diez (10) días para subsanar los errores u omisiones identificados. La subsanación es entendida como una nueva notificación.

Como segundo punto, una vez iniciada la investigación, la FNE puede requerir información a otras entidades, organismos técnicos estatales o incluso de terceros. Asimismo, el notificante puede solicitar a la FNE que le suministre información respecto al curso de la investigación, y tendrá derecho a que la FNE le informe, antes de que se emita resolución, de los riesgos que la operación involucra para la libre competencia. Adicionalmente, el notificante tiene derecho a ofrecer las medidas que estime convenientes para reducir los riesgos de la operación, así como alegar su opinión respecto a la operación notificada y proponer las diligencias de investigación que estime pertinentes.

Como tercer punto, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley N° 20.945, la FNE emite pronunciamiento dentro del plazo de treinta (30) días siguientes a la fecha de inicio de la investigación, pudiendo extender la investigación hasta por un máximo de noventa (90) días adicionales, cuando considere que la operación puede reducir significativamente la competencia.

Si es que se decidiese ampliar la investigación, la FNE comunicará dicha circunstancia a las autoridades directamente involucradas y a los agentes económicos que pudiesen tener interés en la operación. Por su parte, aquellos que reciban tal comunicación, así como cualquier tercero interesado en la operación, incluyendo proveedores, competidores, clientes o consumidores, podrán aportar antecedentes a la investigación dentro de los veinte (20) días siguientes a la

publicación. Finalmente, la FNE debe emitir pronunciamiento dentro del plazo contemplado en la ampliación.

Por otro lado, es preciso indicar que el artículo 4 del Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración, aprobado por Decreto N° 33 del 01 de marzo de 2017, establece un mecanismo de notificación simplificada, cuando se cumpla alguno de los siguientes supuestos:

i) Cuando no exista superposición o traslape horizontal o vertical entre las partes de la operación, porque ninguna de ellas realiza actividades económicas en el mismo mercado relevante o en el mismo mercado geográfico, o no realiza actividades en mercados verticalmente relacionados dentro del proceso de producción y comercialización.

ii) Cuando la participación de las partes, en los distintos mercados, no resulte apta para reducir sustancialmente la competencia, en razón a su escasa importancia.

iii) Cuando, la cuota de mercado combinada de todas las partes que participen en una relación horizontal, sea inferior al 50%, siempre que el incremento («delta») del Índice Herfindahl-Hirschman («IHH») resultante de la operación de concentración sea inferior a 150.

A diferencia del procedimiento ordinario, en el procedimiento simplificado se requiere que el notificante presente una menor cantidad de antecedentes. Asimismo, antes de la notificación, las empresas intervinientes pueden solicitar, con la fundamentación respectiva, que se les exima de acompañar determinados antecedentes.

Finalmente, en el marco del procedimiento de investigación, cuando se advierta que no se cumplen con los supuestos para la notificación simplificada, o cuando pese a cumplir con dichos supuestos resulte necesario para una investigación adecuada de los posibles riesgos para la competencia, la FNE dispondrá que se realice la notificación ordinaria, la cual se considera como una nueva notificación.

3.3 Alternativas de pronunciamiento de la autoridad

En primer lugar, cabe señalar que, antes del inicio de la investigación, si el notificante no subsana los errores u omisiones de la notificación advertidas por la FNE, dentro del plazo establecido, la notificación se tendrá por no presentada.

En segundo lugar, iniciado el procedimiento de investigación, y antes de la ampliación del plazo de investigación, la FNE puede emitir alguno de los siguientes pronunciamientos:

- i) Aprobar la operación de concentración empresarial, en forma pura y simple.
- ii) Aprobar la operación con condiciones, ofrecidas por el notificante.

Asimismo, si es que la FNE no emitiera pronunciamiento dentro del primer plazo de treinta (30) días, la operación se entiende por autorizada, conjuntamente con las medidas que el notificante hubiese ofrecido.

Finalmente, luego de la ampliación del plazo de investigación, la FNE puede adoptar alguno de los siguientes pronunciamientos:

- i) Aprobar la operación en forma pura y simple.
- ii) Aprobar la operación con las condiciones ofrecidas por el notificante.
- iii) Prohibir la operación de concentración empresarial.

Asimismo, si vencido el plazo ampliatorio, la FNE no hubiese tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de concentración, incluyendo las medidas propuestas por el notificante.

4. Legislación colombiana

En el ordenamiento jurídico colombiano, actualmente se encuentra vigente la Ley N° 1340, publicada en el Diario Oficial el 24 de julio de 2009, mediante la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Al igual que el caso argentino y chileno, la finalidad es establecer un régimen general de protección de la competencia, aplicable a todos los sectores y a todas las actividades económicas, dentro del cual se contempla, como uno de sus componentes, el control de integraciones empresariales.

4.1 Operaciones sujetas al control previo

La Ley N° 1340 establece la obligación de transitar por un procedimiento administrativo previo a la operación de integración empresarial, ya sea vertical u horizontal, cuando, cualquiera sea la forma jurídica utilizada, tenga por efecto fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse; siempre que las empresas se encuentren en uno de los siguientes supuestos:

i) Cuando, durante el año fiscal anterior a la operación, las empresas hayan tenido, en conjunto o individualmente consideradas, ingresos operacionales superiores al monto que haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC).

ii) Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación, las empresas tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que haya establecido la SIC.

Cabe indicar que, mediante Resolución N° 77896 del 02 de diciembre de 2020, la SIC fijó como umbral el valor de 60,000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) para el año 2021, lo cual equivale aproximadamente a US\$. 14,721,403.82 dólares americanos.

No obstante, la norma establece de manera objetiva un supuesto en el que la operación se entiende automáticamente aprobada: cuando, no obstante superar el umbral, los interesados cuenten en conjunto con menos del 20% del mercado relevante. En este último caso, se deberá únicamente notificar a la SIC de esta operación.

Asimismo, la norma prevé un supuesto de exclusión al deber de notificación previa: cuando las empresas intervinientes en la operación de integración acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial.

4.2 Procedimiento

De manera similar al caso peruano, el procedimiento administrativo regulado en el artículo 10 de la Ley N° 1340 contempla dos (02) fases: una fase de pre-evaluación con una duración de treinta (30) días en los que la autoridad puede determinar que no existen riesgos sustanciales para la competencia, o, de lo contrario, disponer la procedencia de continuar con el procedimiento; y, una fase decisoria, en la que se recaba la información que sea necesaria (previstas en las guías expedidas para este efecto) y se emite el pronunciamiento respectivo.

Corresponde señalar que la particularidad del sistema colombiano es el establecimiento de una etapa de publicación de la operación en un diario de amplia circulación nacional, en la fase de pre-evaluación, a fin que los interesados puedan remitir la información que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes.

Asimismo, iniciada la fase decisoria, la SIC recaba información de las empresas intervinientes, los terceros y las autoridades sectoriales que correspondan (conforme a las guías expedidas), la misma que deberá ser presentada dentro de un plazo máximo de quince (15) días; sin perjuicio de conceder a las empresas intervinientes la posibilidad de controvertir dicha información dentro del mismo plazo. La SIC deberá emitir pronunciamiento dentro de los tres (03) meses contados a partir de que las empresas intervinientes hayan presentado la totalidad de la información requerida.

4.3 Alternativas de pronunciamiento de la autoridad

A fin de culminar con el procedimiento de control previo, la SIC puede adoptar una de las siguientes decisiones:

i) Aprobar la operación, subordinándola al cumplimiento de las condiciones que la misma autoridad establezca, bajo el entendido de que éstas son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia.

ii) Objetar la operación, si es que considera que ésta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.

Si transcurrido el plazo de tres (03) meses, contados desde que las empresas intervinientes presentan la totalidad de la información en la fase decisoria, la operación no se hubiere objetado o condicionado, se entenderá que ha sido autorizada.

Por otro lado, la Ley N° 1340 prevé que la inactividad de las empresas intervinientes, por más de dos (02) meses, en cualquier etapa del procedimiento, será considerada como un desistimiento de la solicitud de autorización.

En relación a las operaciones aprobadas bajo condiciones, el artículo 11 de la Ley N° 1340 establece la obligación, por parte de la SIC, de supervisar periódicamente su cumplimiento. Asimismo, el incumplimiento de dichas condiciones dará lugar a las sanciones previstas en esta ley, previos descargos; mientras que la reincidencia será causal para la reversión de la operación.

Finalmente, en el trámite de la fase decisoria del procedimiento de control, la SIC se encuentra facultada a no objetar la operación de integración empresarial en dos (02) supuestos:

i) Cuando los efectos benéficos de la operación para los consumidores excedan el posible impacto negativo sobre la competencia, siempre y cuando tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios y los interesados se comprometan a trasladar los efectos benéficos a los consumidores. Este supuesto se denomina excepción de eficiencia.

ii) Cuando independiente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.

5. Balance

En el presente capítulo, se han comparado las disposiciones de la Ley N° 31112 y la regulación prevista en los países vecinos como Argentina (Ley N° 27.442), Chile (Ley N° 20.945) y Colombia (Ley N° 1340); en relación a los actos y tipos de concentración empresarial, los supuestos de exoneración, la posibilidad de plantear consultas a la autoridad, así como la posibilidad de la notificación voluntaria, el valor del umbral a partir del cual la operación requerirá de autorización previa; la naturaleza del procedimiento, sus fases, plazos, la posibilidad de actuar de oficio y si la norma contempló un procedimiento simplificado; el tipo de pronunciamiento, el silencio administrativo y la regulación respecto al fraude o falsedad en la información presentada en la solicitud. Los resultados se presentan en el siguiente cuadro:



**CUADRO COMPARATIVO SOBRE EL CONTROL PREVIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN
EMPRESARIAL**

CRITERIO OBJETO DE COMPARACIÓN	<u>PERÚ</u>	<u>ARGENTINA</u>	<u>CHILE</u>	<u>COLOMBIA</u>
Actos de concentración empresarial	Implice un cambio de control	Involucre la toma de control de una o varias empresas	Cese de la independencia entre agentes económicos	Cuando la operación, cualquiera sea la forma jurídica utilizada, tenga por efecto fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse
	Fusión, adquisición directa o indirecta, constitución de una empresa en común o de <i>joint ventures</i> o cualquier otra modalidad contractual	Fusión; transferencia de fondos de comercio; transferencia de propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones; actos que transfieran los activos de una empresa.	Fusión; adquisición de derechos que permita influir decisivamente en la administración; asociación para conformar un agente económico independiente y permanente; adquisición del control sobre los activos de la empresa	
Umbrales económicos	Concurrentemente: i) Ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país, de las empresas involucradas en la operación sea igual o mayor de US\$.	Suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere los US\$ 57,864,965.88, aproximadamente.	Concurrentemente: i) Ventas en Chile de los participantes haya alcanzado o superado los US\$. 101,004,887.80, aproximadamente.	Indistintamente: i) Cuando, las empresas hayan tenido, en conjunto o individualmente, ingresos operacionales

	<p>135,208,333.33, aproximadamente.</p> <p>ii) Ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de al menos dos (02) de las empresas involucradas sea igual o mayor de US\$. 20,625,000.00 dólares americanos, aproximadamente.</p> <p>iii)</p>		<p>ii) Ventas en Chile de al menos dos de las empresas participantes hayan alcanzado o superado, por separado, los US\$. 18,180,879.80, aproximadamente.</p>	<p>superiores a US\$. 14,721,403.82.</p> <p>ii) Cuando las empresas tuviesen, en conjunto o individualmente, activos totales superiores a US\$. 14,721,403.82.</p>
Exoneraciones	No	6 supuestos de exoneración	No	Cuando las empresas acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial
Posibilidad de formular consultas	Ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia	Ante el Tribunal de Defensa de la Competencia	No	No
Notificación voluntaria	Sí	No	Sí	No

Naturaleza del procedimiento	Procedimiento de autorización administrativa	Procedimiento de autorización administrativa	Procedimiento de investigación	Procedimiento de autorización administrativa
Fases del procedimiento	<p>Dos fases:</p> <p>i) Fase I, en la que se evalúa la admisibilidad de la solicitud de autorización de la operación.</p> <p>ii) Fase II, cuando se entiende que la operación puede generar efectos restrictivos en la competencia.</p>	<p>Una fase, aunque se puede afirmar que existe una etapa adicional cuando se entiende que la operación puede generar efectos restrictivos en la competencia</p>	<p>Una fase, aunque se puede afirmar que existe una etapa adicional cuando se entiende que la operación puede reducir significativamente la competencia</p>	<p>Dos (02) fases:</p> <p>i) Fase I, en la que se evalúa la procedencia de continuar con el procedimiento.</p> <p>ii) Fase II, cuando se considere que existen riesgos sustanciales para la competencia.</p>
Plazo del procedimiento	<p>i) Fase I: 30 días hábiles desde su admisión a trámite</p> <p>ii) Fase II: 90 días hábiles, prorrogables por 30 días hábiles adicionales.</p>	<p>45 días, prorrogables por 120 días adicionales en el supuesto de la etapa adicional</p>	<p>30 días, prorrogables por 90 días adicionales en el supuesto de la etapa adicional</p>	<p>i) Fase I: 30 días, desde la presentación de la solicitud de preevaluación.</p> <p>ii) Fase II: 3 meses, desde que las empresas intervinientes hayan presentado la totalidad de la información requerida.</p>

<p>Procedimiento simplificado</p>	<p>i) Cuando los agentes económicos no realicen actividades económicas en el mismo mercado o no participen en la misma cadena productiva.</p> <p>ii) Cuando la operación genere que un agente económico adquiera el control exclusivo de otro agente económico sobre el cual ya tiene el control conjunto.</p>	<p>Posibilidad de establecer un procedimiento sumario para las concentraciones económicas que pudieren tener menor probabilidad de restringir la competencia.</p>	<p>i) Cuando no exista superposición o traslape horizontal o vertical entre las partes de la operación.</p> <p>ii) Cuando la participación de las partes, en los distintos mercados, no resulte apta para reducir sustancialmente la competencia.</p> <p>iii) Cuando la cuota de mercado combinada de todas las partes que participen en una relación horizontal, sea inferior al 50%, siempre que el incremento («delta») del Índice Herfindahl-Hirschman («IHH») resultante de la operación de concentración sea inferior a 150.</p>	<p>No</p>
<p>Facultad de actuar de oficio</p>	<p>Cuando haya indicios razonables de generar posición de dominio o afectar la competencia</p>	<p>Cuando no obstante encontrarse en los supuestos de la norma, el acto no fue notificado</p>	<p>Cuando no se hubiese efectuado la notificación voluntaria</p>	<p>No se regula</p>

<p>No admisión a trámite de la solicitud</p>	<p>Cuando el peticionante no cumpla con subsanar las observaciones a su solicitud de autorización</p>	<p>Cuando la información y antecedentes no hubiesen sido presentados de modo completo y correcto</p>	<p>Cuando el notificante no subsane los errores u omisiones de la notificación advertidas por la autoridad</p>	<p>No se regula</p>
<p>Pronunciamiento de la autoridad</p>	<p>i) Autorizar la concentración empresarial, por considerar que no existen riesgos significativos para la competencia, o cuando se demuestre eficiencias económicas que compensen los efectos restrictivos. ii) Autorizar la operación, bajo condiciones orientadas a evitar o atenuar los efectos restrictivos a la competencia. iii) No autorizar la operación, cuando no se demuestren eficiencias económicas y no sea posible establecer condiciones.</p>	<p>i) Autorizar la operación. ii) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma autoridad establezca. iii) Denegar la autorización.</p>	<p>i) Aprobar la operación en forma pura y simple. ii) Aprobar la operación con las condiciones ofrecidas por el notificante. iii) Prohibir la operación de concentración empresarial.</p>	<p>i) Aprobar la operación, subordinándola al cumplimiento de las condiciones que la misma autoridad establezca. ii) Objetar la operación, si es que considera que ésta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.</p>
<p>Silencio administrativo</p>	<p>Silencio administrativo positivo</p>	<p>La operación se tiene por autorizada tácitamente ¿en qué supuesto? ¿si la autoridad no</p>	<p>La operación se tiene por aprobada, incluyendo las</p>	<p>La operación se tiene por autorizada</p>

		se pronuncia dentro de un plazo determinado? Si ocurre esto último sería silencio administrativo positivo	medidas propuestas por el notificante	
Fraude o falsedad en la solicitud	Nulidad de oficio de la autorización	No se regula	No se regula	No se regula

Fuente: Elaboración propia



Capítulo III: Propuesta de mejora del control previo de fusiones en el ordenamiento peruano

De manera general, se puede advertir que existen dos (02) herramientas para la defensa de la competencia: el control ex ante o control de estructuras y asimismo, el control ex post o control de conductas, los cuales no necesariamente son antagónicos sino, por el contrario, son complementarios.

El control ex ante involucra siempre el tránsito a través de un procedimiento administrativo, y por tanto implica la emisión de un acto administrativo, una declaración por parte de la Administración Pública respecto a una operación de concentración empresarial en específico. Para efectos de la Ley N° 31112, la declaración de la Administración constituye una autorización, la cual es entendida como el levantamiento de una restricción relativa para el ejercicio de una determinada actividad por considerarse riesgosa para la sociedad.

El control ex post, en cambio, se manifiesta a través de dos potestades administrativas distintas pero complementarias: la fiscalización y la sanción. Este modelo no exige la evaluación previa de la operación de concentración empresarial, y, por tanto, tampoco involucra la emisión de un acto administrativo de autorización. Por el contrario, el control que realiza la Administración Pública es posterior a su materialización, y la potestad sancionadora se ejerce únicamente en los casos en los que se encuentran indicios suficientes de una infracción administrativa.

La alternativa regulatoria adoptada en un primer momento por el Decreto de Urgencia N° 013-2019, y ratificada en la Ley N° 31112, es el establecimiento de un control previo de las operaciones de concentración empresarial, a través de la necesidad de que la autoridad de competencia autorice previamente qué operaciones pueden llevarse a cabo, una vez superado el umbral económico fijado en el artículo 6 de la Ley.

Conforme se aprecia en el Capítulo I, este modelo de regulación no es novedoso, sino que tiene como antecedente a la Sherman Act de 1980, cuyo objeto fue objeto prohibir contratos, combinaciones y conspiraciones que restrinjan la competencia, así como prohibir la monopolización, el intento y la conspiración para monopolizar. Sin embargo, fue la Clayton Act

de 1914 la que extendió la legislación antitrust a las fusiones que pudiesen reducir la competencia, incorporándose el control previo recién en el año 1976, a través de la Hart-Scott-Rodino Act, que enmienda la Clayton Act. Desde entonces, el modelo del control previo ha ido expandiéndose en todas las latitudes, incluida Latinoamérica y asimismo incrementándose las críticas al mismo.

En el ordenamiento jurídico peruano, el antecedente inmediato se tiene en la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, pero restringiendo el control previo a las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, y los mercados relacionados, y únicamente respecto a las concentraciones de tipo horizontal y vertical. Es decir, el control previo no se extendía a las concentraciones de conglomerado. Cabe indicar que, en Perú, el sector eléctrico se encuentra intensamente regulado, incluso con fijación de tarifas.

El motivo de la incorporación del control previo a nuestro ordenamiento jurídico, para todas las actividades económicas, se debe a que se entendió que los mecanismos actuales no son suficientes para abordar la problemática de los efectos anticompetitivos que podrían producir las concentraciones empresariales. Concretamente, se ha señalado que el control ex post no logra revertir dichos efectos, debido a que estos se han consumado.

En efecto, la finalidad última del mecanismo de control previo es realizar una proyección sobre el impacto que tendría una operación de concentración empresarial, a fin de evitar que se generen conductas anticompetitivas o que se restrinja significativamente el proceso competitivo en el mercado. Es decir, lo que se quiere es buscar mayor eficiencia en el mercado, manteniéndose la pluralidad de agentes económicos y evitando la formación de estructuras que repercutan en la generación de mayores costos sociales.

Las concentraciones empresariales reducen el número de competidores en el mercado, pudiendo acontecer que la empresa resultante de una fusión adquiera una gran cuota del mercado, teniendo incentivos para elevar sus precios, ofrecer una menor calidad de productos o una menor variedad de los mismos, e imponerse a sus pequeños competidores. Asimismo, la nueva estructura del mercado podría facilitar la celebración de acuerdos anticompetitivos entre las empresas. Es más,

en ocasiones, las empresas utilizan los mecanismos de concentración empresarial para disfrazar de cobertura legal a acuerdos colusorios, que de lo contrario estarían impedidas de realizar.

Ahora bien, en el capítulo II se ha efectuado una comparación del mecanismo de control previo de las operaciones de concentración empresarial, adoptado por la Ley N° 31112, y la regulación prevista en los países vecinos como Argentina (Ley N° 27.442), Chile (Ley N° 20.945) y Colombia (Ley N° 1340).

Los criterios objeto de comparación fueron: los actos y tipos de concentración empresarial, los supuestos de exoneración, la posibilidad de plantear consultas a la autoridad, así como la posibilidad de la notificación voluntaria, valor del umbral a partir del cual la operación requerirá de autorización previa; la naturaleza del procedimiento, sus fases, plazos, la posibilidad de actuar de oficio y si la norma contempló un procedimiento simplificado; el tipo de pronunciamiento, el silencio administrativo y la regulación respecto al fraude o falsedad en la información presentada en la solicitud.

En general, se puede advertir que no existe una única manera de regular el control previo de las operaciones de concentración empresarial. Cada legislación impregna su propia impronta al momento de definir las características y naturaleza del control previo. Sin embargo, junto con las diferencias, se identifican varios puntos comunes.

Así, lo primero que se debe destacar es que el control previo de concentraciones empresariales forma parte integrante de un sistema de defensa de la competencia. En el caso peruano, el mecanismo de control previo ha sido recientemente incorporado a través de una ley especial: la Ley N° 31112. Sin embargo, en la legislación argentina, chilena y colombiana, este mecanismo está previsto sistemáticamente en la norma de defensa de la competencia, conjuntamente con el control ex post.

En relación a los supuestos en los que la operación de concentración empresarial se encuentra sujeta al procedimiento de control previo, todas las legislaciones analizadas abarcan a las operaciones de fusión y adquisiciones empresariales, incluyendo incluso modalidades

contractuales de asociación entre los agentes económicos; bajo la premisa de que estas operaciones producen un cambio o una toma de control de una o más empresas (legislación peruana y argentina), o, dicho en otros términos, que las empresas pierdan la independencia que ostentaban precedentemente a la operación (legislación chilena).

Cabe indicar que la Ley colombiana N° 1340 restringe expresamente el ámbito de aplicación del control previo a las integraciones verticales u horizontales, quedando excluida de este modo las integraciones de conglomerado.

Asimismo, todas las legislaciones analizadas establecen umbrales económicos, uno referido a la suma de los ingresos anuales de todos los agentes intervinientes en la operación en el ejercicio fiscal anterior, y otro referido a los ingresos anuales de los agentes intervinientes considerados aisladamente. Cada legislación utiliza estos umbrales de manera copulativa (legislación peruana y chilena) o alternativa (legislación colombiana); con excepción de la Ley argentina N° 27.442, que aplica únicamente el primero de los umbrales indicados.

De otro lado, en el caso de la legislación peruana y chilena, se dispone expresamente la posibilidad de que las operaciones de concentración empresarial que no se encuentran dentro de los supuestos para tramitar obligatoriamente el procedimiento de control previo, puedan recurrir a una notificación voluntaria. Sería conveniente, sin embargo, que dicha notificación se realice a través de un procedimiento especial, y no a través de aquél establecido para la notificación obligatoria.

Otro rasgo particular es el establecimiento de supuestos de exclusión a la obligación de la notificación previa de la operación; no obstante que éstos -en principio- se encuentran dentro de los parámetros para transitar por el control previo. Así se encuentra previsto en la legislación argentina y colombiana. Asimismo, la legislación colombiana establece incluso un supuesto de aprobación automática de la operación. Nótese que, en este caso en específico, se hace uso del procedimiento de aprobación automática en contraste al procedimiento de evaluación previa.

Adicionalmente, la legislación peruana y argentina contemplan la posibilidad de formular consultas sobre la exigibilidad de la notificación previa para alguna operación de concentración en particular. Sin embargo, la respuesta brindada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia no posee efectos vinculantes, en el ordenamiento peruano; mientras que, en Argentina, la respuesta es fijada por el mismo Tribunal de Defensa de la Competencia, lo que dota de mayor predictibilidad al sistema.

En relación al procedimiento administrativo, tanto la legislación peruana como colombiana contemplan dos (02) fases: una en la que se puede determinar que la operación de concentración no involucra riesgos sustanciales para la competencia; y, otra en la que se entiende que sí existen estos riesgos, siendo necesario recabar mayor información para emitir un pronunciamiento de autorización o denegatorio.

No obstante, la legislación argentina y chilena no distan mucho de este modelo, pues contemplan la posibilidad de ampliar el plazo del procedimiento cuando la autoridad considera que la operación puede restringir la competencia en el mercado, oportunidad para recabar mayor información de la operación y considerar posibles medidas de mitigación. La particularidad del modelo chileno es entender que el procedimiento es de investigación y está a cargo de la Fiscalía Nacional Económica.

Adicionalmente, la legislación peruana y chilena prevén expresamente una modalidad simplificada de notificación, reduciendo la información requerida que debe ser presentada ante la autoridad de competencia; pero no los plazos de tramitación, que son los mismos que en el procedimiento ordinario.

Cabe indicar que la legislación chilena utiliza criterios más técnicos para proceder con el procedimiento simplificado, a diferencia del caso peruano cuyos supuestos no se encuentran suficientemente analizados. Por su parte, la legislación argentina contempla la posibilidad de establecer un procedimiento sumario para las concentraciones económicas que pudieren tener menor probabilidad de restringir la competencia.

Por otro lado, todas las legislaciones revisadas, con excepción de la colombiana, establecen la posibilidad de que la autoridad de competencia actúe de oficio y efectúe el control previo de la operación de concentración empresarial. La legislación argentina prevé esta facultad para los supuestos en el que las empresas involucradas no hubiesen cumplido con su obligación de notificación previa. La legislación chilena para aquellas operaciones no notificadas voluntariamente. En cambio, la legislación peruana extiende esta facultad para las operaciones que pudiesen generar posición de dominio o afectar la competencia, es decir, incluso para operaciones que no se encontraban dentro de los supuestos de la notificación obligatoria.

En relación a las alternativas de pronunciamiento de la autoridad, todas las legislaciones analizadas contemplan alternativamente la autorización, la aprobación bajo condiciones o la prohibición de la operación de concentración empresarial, estableciendo el silencio administrativo positivo en caso no se emita pronunciamiento dentro del plazo previsto en la ley. Sobre el particular, la legislación chilena tomó la precaución de incorporar, en la aprobación tácita, las medidas que el solicitante hubiese ofrecido para mitigar los efectos negativos a la competencia.

Por otro lado, la legislación peruana y argentina prevé también, como una forma de conclusión del procedimiento, el tener por no presentada la solicitud de autorización o tener por no notificado el acto de concentración en cuestión; mientras que la legislación colombiana fija un supuesto de desistimiento de la solicitud de autorización, debido a la inactividad del solicitante.

De manera particular, el artículo 12 de la Ley N° 1340 colombiana faculta a la autoridad de competencia, Superintendencia de Industria y Comercio, a no objetar la operación de concentración empresarial cuando los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y cuando las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.

Finalmente, el numeral 10.3 del artículo 10 de la Ley N° 3112 peruana también tiene una particularidad, al establecer expresamente la posibilidad de anular de oficio el acto administrativo que autorizó la operación de concentración empresarial, cuando se compruebe fraude o falsedad en la declaración, en la información o en la documentación presentada por el solicitante.

En forma general, se puede afirmar que las legislaciones analizadas presentan aspectos comunes al regular el mecanismo de control previo de operaciones de concentración empresarial, pero también se pueden encontrar particularidades no compartidas por las otras legislaciones.

Así, las legislaciones contienen regulaciones similares en cuanto a los actos y tipos de concentración empresarial, la fijación de umbrales económicos a partir de los cuales la operación requerirá de autorización previa, el tipo de pronunciamiento que puede adoptar la autoridad y la adopción del silencio administrativo positivo, en caso la autoridad no se pronuncie dentro del plazo de ley.

Por el contrario, la regulación es disímil en relación a los supuestos de exoneración, la posibilidad de plantear consultas a la autoridad, la posibilidad de la notificación voluntaria, la naturaleza del procedimiento, sus fases, plazos, la posibilidad de actuar de oficio, el establecimiento de un procedimiento simplificado y la regulación respecto al fraude o falsedad en la información presentada en la solicitud.

Es conveniente tener en cuenta los aspectos no contemplados por la Ley N° 31112 y su Reglamento, pero sí en la legislación argentina, chilena y colombiana, lo cual podría permitir complementar el modelo peruano de control previo. Así, por ejemplo, la regulación argentina establece supuestos de excepción o exclusión de la notificación obligatoria de la operación de concentración empresarial, no obstante que en principio se encontraría bajo los parámetros de la norma. La legislación argentina contempla seis (06) supuestos de exoneración, mientras que la legislación colombiana solo una: cuando las empresas acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial.

Mención aparte merece la facultad de no objetar la operación de concentración empresarial, previsto por la legislación colombiana para los casos que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y cuando las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.

Otro de los aspectos de la legislación colombiana que podría ser evaluado en el ordenamiento peruano es el establecimiento de un procedimiento de aprobación automática para determinados supuestos, por entenderse que no tienen la posibilidad de generar restricciones significativas a la competencia. Sin embargo, debe tomarse la precaución de mantener la posibilidad de ejercer la potestad de declarar su nulidad de oficio, si es que la información presentada infringe el principio de presunción de veracidad.

Por otro lado, en relación a la potestad de realizar el control previo de oficio, merece incluirse como supuesto expreso los casos en los que las operaciones no cumplieron con solicitar la autorización previa, a pesar de encontrarse en los supuestos de la norma, tal y como lo prevé la legislación argentina.

No estaría demás evaluar la posibilidad de regular supuestos de desistimiento, como el previsto por la legislación colombiana respecto a la inactividad del solicitante; tomando la precaución, sin embargo, de que nuestra normativa contempla como principio del derecho administrativo el de impulso de oficio, en el numeral 1.3 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Finalmente, otro aspecto a tener en cuenta es la precaución adoptada por la legislación chilena, de incorporar en su aprobación tácita por efecto del silencio administrativo positivo, las medidas que el solicitante hubiese ofrecido para mitigar los efectos negativos a la competencia.

Conclusiones

1. El control previo de operaciones de concentración empresarial es entendido como un mecanismo de intervención estatal en la economía que forma parte integrante de un sistema de defensa de la competencia, conjuntamente con el control *ex post* de las conductas anticompetitivas.

Su finalidad es evaluar *ex ante* los efectos de una operación de concentración en la estructura del mercado, para evitar los efectos restrictivos significativos a la competencia en el mercado, como producto de la disminución de la pluralidad de proveedores, o los incentivos que genera la nueva estructura en el mercado de facilitar acuerdos anticompetitivos entre los agentes económicos.

Como técnica jurídico administrativa, el control previo se manifiesta en la necesidad que tienen las empresas de transitar por un procedimiento administrativo de evaluación previa (en el Perú, sujeto a silencio administrativo positivo); no obstante que los particulares tengan el derecho preexistente a realizar dichas operaciones, como expresión del derecho constitucional a la libertad de empresa; en cuyo marco, la Administración realiza el control previo de las operaciones, para evaluar los riesgos para el interés general asociados a este tipo de operaciones, en tanto podrían reducir significativamente la competencia en el mercado; que concluirá en la emisión de una autorización (título habilitante) por parte de la autoridad de competencia

2. Los antecedentes del control previo de operaciones de concentración empresarial se remontan al escenario estadounidense del año 1976, con la enmienda de la Clayton Act en mérito a la Hart-Scott-Rodino Act. Desde entonces, el modelo del control previo ha ido expandiéndose en todas las latitudes, incluida Latinoamérica. No obstante, al mismo tiempo que se difundió el modelo, también lo hicieron las críticas al mismo.

En el derecho peruano, la Ley N° 31112 es el resultado de una evolución legislativa que inicia en la década de los noventa, que tiene su inicio con el cambio de la Constitución Política, que pasa por la adopción del control previo para las actividades del sector eléctrico y que termina por generalizar dicho mecanismo a todos los sectores económicos.

La Ley N° 31112 incorpora un procedimiento administrativo de evaluación previa de determinadas operaciones de concentración empresarial, procedimiento sujeto a silencio administrativo positivo, que tiene por finalidad obtener una autorización por parte de la autoridad de competencia para llevar a cabo la operación.

3. A pesar de que las legislaciones argentina (Ley N° 27.442), chilena (Ley N° 20.945), colombiana (Ley N° 1340) y ahora la peruana (Ley N° 31112) han optado por el mecanismo de control previo de operaciones de concentración empresarial, cada legislación tiene sus particularidades al momento de definir las características y naturaleza del control previo, existiendo aspectos comunes y diferentes entre cada una de ellas.

Los criterios objeto de comparación en el presente trabajo fueron: por un lado, los actos y tipos de concentración empresarial, los supuestos de exoneración, la posibilidad de plantear consultas a la autoridad, así como la posibilidad de la notificación voluntaria, valor del umbral a partir del cual una operación requerirá de autorización previa; por otro lado, la naturaleza del procedimiento, sus fases, plazos, la posibilidad de actuar de oficio y si la norma contempló un procedimiento simplificado; y, finalmente, el tipo de pronunciamiento, el silencio administrativo y la regulación respecto al fraude o falsedad en la información consignada en la solicitud.

En los países antes mencionados se identifican regulaciones similares en cuanto a los actos y tipos de concentración empresarial sujetos al control previo (operaciones de fusión y adquisiciones empresariales, incluyendo incluso modalidades contractuales de asociación entre los agentes económicos), la fijación de umbrales económicos a partir de los cuales la operación requerirá de autorización previa que pueden utilizarse de forma concurrente o alternativa (suma de los ingresos anuales de todos los agentes intervinientes en la operación en el ejercicio fiscal anterior e ingresos anuales de los agentes intervinientes considerados aisladamente), el tipo de pronunciamiento que puede adoptar la autoridad (autorización, aprobación bajo condiciones o prohibición de la operación de concentración), la adopción del silencio administrativo positivo en caso la autoridad no se pronuncie en el plazo de ley.

Por el contrario, la regulación es disímil respecto a los supuestos de exoneración (legislación argentina y colombiana), la posibilidad de plantear consultas a la autoridad (legislación peruana y argentina), la posibilidad de la notificación voluntaria (legislación peruana y chilena), la naturaleza del procedimiento (la legislación chilena lo caracteriza como un procedimiento de investigación), sus fases (la legislación peruana y colombiana contemplan dos fases), plazos (cada legislación maneja un plazo distinto), la posibilidad de actuar de oficio (legislación peruana, argentina y chilena, aunque para supuestos distintos), el establecimiento de un procedimiento simplificado (legislación peruana y chilena) y la regulación respecto al fraude o falsedad en la información presentada en la solicitud (la legislación peruana se caracteriza por prever el mecanismo de nulidad de oficio).

4." Como resultado de la comparación legislativa de las regulaciones del control previo de operaciones de concentración empresarial, se han identificado aspectos no contemplados por el ordenamiento jurídico peruano, algunos de los cuales es necesario incorporar en la Ley N° 31112 o su Reglamento.

Así, es conveniente considerar el establecimiento de supuestos de excepción o exclusión a la obligatoriedad de transitar por el procedimiento de control previo, fórmula que ha sido ignorada por nuestra normativa. La legislación argentina contempla seis (06) supuestos de exoneración, mientras que la legislación colombiana solo una: cuando las empresas acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial.

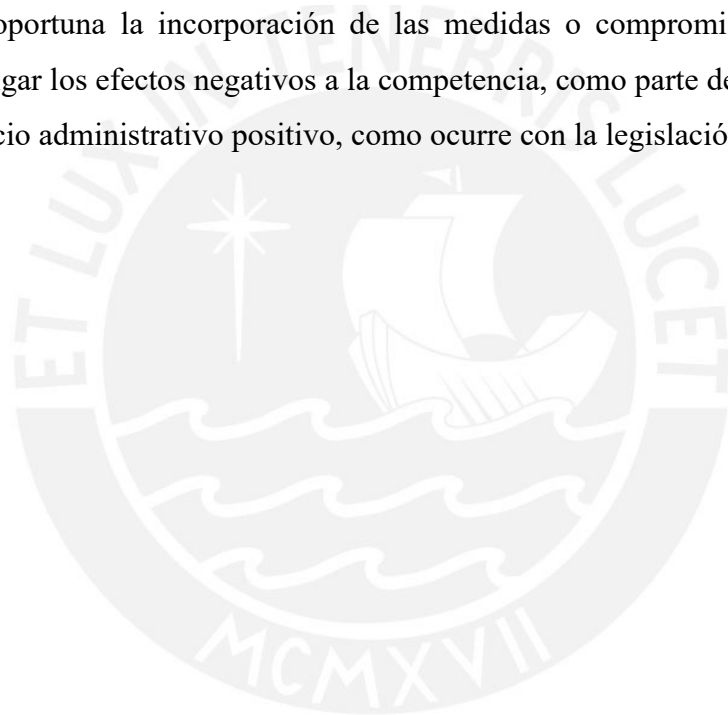
Mención aparte merece la facultad de no objetar la operación de concentración empresarial, previsto por la legislación colombiana para los casos que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y cuando las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.

Debe tenerse en cuenta, también, la implementación de un procedimiento de aprobación automática (tal y como lo hace la legislación colombiana), el mismo que es conveniente sujetar a la potestad de nulidad de oficio, en caso la información presentada carezca de veracidad.

Por otro lado, es necesario incluir como supuesto expreso para el control previo iniciado de oficio a las operaciones que no fueron objeto de solicitud de autorización no obstante encontrarse dentro de los supuestos previstos en la norma, tal como lo prevé la legislación argentina.

No estaría demás evaluar la posibilidad de regular supuestos de desistimiento, como el previsto por la legislación colombiana que está referido a la inactividad del solicitante, sin dejar de tener en consideración uno de los principios en los que se sustenta el procedimiento administrativo, esto es el principio de impulso de oficio.

Finalmente, es oportuna la incorporación de las medidas o compromisos ofrecidos por el solicitante para mitigar los efectos negativos a la competencia, como parte de la aprobación tácita por efecto del silencio administrativo positivo, como ocurre con la legislación chilena.



BIBLIOGRAFÍA

- Agila Grados, C. &. (2010). *Protección al Consumidor*. Lima: San Marcos E.I.R.L.
- Águila Grados, C. &. (2010). *Competencia*. Lima: San Marcos.
- Briones, J. (1999). *El control de concentraciones en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Brock, J. (2011). Economic concentration and economic power: John Flynn and a quarter – century of mergers. *The Antitrust Bulletin*, 681-730.
- Bullard González, A. y otros (2012). In God we Trust, all Others Bring Data. ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú? *Themis: Revista de Derecho*, no. 62, 83-122.
- Coloma, G. (2003). *Defensa de la competencia*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Davila Philippon, S. (2011). Sobre la concentración empresarial. *Diario Gestión*.
- De la Torre Vargas, David (2014). “*Fallos del mercado y regulación económica en los servicios públicos domiciliarios. Aproximaciones a una disciplina poco entendida por los juristas*”. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*, no. 12, segundo semestre, pp. 45-62.
- Delgado Zegarra, J. (2012). ¿Competidores y Monopolistas? *Gaceta Juridica S.A.*
- Diez Canseco Núñez, L. y otros (2012). Control de fusiones y concentraciones en el Perú. *Ius et Veritas*, no. 44, 416-437.
- Durand Carrión, J. (2007). Construyendo un sistema de control de fusiones para evitar las distorsiones de la libre competencia. *Derecho y Sociedad N°28*, 153-160.
- Elias Laroza, E. (2000). *Derecho societario peruano*. Trujillo: Normas Legales.
- Espen Eckbo, B. (1985). Antimerger Policy under the Hart-Scott-Rodino Act: A Reexamination of the Market Power Hypothesis. *The Journal of Business*, 1985, vol. 58, issue 3, 325-49.
- Flind Blank, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegetico del D.L. N°701*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Font, J. (1978). Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978. *Revista de Derecho Mercantil*, 152.
- Galan Corona, E. (1995). *Concentración económica. Enciclopedia jurídica básica*. Madrid: Civitas.
- Gellhorn, W. E. (2004). *Antitrust law and Economics*. USA: Thomson-West.

Granda Boullón, C. y otros (2013). Mesa Redonda: “Derecho de la Competencia Versus Fusiones y Adquisiciones: el Estado de la Cuestión en el Perú”. *Derecho y Sociedad*, no. 41, 201-211.

Israel Llave, Luz (2012). “*Fusiones y Adquisiciones*”. En: EDM - Revista de Actualidad Mercantil, no. 1, pp. 28-36.

Juan Luis Crucelegui, T. G. (2017). Mesa Redonda: “Control de Concentraciones Empresariales: Promoción de la competencia en los mercados”. *Revista Derecho & Sociedad N° 49*, 277-294.

Khemani, R.S. y Shapiro, D.M. (1996). “*Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones industriales y a las Leyes sobre Competencia*”. En: Banco Mundial: OECD, 1996.

Kovacic, W. (1998). Merger Enforcement in Transition: Antitrust Controls on Acquisitions. *Cincinnati Law Review*, 19-20.

Laguna de Paz, J. C. (2010). Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación. *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 145, enero-marzo, 87-111.

Londoño Miranda, A. (2009). *El control de concentraciones en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Luna Rodríguez, C. V. (2014). El sistema jurídico de control de concentraciones empresariales: ¿resulta necesaria su implementación en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones? *Actualidad Jurídica*, 95-130.

Miranda Londoño, A y J. D. Gutiérrez Rodríguez. (2007). Historia del Derecho de la Competencia. Orígenes y Evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina. *Revista Boliviana de Derecho*.

Motta, M (1993). *Competition Policy: Theory and Practice*.

Nazar Espeche, F. A. (2016). *Defensa de la competencia*. Buenos Aires : B de f.

Purin, D. C. (2015). *EL MODERNO CONTROL DE FUSIONES ECONÓMICAS EN LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA*. Lima: ECB Ediciones S. A. C.

Quintana Sánchez, E. (1999). “¿Rezando entre Tinieblas?: El Credo del Control de Concentraciones Empresariales”. En: *Themis*, n° 39, 2° época, p. 229.

Risso, G. I. (2002). *Economía y Derecho. Acerca de la instrumentalización económica del Derecho*. Buenos Aires: Buenos Aires Garc a Alonso.

Rodríguez Cairo (2013). “*Fallas del mercado y regulación económica: ¿La regulación ejercida por el Gobierno permite lograr un mejor funcionamiento de los mercados?*”. En: Quipukamayoc, Revista de la Facultad de Ciencias Contables de la UNMSM, vol. 21, no. 39, pp. 99-111.

Velandia, M. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: U. Externado de Colombia.

Witker Velásquez, J. (2000). Derecho de la competencia en América. Canadá, Chile , Estados Unidos y México. (*Primera ed; I. de I. J. de la U. N. A. de México, Ed.*).

Zuñiga Fernandez, T. (2012). El control de concentraciones empresariales en la Unión Europea. *Gaceta Juridica S.A.*, 133.

Zúñiga Fernández, T. (2018). El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Bases fundamentales para su regulación. *IUS ET VERITAS*, (56), 220-256.

T VERITAS, (56), 220-256.

