

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Análisis sobre la reciente ley sobre el control previo de concentraciones, Ley 31112: problemas advertidos y soluciones

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

Autor:

Elizabeth Rosalí Juscamaita Tito

Asesor:

Lucio Andrés Sánchez Povis

Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, Lucio Andres Sanchez Povis, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “Análisis sobre la reciente ley sobre el control previo de concentraciones, Ley 31112: problemas advertidos y soluciones” de la autora Elizabeth Rosalí Juscamaita Tito, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 20%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 17 de febrero de 2023

Sanchez Povis, Lucio Andres	
DNI:	Firma
ORCID https://orcid.org/0000-0002-2974-5597	

RESUMEN

La Ley 31112, Ley sobre el control previo de las operaciones de concentración, entró en vigencia el 14 de junio del 2021. Habiendo pasado aproximadamente un año de ello, a través de este artículo se busca advertir que problemas se han hecho notorios luego de la entrada en vigencia de la norma. Así se han identificado dos en particular: falta de especificación y procedimiento en la consulta previa, cuestionamientos sobre si el control previo es correcto o no. Ante dicha situación se arriba a que, el procedimiento de consulta previa puede ser más detallado en base a como ha venido trabajando la Secretaría de la Técnica, en los aspectos de cómo se debe presentar la consulta, el plazo y la confidencialidad. Por otro lado, sobre la discusión del control previo, se concluye que este si es necesario dentro de nuestra legislación a partir de adoptar las recomendaciones establecidas tanto por la OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y la INC, International Competition Network.

Palabras clave

Operación de concentración, consulta previa, control de oficio

ABSTRACT

Law 31112, Law on Prior Control of Concentration Operations, entered into force on June 14, 2021. Approximately one year after its entry into force, this article seeks to point out what problems have become evident after the entry into force of the law. Two in particular have been identified: lack of specification and procedure in the prior consultation, questioning whether the prior control is correct or not. In view of this situation, the prior consultation procedure could be more detailed based on how the Technical Secretariat has been working on the aspects of how the consultation should be presented, the timeframe and confidentiality. On the other hand, regarding the discussion of prior control, it is concluded that it is necessary within our legislation, based on the adoption of the recommendations established by the OECD, Organization for Economic Cooperation and Development, and the INC, International Competition Network.

Keywords

Concentration operation, prior consultation, ex officio control

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
Capítulo 1: ¿Qué problemas existen a un año de la Ley 31112?	3
1.1. Consulta previa, un procedimiento sin especificaciones	3
1.2. Cuestionamientos al control de oficio del Indecopi	7
Capítulo 2: Análisis y propuestas de solución	10
2.1. Propuesta de mejora en el procedimiento de consulta previa	10
2.2. ¿Es o no es conveniente el control de oficio en nuestra legislación?	13
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	19
BIBLIOGRAFÍA	20



INTRODUCCIÓN

En control de concentraciones en el Perú no contaba con grandes avances, a diferencia de otros países vecinos, en nuestro país solo se controlaban los actos de concentración en el sector eléctrico. Así, la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del sector eléctrico, que tenía por objeto evitar los actos de concentración que puedan disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en la generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, fue la norma que, desde su publicación en 1997, estuvo en vigencia en nuestro país hasta marzo de 2021.

La primera norma que implicó un cambio en cómo se controlaría los actos de concentración fue el Decreto de Urgencia N° 013-2019. En efecto, este decreto amplió el ámbito de aplicación de la norma a todas las actividades económicas que se puedan desarrollar en el país, dejando de ser solo el sector eléctrico el sector regulado. Sin embargo, si bien este decreto entraría en vigencia en marzo del 2021, en enero del 2021, se publicó la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de control empresarial, la misma que entró en vigencia en junio del 2021. De esta manera, esta Ley ratificó que el control de concentraciones se debía realizar en todas las actividades económicas en el país y realizó algunos cambios respecto del Decreto de Urgencia.

A un año de su vigencia, es necesario analizar qué impacto ha tenido esta Ley en la evaluación de los actos de concentración que se han efectuado en nuestro territorio. De este modo, en el presente artículo se estudiará los problemas advertidos en la Ley N° 31112 luego de un año de su aplicación.

En ese sentido, se verán dos aspectos fundamentales para analizar ello. En primer lugar, analizaremos la regulación que se ha tenido sobre la consulta previa. Al respecto, este procedimiento se ha implementado en esta nueva norma; sin embargo, no se cuenta con mucho desarrollo al respecto. En efecto, en la Ley, solo el artículo 17 hace referencia al tema. Por su lado, el Reglamento no hace mayor precisión ni brinda mayores detalles sobre el procedimiento. Si bien es cierto que la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (antes Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia), desde que la Ley entró en vigencia, ha venido absolviendo las consultas del sector empresarial sobre la vigencia,

aplicación y algunos conceptos establecidos en la norma de manera rápida, no se cuenta con parámetros claros sobre cómo se deba realizar este tipo de consulta y no existe alguna formalización al respecto. Ante ello, consideramos que este es un punto clave pues estas consultas son el primer acercamiento que tienen muchas de las empresas a la entidad de competencia y al no tener claro cómo se deben desarrollar las mismas, podrían ocurrir problemas con algunos temas como la confidencialidad o los plazos en los que estas deben ser respondidas.

En segundo lugar, un problema que aún no se ha reflejado en la práctica, pero está presente es sobre el control de oficio que se ha establecido en la norma. El artículo 6, inciso 4, precisa que la Secretaría Técnica, ahora Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia, puede actuar de oficio en los casos que existan indicios razonables para considerar que estamos ante una concentración que puede generar posición de dominio o que pueda afectar la competencia. En ese sentido, cabe preguntarse qué se entiende por “indicio razonable” y cuando nos encontraremos ante ello. El Reglamento, por su lado, en el artículo 23, hace referencia a criterios y parámetros para que se pueda realizar la actuación de oficio haciendo referencia a la existencia de circunstancias especiales en las que se identifiquen los indicios razonables. Es por ello que consideramos necesario identificar que posibles problemas podrían aparecer posteriormente; además de concluir si es correcto o no que se haya establecido este control de oficio en nuestra legislación.

Capítulo 1: ¿Qué problemas existen a un año de la Ley 31112?

Como se ha venido señalando, el control de concentraciones en el Perú es un tema reciente. Muchos países de la región como México, Colombia y Chile ya contaban con una regulación sobre este tema y si bien nuestro país es uno de los últimos en adoptar esta normativa, el beneficio es que se pueden recoger experiencias y conocimiento aprendidos de otras jurisdicciones.

La Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, introdujo cambios importantes en el control de concentraciones. Uno de los cambios positivos es el que se ha precisado que no solo se evaluarán los actos de concentración en el sector eléctrico, sino que se verificarán en todas las actividades empresariales. Esto es importante debido a que pueden presentarse escenarios en los que algunas concentraciones resulten perjudiciales para el mercado y la libre competencia por lo que si era necesario contar con una legislación que pueda evaluar ello.

Otro cambio positivo es sobre la presentación de las autorizaciones de concentración. En la actualidad se cuenta con un sistema de dos fases mediante el cual se busca que los casos que no presenten una afectación importante a la competencia puedan ser resueltos solo en la fase 1, mientras que aquellos que puedan presentar dudas sobre el impacto que puedan tener en el mercado, pasan a la fase 2 donde se busca recopilar más información que ayude a la Dirección a tomar una mejor decisión. Cabe resaltar que, que una operación pase a la segunda fase no implica necesariamente que esta sea rechazada, sino que se necesitan más elementos para poder dar o no la autorización.

Si bien existen avances sobre la aplicación de esta Ley, no toda norma es infalible y se ha advertido ciertos problemas y vacíos legales. Al respecto, en esta oportunidad se tocarán dos problemas que se han podido identificar.

1.1. Consulta previa, un procedimiento sin especificaciones

El primer problema identificada es sobre la consulta previa, ya que esta no se encuentra correctamente establecida en la norma. La Ley N° 31112, en su artículo 17 señala lo siguiente:

Artículo 17. Consulta previa a la presentación de la solicitud de autorización

Antes del inicio del procedimiento de control previo, los agentes económicos que participan en la operación de concentración empresarial pueden realizar consultas de carácter orientativo de manera individual o conjunta a la Secretaría Técnica, con el fin de poder precisar si la operación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la presente ley o qué información es requerida para el control previo, entre otros aspectos. Las opiniones de la Secretaría Técnica no vinculan a la Comisión en la toma de sus decisiones.

Por otro lado, en el Reglamento, se hace alusión a la consulta previa en la sexta disposición final y solo se señala que los agentes económicos pueden acudir previamente a ella a través de la secretaría técnica para recibir orientación.

Es necesario resaltar que, según lo mencionado en la Ley, las opiniones que se puedan emitir en la respuesta de estas consultas previas no vinculan a la Comisión de Defensa de Libre Competencia. Ello es importante ya que, en este caso, es la Dirección la que se encarga de realizar todo el análisis previo y recopilación de información precisa, información que luego es elevada a la Comisión para que esta pueda tomar una decisión a partir de dicha documentación.

En ese sentido, se ha tenido un avance al precisar que los agentes pueden acercarse a la agencia de competencia, en este caso específicamente a la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia. Así, el Indecopi ha venido absolviendo diversas consultas y también ha publicado en su portal institucional las respuestas que se han emitido a partir de las

mismas¹; de esta manera, para junio del presente año, se habían resuelto un total de 76 consultas (Espinoza, 2022). En un inicio, las dudas estaban más relacionadas a la entrada en vigencia de esta nueva Ley y el conflicto que se tuvo con el Decreto de Urgencia N° 013-2019 (Cruz, 2022). Posteriormente, los temas se diversificaron y dentro de lo más consultados se tuvo el cálculo de umbrales de notificación, las calificaciones de una operación como concentración empresarial, las notificaciones ordinarias y simplificadas (Espinoza, 2022).

Sin embargo, si bien es cierto que se ve un avance por parte de la agencia de competencia en la absolución de estas consultas, el problema es la falta de especificaciones y detalle de cómo se debe hacer las mismas ya que, tal como se indicó al inicio, la Ley no es clara y no detalla más a fondo como se debe realizar.

Al respecto, la Internacional Competition Network (ICN, por su sigla en inglés), la cual es una organización no gubernamental que tiene como objeto adoptar altos estándares y procedimientos en la política de competencia en el mundo, así como formular propuestas para que exista una cooperación en beneficio de los consumidores, agencia de competencia y economías del mundo, propone como recomendación que “jurisdictions should provide for the possibility of pre-notification discussions with the parties” (ICN, 2018, p.9).

De esta manera, esta organización recomienda que, en el procedimiento de autorización, las jurisdicciones deberían dar la oportunidad a las partes involucradas a tener discusiones previas a la notificación, y ello se debe dar en un plazo razonable con la finalidad de saber si la operación que desean realizar esta dentro de la notificación y que información debe ser presentada; asimismo, se señala que la información debe ser confidencial, excepto si las partes y la agencia de la competencia acuerden lo contrario (ICN, 2018). En ese sentido, podemos observar que si bien se cumple con la recomendación de contar con dichas consultas previas para saber si una operación es o no un acto de

¹ Las consultas previas se derivan a la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia por vía telefónica o por un correo institucional que la entidad ha habilitado.

concentración, no se cumple con la segunda parte de la recomendación que es la relacionada a la confidencialidad y al plazo.

En ese mismo orden de ideas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), también sostuvo una serie de recomendaciones sobre fusiones. Fue el Comité de Competencia que señaló:

“Merger laws should ensure procedural fairness for merging parties, including the opportunity for merging parties to obtain sufficient and timely information about material competitive concerns raised by a merger, a meaningful opportunity to respond to such concerns, and the right to seek review by a separate adjudicative body of final adverse enforcement decisions on the legality of a merger. Such review of adverse enforcement decisions should be completed within reasonable time periods.” (OCDE, 2015, p. 5)

En este caso, al igual que el ICN, se propone que las partes tengan información suficiente y oportuna a partir de las dudas que puedan tener al momento de solicitar o considerar realizar un acto de concentración; así, se debería contar con una oportunidad útil en la que se puedan responder todas esas dudas (OCDE, 2015). Del mismo modo, se indica que hay un derecho a solicitar una revisión previa y que esta no involucre al órgano que toma las decisiones resolutorias sobre los actos de concentración; además que esta revisión debe completarse en periodos razonables.

En el caso peruano, se cumple con lo señalado sobre la vinculación de la decisión con la Comisión, debido a que, en concordancia con lo que señala la ley, las opiniones que se emitan en la consulta previa no supeditan a que la Comisión pueda emitir una opinión diferente. Por otro lado, se vuelve a resaltar la existencia de un plazo razonable para la resolver estas dudas y/o revisiones previas.

A partir de todo lo mencionado, podemos identificar cómo esta falta de detalles sobre la consulta previa es un problema actual en la nueva Ley. A lo mencionado podemos agregar que, debido a la falta de regulación no está claro

a través de que medio se deben canalizar las respuestas a las consultas, si ello se debe realizar a través de correos o de manera escrita, o si al momento de plantear dichas consultas, estas pueden ser de cualquier tipo o si solo se pueden realizar ciertas consultas específicas o generales, y finalmente, el tema más importante, sobre la confidencialidad, no existe ninguna precisión si este se aplica a todas las consultas o si se debe solicitar que la información que se plantea sea considerada confidencial y que tipo de evaluación debe realizarse para ver si efectivamente se debe caracterizar una documentación.

1.2. Cuestionamientos al control de oficio del Indecopi

El segundo problema que se advierte en la nueva regulación es sobre el control de oficio a las operaciones de concentración. De este modo, en el artículo 6 de la Ley se advierte lo siguiente:

La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI **podrá actuar de oficio en los casos** en que haya indicios razonables para considerar que la operación de concentración puede generar posición de dominio o afecte la competencia efectiva en el mercado relevante

Como se puede ver, este artículo extiende las potestades que tiene la Secretaría Técnica. Es de conocimiento que al encontrarnos ante actos de concentración se lleva a cabo una evaluación ex ante y no ex post. Sin embargo, a partir de lo señalado, podemos concluir que no importa si la operación que se ha realizado no llega a los umbrales señalados en la Ley, si es que se encuentran indicios razonables que nos indiquen que estamos ante una operación que puede afectar la competencia, entonces será posible realizar un control de oficio.

El mismo artículo 6 señala que la notificación de la operación es voluntaria cuando no se alcancen los umbrales establecidos en el numeral 1 del mismo artículo. Por lo tanto, podemos concluir que las empresas tienen dos opciones en caso no alcancen el umbral: (i) no presentar la notificación o (ii) presentar la notificación por prevención ya que, al no tener claro que es un indicio

razonable, es mejor evitar el riesgo de que pueda existir un control de oficio luego de realizada y concluida la concentración.

Asimismo, ya que aún no se contaba con el Reglamento, se empezaron a generar dudas sobre cómo se debía aplicar dicho artículo por su falta de claridad. Además de no ejemplificar que es un indicio razonable y señalar que situaciones podían considerarse como tal, tampoco se indicó hasta que momento la Secretaría Técnica podría iniciar el procedimiento de oficio en una operación de concentración que ya se había concretado.

Todas estas dudas intentaron ser resueltas a través de la emisión del Reglamento. Este en su artículo 23 señaló que la Secretaría Técnica puede revisar de oficio aquellas operaciones de concentración empresarial que si bien no alcanzan los umbrales establecidos en el numeral 6.1. del artículo 6 de la Ley N° 31112, si se comprueba la existencia de circunstancias especiales en las que se identifique indicios razonables de que estas operaciones pueden generar posición de dominio o afectar la competencia efectiva en el mercado relevante.

En efecto, el Reglamento presenta un breve listado en el cual se describen cuáles pueden ser estas circunstancias especiales. Así, se enuncia lo siguiente:

- a) Las operaciones de concentración empresarial horizontal realizadas en mercados concentrados.
- b) Las operaciones de concentración empresarial horizontal que involucren la adquisición de un agente económico con una participación pequeña en el mercado, pero con potencial de crecimiento; o, de un agente económico innovador que recientemente han ingresado al mercado.
- c) Las operaciones de concentración empresarial horizontal, en las que el agente económico adquirente o su grupo económico ha realizado

anteriormente operaciones de concentración empresarial que involucraron la adquisición de un competidor.

- d) Otras operaciones de concentración empresarial que tengan la potencialidad de generar posibles efectos restrictivos significativos de la competencia.

A partir ello, podemos señalar que estaremos ante una circunstancia especial cuando exista un mercado concentrado, cuando estemos ante un killer acquisition o ante una operación que potencialmente afecte la competencia. Sobre el killer acquisition, este concepto se usa cuando una empresa busca eliminar a un posible competidor adquiriéndolo o fusionándose con él. En ese sentido, las características que tiene es que nos encontramos ante fusiones horizontales que buscan tener un impacto en la proyección o no de un servicio/producto; así, al realizar esta adquisición evitan futuros rivales o competidores (Orozco 2022).

Así, en el caso de las killer acquisitions, tal como se ha explicado en el concepto, si habría fundamento de que los umbrales no sean alcanzados necesariamente pues la naturaleza del fenómeno consiste en que se adquieran pequeñas empresas que tenga la potencialidad de ser grandes competidores en el futuro por ello se prefiere adquirirlos o fusionares para evitar la competencia, por otro lado, los otros supuesto planteados también presentan situaciones que sirven de apoyo y/ referencia para identificar cuando estamos ante una circunstancia especial; sin embargo, en uno de los incisos, al parecer no habría exactitud con la redacción y no se tendría claridad al respecto.

En efecto, se indica que se controlaran operaciones de concentración empresarial horizontal realizadas en mercados concentrados y sobre cualquier otra operación que genere efectos negativos en la competencia; sin embargo, podemos advertir que, al hablar de efectos negativos estamos ante un campo muy general y poco preciso.

Sobre el periodo de tiempo en el que se puede realizar el control de oficio, el artículo 23.4. precisa que la Secretaría Técnica puede iniciar el control de oficio

hasta un año después del cierre formal de la operación. Al respecto, las críticas que se han realizado son que, por un lado, se puede generar una incertidumbre en las futuras operaciones de concentración que quieran realizar los empresarios debido a que, pueden preferir no llevarlas a cabo al saber que no existirá seguridad de concluir completamente la operación debido a que habrá un periodo de 1 año en el que van a realizar sus operaciones en incertidumbre.

Por otro lado, Luis Diez Canseco señala que el control de oficio puede servir en el sentido que, al tener umbrales muy altos en comparación a los umbrales establecidos en otros países de la región, no todas las operaciones que efectivamente tengan una repercusión negativa en la competencia puedan ser correctamente validadas, por lo que este control de oficio puede ayudar en ello.

También existen opiniones sobre la carga que se le podría dar a la entidad, es decir a la Comisión de Libre Competencia, ello sucede debido a que, las empresas ante el temor de ser controladas hasta un año después de cerrar la operación, acuden voluntariamente a la notificación, lo cual generara una carga administrativa a la entidad excesiva. Es por ello que se debe analizar si el control de oficio en nuestra legislación es una opción adecuada y, del mismo modo, se debe verificar si la forma en la que está establecido en la legislación vigente es adecuada para cumplir con la finalidad de la norma que es promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores

Capítulo 2: Análisis y propuestas de solución

2.1. Propuesta de mejora en el procedimiento de consulta previa

Teniendo en cuenta los dos problemas expuestos; por un lado, la falta de especificación en el procedimiento de consulta previa y, por otro lado, los cuestionamientos hacia el control de oficio realizado por la entidad de competencia, consideramos pertinente brindar alternativas de solución a los mismos.

Sobre la consulta previa, tal como hemos precisado, el problema consiste en la poca información del procedimiento que nos brinda la normativa. Ello haciendo caso omiso a las distintas recomendaciones que dan organismos internacionales especializados en el tema. De esta manera, lo adecuado es que se tenga claro cuál es el procedimiento a seguir.

Por un lado, se propone hacer una reforma en la legislación para un adecuado tratamiento de la información. En ese sentido son tres indicadores que se deben tener en consideración. El primero es la forma de presentación, el segundo son los plazos que tendría el Indecopi para absolver las dudas y, por último, la confidencialidad.

En ese sentido, sobre la presentación de consultas esta ha venido siendo recepcionada por mesa de partes virtual, vía telefónica y por correo electrónico, en este último caso incluso se indicó una dirección electrónica particular para la recepción de consultas. Al respecto, haciendo un análisis con el derecho comparado, en el caso chileno se cuenta con un instructivo para este tipo de notificaciones denominado “Instructivo sobre pre – notificaciones de operaciones de concentración”. En ese contexto, la figura que manejan para la consulta previa es la pre notificación, y una de los aspectos más importantes de dicho instrumento es la diferencia entre las preguntas que se pueden formular a la entidad. Es así que, la legislación chilena ha dispuesto que se dividan las consultas en simple y complejas. Sobre las preguntas simples estas son de fácil solución y el plazo de respuesta incluso podría reducirse. Por otro lado, las preguntas complejas requieren mucho más análisis y un poco más de información para ser respondidas de manera correcta.

A fin de establecer un orden, la propuesta es que se diferencie las consultas simples de las consultas complejas siguiendo el ejemplo del caso chileno. En ese sentido, sobre la recepción de las consultas, se debería continuar con la recepción mediante correo electrónico, vía telefónica y mesa de partes. Luego, para emitir las respuestas a las mismas si se haría uso de la diferenciación entre las consultas simples y complejas. Así, las consultas simples pueden ser respondidas al instante cuando sean vía telefónica, o también, tal como se ha venido haciendo, se pueden realizar reuniones por videollamadas o pueden ser

absueltas a través de un correo electrónico simple. Por otro lado, cuando se advierta que el pedido del usuario requiere de más contenido, si será pertinente el uso de cartas mediante las cuales se brinde más información y sea una manera ordenada de responder ante preguntas que requieran más análisis.

En este contexto es necesario resaltar la función del portal institucional de INDECOPI, ya que las respuestas que se han emitido mediante cartas han venido siendo subidas a esta plataforma para conocimiento de la ciudadanía en general. Esta práctica debería seguir realizándose y también debería ser institucionalizada, señalando que sea obligatorio que las respuestas a las consultas continúen siendo actualizadas en el portal.

En segundo lugar, respecto al tiempo que toma realizar el procedimiento, es decir absolver la consulta previa, se han venido respondiendo a las mismas en el plazo de una semana (Espinoza, 2022) esto quiere decir que la entidad se ha tomado aproximadamente 7 días calendario para resolver las consultas. Consideramos que este plazo debería continuar e institucionalizarse debido a la importancia que tiene el tiempo cuando se hace una fusión de empresas. Dar un plazo mayor a ese podría desincentivar a que las empresas se acerquen a pedir la consulta ya que cuando estamos ante una fusión de empresas importa la celeridad de las acciones. En efecto, y continuando con lo señalado en el punto anterior, el plazo para las consultas simples sería de 5 días hábiles luego de que la consulta haya sido recepcionada por la entidad por cualquiera de las vías antes mencionadas, por otro lado, en caso de las consultas complejas, se extendería a un plazo máximo de 7 días hábiles.

Por último, sobre el tema de confidencialidad, debido a que existen ciertas consultas hacia la entidad que, por su relevancia, es necesario que sean de conocimiento público, también existen otras en las que hay cierta información delicada de las empresas por lo que se propone una solicitud de confidencialidad que estas puedan solicitarla en caso lo deseen. Para ello, consideramos que es fundamental seguir modelos que ya han sido usados en la Comisión de Libre Competencia respecto al control de actos de concentración mediante el Decreto Legislativo N°1034.

En ese caso, dicho Decreto Legislativo precisa ciertos requisitos cuando estemos ante información confidencial:

32.1. A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Secretaría Técnica o la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto comercial o industrial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

La solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial o industrial será concedida, siempre que:

- a) Dicha información sea un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
- b) Quienes tengan acceso a dicho conocimiento tengan la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
- c) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

Del mismo modo, el inciso 4 del artículo 32 indica que se debe precisar cuál es la información que tiene cara tener confidencial y se debe presentar un resumen no confidencial. Una vez recopilada toda esa información, la Secretaría Técnica evaluará si se otorga o no la confidencialidad antes de continuar con la consulta previa.

Por otro lado, tal como se ha realizado en el caso de los umbrales, donde se emitieron lineamientos para que los usuarios manejen de manera más simplificada la información, en el caso de la consulta previa, debería elaborarse un documento similar en el cual se pueda dar indicaciones a detalle luego de haber realizado el cambio en la norma, con la finalidad de que se tenga un mayor alcance.

2.2. ¿Es o no es conveniente el control de oficio en nuestra legislación?

Ahora bien, sobre el control de oficio, se señaló que, actualmente, a partir de la emisión de la Ley 31112 existe un debate entre si es adecuado que se haya incluido el control o no. Al respecto, y teniendo en consideración las recomendaciones de la OCDE y del INC, en el contexto en el que se encuentra el Perú si es conveniente que exista este control de oficio. Sin embargo, si coincidimos en que hay ciertos aspectos sobre este control que deben ser más claros para los usuarios que presenten sus solicitudes sobre las operaciones de concentración que vayan a realizar.

Sobre el primer punto, de la pertinencia del control de oficio, es preciso resaltar que este aspecto de la legislación no es aislado, sino que está vinculado a los umbrales de notificación que se hayan establecido en la norma. En efecto, se han identificado dos tipos de sistemas de notificación de concentraciones: el obligatorio y el voluntario.

Por un lado, en el caso del sistema obligatorio, tal como lo señala su nombre, implica que todos los agentes económicos deben presentar su solicitud para realizar el acto de concentración de manera obligatoria. Así, si no la presentan estarán contraviniendo la norma y podrán ser sancionados. En este caso hay una importancia en los umbrales de notificación ya que estos son los que definirán que actos u operaciones deberán presentar la solicitud. Por otro lado, en el sistema voluntario, son los agentes económicos los que se presentan voluntariamente a la evaluación de sus actos de concentración. En este caso, existe una dependencia a la conciencia que puedan tener los usuarios sobre las políticas de competencia y al autoanálisis de las mismas (OCDE, 2014). En este último caso los umbrales no son tan relevantes ya que lo relevante será cómo está establecida la ley de control de concentraciones y si la operación que esté realizando califica dentro de lo permitido.

Ante ello, la OCDE precisa que una alternativa al sistema obligatorio es el híbrido o mixto. Esta combina la obligatoriedad de los umbrales y también da la posibilidad a que se puedan examinar aquellos actos que no lleguen a dichos umbrales (2014). En ese sentido este sistema permite (i) una notificación

voluntaria de las empresas para buscar seguridad al momento de concretar su concentración y (ii) da facultades a la entidad de competencia para que pueda actuar de oficio ante aquellas operaciones que, si bien no alcanzaron los umbrales, puedan generar problemas en la libre competencia (OCDE, 2014). Este modelo mixto no es un modelo nuevo, en el caso de Chile se ha venido usando para el control de sus operaciones de concentración.

Es este modelo el que nos importa para el presente análisis ya que, tal como se ha señalado, es posible el control de oficio y es una manera de combinar las ventajas tanto del sistema obligatorio como el sistema voluntario. Así, deben existir ciertos factores que permiten que este sistema híbrido sea eficaz y adecuado para donde se quiera aplicar (OCDE, 2014):

- En caso la definición de concentración sea general y existan umbrales altos, este tipo de sistema será beneficioso para advertir la existencia de actos de concentración que estén por debajo de los umbrales
- Cuando sea la primera vez en la que se instaure el uso de umbrales de notificación, el sistema mixto también es recomendable debido a que la autoridad puede revisar las operaciones que estén por debajo de estos sin esperar a que exista una revisión de umbrales.
- Este sistema implica que las condiciones para el sistema obligatorio y para el sistema voluntario estén conformes. Es decir que el sistema obligatorio exista en el caso de que la operación se de por encima de los umbrales y que, por debajo de los mismos, se haga uso del sistema voluntario.
- Se necesitan recursos adicionales ya que las empresas notificarán de manera voluntaria cuando vena que la autoridad es eficiente en el uso de sus facultades de oficio.
- Por último, que el sistema sea híbrido no implica que haya inseguridad jurídica. En ese sentido, las reglas deben ser claras y coherentes al momento de aplicarlas para que las empresas valoren por sí mismas si sus acciones pueden ser anticompetitivas.

Dentro de este orden de ideas, podemos advertir que en el Perú conviene tener el sistema híbrido ya expuesto, y por ende un control de oficio por parte de

INDECOPI. De hecho, los factores que permiten que este sistema mixto sea eficaz son factores en los cuales cabe nuestra legislación. En primer lugar, sí se cuentan con umbrales relativamente altos, teniendo en cuenta que artículo 6 de la Ley 31112 indica que una operación estará sujeta al control previo cuando, concurrentemente cumpla con que el valor total de ventas brutas o valor contable de activos en Perú de las empresas involucradas se mayor o igual a 118 000 UIT y que el valor total de ventas brutas o valor contable de activos en Perú de al menos dos de las empresas involucradas sea mayor o igual a 18 000 UIT. En efecto, el control de oficio permitirá que aquellas operaciones que no cumplan con esta premisa puedan ser evaluados a fin de concluir si afectan o no la libre competencia.

Por otro lado, también se señala que este sistema híbrido es ideal cuando sea la primera vez que se haga uso de umbrales. En este caso, en la legislación peruana, anteriormente solo se regulaba el sector eléctrico y no se regulaban los demás sectores. Por ello podemos concluir que, es la primera vez que en el Perú se está regulando las concentraciones eléctricas en todo el mercado, asimismo, es la primera vez en la que se hace uso de umbrales para determinar que operaciones deben pasar por el control previo de la autoridad de competencia. Por ende, dentro de nuestra normativa si se cumpliría con este factor.

En tercer lugar, en la Ley 31112, si se hace una diferenciación entre lo que es la notificación voluntaria y la notificación obligatoria, tal como se mencionó el uso de los umbrales impone a los agentes económicos que, si pasan dichos parámetros deben presentar su solicitud obligatoriamente a la entidad; sin embargo, si esto no ocurre, tienen la posibilidad de presentar su notificación voluntaria.

Por último, sobre el factor que señala que las reglas deben ser claras y coherentes, de tal modo que no se genere una inseguridad jurídica, se advierte que en la Ley 31112 es clara y precisa sobre los umbrales a considerar, pero se cuestiona la claridad en el control de oficio. En ese sentido, podemos resaltar que, los umbrales que se encuentran en la norma cumplen con la característica de basarse en criterios objetivamente cuantificables; por ejemplo, el valor de

sus ventas o el valor contable de los activos. En efecto, dichos umbrales no están basados en las participaciones que las empresas tengan en el mercado, sino que los criterios presentados sí son cuantificables. Sobre el control de oficio, tal como se ha señalado, fue a partir de la reglamentación de la norma que se dieron más detalles y especificaciones sobre cómo se realizará este tipo de control, como indicar que solo será dentro del plazo de un año en el cual la Secretaría técnica pueda dar inicio a una investigación y presentar supuestos en los que se puede afirmar que estamos ante circunstancias especiales donde se identifique indicios razonables que nos permitan identificar que se genere posición de dominio o afectar la competencia efectiva en el mercado relevante. Ante ello es necesario realizar el análisis de si esto es suficientemente claro y coherente como recomienda la OCDE.

En ese sentido, consideramos que, tanto en la Ley como en el Reglamento se indica que, para poder iniciar el control de oficio por parte de la Secretaría Técnica, deben existir indicios razonables para considerar que la operación pueda generar posición de dominio o que afecte la competencia en un determinado mercado relevante. Ante ello, el primer paso que se realizó para aclarar ello fue establecer los supuestos y situaciones en el Reglamento, por lo tanto, en ese aspecto podemos señalar que existe claridad y coherencia ya que las circunstancias especiales cumplen con que, son situaciones en las que, a pesar de no alcanzar los umbrales, se puede generar una afectación a la competencia y un abuso del poder de dominio; por lo que sí es correcto que la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia intervenga.

Sobre las circunstancias especiales en las que se pueden identificar estos indicios razonables que se presentan en el Reglamento la que puede generar más duda al administrado es en la que se indica que "*otras operaciones de concentración que tengan la potencialidad de generar posibles efectos restrictivos significativos de la competencia*". En este contexto, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia podría pronunciarse y emitir lineamientos mediante los cuales se presenten ejemplos diversos de estas circunstancias, del mismo modo que se hizo con los

umbrales. Asimismo, teniendo en cuenta que, tal como se señaló en los factores anteriores, es la primera vez que en nuestra legislación se hace un control de concentraciones a todos los mercados, considero que es necesario que exista este inciso ya que, no es posible establecer una lista taxativa en la que se indiquen todos los supuestos y circunstancias, pero mediante este inciso, que nos indica que se podrá iniciar el control de oficio cuando exista efectos restrictivos significativos, da la oportunidad al Indecopi de estar alerta y de intervenir ante posibles restricciones a la libre competencia. Lo recomendable es que, a partir de los lineamientos sugeridos anteriormente se brinde una mayor orientación para otorgar seguridad jurídica a los administrados.

De manera adicional, podría establecerse en la Ley una lista más clara sobre las operaciones que no se deben notificar; de esta manera se esclarece más la situación para los agentes económicos. Teniendo todo ello claro, si es posible sustentar que el control de oficio en el Perú si es adecuado y pertinente.

La ICN, por su lado, también ha hecho mención al tema en sus recomendaciones, así precisa que:

“Jurisdictions may retain the ability to review transactions that do not meet the mandatory notification thresholds. Such “residual jurisdiction” may encompass all transactions with a material nexus to the jurisdiction or a subset of transactions with a material nexus to the jurisdiction that meet lower, non-mandatory notification thresholds. When a jurisdiction maintains residual jurisdiction, it should take steps to address the desire of the parties to the transaction for certainty. Such steps may include restricting the competition authority’s ability to exercise residual jurisdiction to a specified, limited period of time after the completion of a transaction and authorizing the parties to submit voluntary notifications to the competition authority” (2018, p. 3)

Así nos hace hincapié en que la entidad de competencia si debe tener la potestad de revisar aquellas operaciones que no estén dentro de los umbrales establecidos. Asimismo, concuerda con la OCDE en que esta actividad debe

realizarse con certeza y por un tiempo limitado; además que debe existir la posibilidad de presentar la notificación de manera voluntaria.

Por todo lo mencionado, podemos afirmar que el control de oficio que se a planteado en nuestra legislación va acorde a las recomendaciones que se han emitido: por lo tanto, si es conveniente que se maneje de la manera en la que se esta haciendo, el control de oficio por parte del Indecopi. Si bien es cierto necesitará de mas lineamientos y ciertas orientaciones hacia los administrados, ello debe servir para reforzar lo ya establecido en la legislación actual.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Para finalizar, las conclusiones a las que podemos arribar son las siguientes:

- La consulta previa en el Perú está tipificada de manera incipiente, de esta manera, no queda claro cuál es el procedimiento que debería realizar un agente ante una consulta que surja al momento de presentar la notificación.
- A partir de ello, es necesario que se mejore la legislación específicamente en tres puntos: el plazo en el que se puede presentar la consulta, mediante que medios puede realizarse la misma y qué acciones se deben tomar en caso exista alguna información confidencial al respecto.
- El control de oficio ha originado debate y existen posiciones que consideran que no es adecuado que se haya regulado ello en la norma versus los que consideran que si es necesario.
- Tanto la OCDE como el INC han emitido recomendaciones al respecto y, ante las circunstancias en las que se encuentra el Perú, es adecuado hacer uso de un sistema híbrido en el cual se tenga los umbrales de notificación de manera obligatoria, pero que también la autoridad de

competencia tenga las facultades necesarias para intervenir de oficio cuando no se alcancen dichos umbrales.

- Por lo tanto, la potestad de realizar un control de oficio por parte de Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia si estaría dentro de las recomendaciones cumpliendo con establecer un plazo para realizar dicho control y también estableciendo cuales son las circunstancias en las que se desarrollaría el mismo. Así, tener este tipo de control es conveniente en nuestra legislación.
- Finalmente, la entidad de competencia, tanto en el caso de la consulta previa como en el control de oficio debe emitir guías o lineamientos que permitan a los usuarios esclarecer sus dudas sobre dichos temas. Ello también favorecerá a la entidad pues ya se tendrán ciertas bases establecidas que regirán su actuación.

BIBLIOGRAFÍA

Cruz, S. (21 de abril de 2022) Nuevo régimen de control de concentraciones ¿Cómo vamos a un año de su vigencia? [Sesión de conferencia] IV Curso de Propiedad Intelectual y Competencia, Lima, Perú.

Espinoza, J. (16 de junio de 2022). Balance del primer año de implementación del régimen de control de concentraciones empresariales en el Perú [Sesión de conferencia]. Simposio Internacional: Primer Año de Implementación de la Ley de Control de Fusiones, Lima, Perú
<https://www.youtube.com/watch?v=6UBDE7aJkQ8&t=1713s>

International Competition Network (2018). ICN Recommended Practices for Merge Notification and Review Procedures, ICN Recommended Practices, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2005)
Recommendation of the Council on Merger Review. OCDE Legal Instruments.
<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0333>

Orozco, E. (2022) Killer Acquisition Theory of Harm y la autonomía de las partes. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (16), febrero 2022, 80-99.

