Proyecto de Ley N° 4110/2018-PE

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha Contra la Corrupción y la Impunidad"

Lima, 26 de marzo de 2019

OFICIO Nº 073 -2019 -PR

Señor
DANIEL SALAVERRY VILLA
Presidente del Congreso de la República
Presente. -

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, a fin de someter a consideración del Congreso de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el Proyecto de Ley de Control de Concentraciones Empresariales.

Sin otro particular, hacemos propicia la oportunidad para renovarle los sentimientos de nuestra consideración.

Atentamente,

MARTIN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

SALVADOR DEL SOLAR LABARTHE
Presidente del Consejo de Ministros

312691 ATD

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 29 de MARZO del 2019

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77º del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición Nº 410 para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA. —

GIANMARCO PAZ MENDOZA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Proyecto de Ley

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente

LEY DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

TÍTULO I
CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto y finalidad

La presente Ley establece el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Artículo 2. Ámbito de aplicación de la Ley

Se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley las operaciones de concentración empresarial que superen el umbral previsto en sus artículos 5 y 6, siempre que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, aun cuando se hayan originado en el extranjero.

CAPÍTULO II
OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

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

3.1 Para efectos de la presente Ley, se entiende que se produce una operación de concentración empresarial sujeta al procedimiento de evaluación previa, a todo acto o acuerdo que constituya un cambio permanente del control de la totalidad o parte, de uno o de varios agentes económicos. Dichas concentraciones se explican como consecuencia de:

a) La fusión de dos o más agentes económicos, los cuales antes de la operación eran independientes, cualquiera sea la forma de

organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.

b) La adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.

c) La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí, de una empresa en común, joint venture o cualquier otra modalidad contractual análoga, que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos, de tal forma que dicho agente económico desempeñe de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

d) La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.

3.2 El término control se entiende como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico mediante:

a) Derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de un agente económico, determinando directa o indirectamente el comportamiento competitivo de dicha empresa en el mercado.

b) Derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de un agente económico.

3.3 Se entiende como agente económico a toda persona natural o persona jurídica que participa en la operación de concentración empresarial, nacional o extranjera, de derecho privado o de derecho público, que ofrezca o demande bienes o servicios, que sea titular de derechos o beneficiario de los contratos, o, sin ser titular de dichos derechos ni beneficiario de dichos contratos, pueda ejercer los derechos inherentes a los mismos.

3.4 Se entiende como grupo económico al conjunto de agentes económicos, sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la otra u otras, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

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

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

a) El crecimiento corporativo de un agente económico como resultado de operaciones realizadas exclusivamente al interior del mismo grupo económico.

b) El crecimiento corporativo interno de un agente económico, independientemente de que se produzca mediante inversión propia, o con recursos de terceros que no participan directa ni indirectamente en el mercado.

c) El crecimiento corporativo de un agente económico que no produzca efectos en los mercados dentro del territorio nacional, en una parte o en su totalidad.

d) El control que se adquiera sobre un agente económico como resultado de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de una concesión, reestructuración patrimonial, insolvencia, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo.

e) Cuando las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros o del mercado de capitales cuya actividad normal constituya la negociación y transacción de títulos, por cuenta propia o de terceros, posean con carácter temporal acciones o participaciones que hayan adquirido de una empresa con el propósito de revenderlas, siempre que no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas acciones o participaciones con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa.

CAPÍTULO III
UMBRAL PARA LA EVALUACIÓN PREVIA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

Artículo 5. Determinación y actualización del umbral

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

5.2 El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) puede proponer la actualización del valor del umbral siempre que se justifique la necesidad de dicha actualización de conformidad con la finalidad de la presente Ley. La modificación del valor del umbral se aprueba mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

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

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

a) La suma del valor de las ventas brutas totales en el país de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se

notifique la operación, un valor igual o superior a 118 000 (ciento dieciocho mil) Unidades Impositivas Tributarias, y

b) El valor de las ventas brutas totales en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 18 000 (dieciocho mil) Unidades Impositivas Tributarias cada una.

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

Artículo 7. Autoridad competente

El procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial se encuentra a cargo exclusivamente del INDECOPI, cuyos órganos competentes ejercen sus atribuciones de acuerdo con lo dispuesto por la presente Ley y la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI. Asimismo, se observa supletoriamente lo establecido en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Artículo 8. Comisión de Defensa de la Libre Competencia

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

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

La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia es el órgano con autonomía técnica con competencias para realizar las acciones de ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas al procedimiento de evaluación previa o, en su caso, sobre las acciones preliminares de investigación que puedan dar lugar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo a lo previsto en la presente Ley.

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

El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual es el órgano competente para revisar en segunda y última instancia administrativa los actos impugnables emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, así como en los procedimientos sancionadores regulados en la presente Ley.

TÍTULO III
PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN PREVIA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

CAPÍTULO I
INICIO DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 11. Principios

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

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

b) Principio de confidencialidad: Los empleados, funcionarios o representantes de la Secretaría Técnica y los miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, así como los empleados, funcionarios o representantes de la Secretaría Técnica y los vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, independientemente de su régimen laboral o de contratación, que tuvieran acceso al expediente, guardan reserva respecto de la información a la que tengan acceso en el procedimiento de evaluación previa; la misma que sólo puede ser utilizada para la finalidad para la que fue requerida. Están prohibidos de divulgar el secreto empresarial, comercial y/o industrial de los agentes económicos, o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad.

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

Si la operación de concentración empresarial se encuentra comprendida dentro del umbral previsto, antes de su ejecución, los agentes económicos presentan una solicitud de autorización ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Esta solicitud se tramita bajo el procedimiento de evaluación previa establecido en la presente Ley.

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

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

Artículo 14. Admisión a trámite de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial

14.1 A la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial se acompañan los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata, los agentes económicos que participan en ella, así como

el grupo económico al cual pertenece cada uno de ellos. Asimismo, los solicitantes presentan los elementos que permitan evaluar preliminarmente los posibles efectos de la operación sobre la competencia en los mercados involucrados; y los demás requisitos que detalle el Reglamento de la presente Ley.

14.2 La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia revisa la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial comunicando a las partes intervinientes sobre el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de admisión a trámite en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

14.3 Si la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial no cumple los requisitos de admisión a trámite, la Secretaría Técnica otorga un plazo de cinco (05) días hábiles para la subsanación respectiva, bajo apercibimiento de tener por no presentada la solicitud. La Secretaría Técnica revisa la solicitud subsanada en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

14.4 Si la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial cumple los requisitos respectivos, la Secretaría Técnica emite la resolución que admite a trámite la solicitud.

14.5 Una vez emitida la resolución que admite a trámite la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial, la Secretaría Técnica publica una nota sucinta sobre la operación de concentración empresarial, a fin de que la autoridad pueda recibir información relevante de terceros en el plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de la referida publicación. La nota sucinta indica los nombres de los agentes económicos y los sectores económicos involucrados, y se difunde de acuerdo a los mecanismos establecidos en el Reglamento de la presente Ley. Para efectos de la referida publicación, se tiene en cuenta los intereses legítimos de los agentes económicos partícipes en la operación de concentración empresarial respecto a la protección de aquella información que califique como secreto empresarial, comercial o industrial, de acuerdo con lo establecido en la normativa que regula la materia y en el Reglamento de la presente Ley, bajo responsabilidad.

Artículo 15. Inejecución de las operaciones de concentración empresarial sujetas a evaluación previa

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

15.2 La ejecución de una operación de concentración empresarial comprendida en el ámbito de aplicación de la presente Ley sin haber presentado la solicitud de autorización correspondiente o sin haber esperado hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de evaluación previa, acarrea la nulidad de los actos que se deriven de dicha ejecución, los cuales no surten efectos jurídicos, sin perjuicio de las consecuencias legales que se apliquen, según lo previsto por la presente Ley y su Reglamento.

15.3 Tratándose de una operación de concentración empresarial que se realice a través de una Oferta Pública de Adquisición en el mercado de valores, es requisito previo el pronunciamiento de la entidad competente para que los agentes económicos puedan iniciar el procedimiento respectivo ante la

Superintendencia del Mercado de Valores. Asimismo, obtiene el pronunciamiento previo de la autoridad competente para realizar la operación de concentración empresarial que origine la obligación de formular una Oferta Pública de Adquisición posterior.

CAPÍTULO II
EVALUACIÓN PREVIA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

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

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

16.2 La primera fase se inicia con la admisión a trámite de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial y concluye en los siguientes supuestos:

a) Si la Comisión determina que la operación no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley, lo declara mediante resolución.
La emisión de dicha resolución concluye el procedimiento de evaluación previa y no excede de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de admisión a trámite de la solicitud.

b) Si la Comisión determina que la operación está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley pero no plantea un alto riesgo de generar una restricción significativa de la competencia, autoriza la operación sin condiciones.
La emisión de dicha resolución concluye el procedimiento de evaluación previa y no excede de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de admisión a trámite de la solicitud.

16.3 Si la Comisión determina que la operación se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley y plantea un alto riesgo de generar una restricción significativa de la competencia, emite una resolución que pone fin a la primera fase y dispone el inicio de la segunda fase del procedimiento de evaluación previa.

La emisión de dicha resolución no excede de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de admisión a trámite de la solicitud.

La segunda fase del procedimiento de evaluación previa no excede de noventa (90) días hábiles, pudiendo prorrogarse hasta por un plazo máximo de treinta (30) días hábiles adicionales, debiendo indicarse los motivos que justifiquen dicha prórroga. La resolución que emita la Comisión concluye el procedimiento de evaluación previa.

Artículo 17. Información necesaria para la evaluación previa de operaciones de concentración empresarial

17.1 Los órganos competentes en el procedimiento de evaluación previa se encuentran facultados para solicitar a cualquier entidad de la Administración Pública información relacionada con los mercados involucrados, sin más limitación que la establecida por la Constitución y la presente Ley, para lo cual se dictan las medidas e implementan los mecanismos correspondientes para una eficaz colaboración interinstitucional en el marco del cumplimiento de la finalidad señalada en la presente Ley.

17.2 Para la evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, los órganos competentes se encuentran facultados para solicitar a los organismos reguladores, a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones o a la Superintendencia del Mercado de Valores, según corresponda, información relacionada con los mercados bajo su supervisión.

17.3 Los requerimientos de información a los que se refiere este artículo pueden realizarse en cualquier etapa del procedimiento de evaluación previa.

17.4 Los plazos y condiciones para absolver los requerimientos de información a los que se refiere el presente artículo se establecen en el Reglamento de la presente Ley.

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

18.1 Durante el desarrollo del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, los agentes económicos pueden presentar al órgano competente una propuesta de compromisos destinados a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de análisis.

18.2 Los compromisos propuestos por los agentes económicos pueden ser comunicados por el órgano competente a terceros, en la medida que ello resulte necesario para su evaluación, de conformidad con la finalidad de la presente Ley.

18.3 Si el órgano competente determina que los compromisos propuestos evitan o mitigan los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de análisis, autoriza la operación sujeta a dichos compromisos y da por concluido el procedimiento de evaluación previa.

18.4 El procedimiento de evaluación previa se suspende hasta que la autoridad se pronuncie sobre la propuesta presentada por los agentes económicos.

18.5 La oportunidad y los requisitos para presentar y modificar la propuesta de compromisos, las reglas complementarias para su tramitación y el plazo de suspensión del procedimiento se establecen en el Reglamento de la presente Ley.

Proyecto de Ley

Artículo 19. Análisis de la operación de concentración empresarial

19.1 En el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, el órgano competente evalúa los efectos de la operación de concentración empresarial, a fin de identificar si produce una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados.

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

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

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

19.4 Si en el procedimiento de evaluación previa se determina que la operación de concentración empresarial no produce una restricción significativa de la competencia, el órgano competente autoriza la operación.

19.5 Si en el procedimiento de evaluación previa se determina que la operación de concentración empresarial puede generar una restricción significativa de la competencia, la autoridad puede:

a) Autorizar la operación, siempre que los agentes económicos solicitantes demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos de la posible restricción significativa de la competencia. Las eficiencias económicas que se identifiquen deben tener un carácter inherente a la operación, ser verificables y susceptibles de ser transferidas al consumidor.
b) Autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial. Dichas condiciones pueden basarse en los

compromisos ofrecidos por los agentes económicos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 de la presente Ley.

c) No autorizar la operación, cuando los agentes económicos solicitantes no demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos de la posible restricción significativa de la competencia y no sea posible establecer condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial.

Artículo 20. Recurso de apelación

20.1 En caso se deniegue la autorización de la operación de concentración empresarial o se autorice con condiciones, los agentes económicos solicitantes pueden interponer recurso de apelación contra la resolución emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. El plazo para su interposición es de quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución.

20.2 El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual se pronuncia en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles.

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

Artículo 21. Silencio administrativo positivo

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

Artículo 22. Nulidad de oficio

En caso de comprobar fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el agente económico, la autoridad considera no satisfecha la exigencia respectiva para todos sus efectos, procediendo a declarar la nulidad del acto que autoriza la operación de concentración empresarial sustentado en dicha declaración, información o documento, sin perjuicio de las consecuencias legales que se apliquen, de acuerdo a lo previsto en la presente Ley, su Reglamento y demás normas sobre la materia.

Artículo 23. Revisión de condiciones

23.1 Cuando la autorización de una operación de concentración empresarial se sujete al cumplimiento de una condición de conducta, la autoridad establece un plazo para su revisión. Luego de dicho plazo, la autoridad determina si resulta pertinente mantenerla, dejarla sin efecto o modificarla. Si decide mantenerla o modificarla, establece un nuevo plazo para su revisión.

23.2 Asimismo, durante dicho plazo, en caso se constate una variación en las condiciones de competencia, la autoridad puede revisar de oficio la condición impuesta a los agentes económicos con el objeto de determinar si resulta necesario o no mantener tal condición o modificarla, verificando que no se generen perjuicios a terceros.

23.3 Por otra parte, en cualquier momento los agentes económicos pueden solicitar a la autoridad que deje sin efecto o modifique la condición de conducta establecida al autorizar la operación de concentración empresarial. Para ello, presentan elementos de juicio que demuestren que

se ha producido una variación en las condiciones de competencia que justifican su solicitud. Los requisitos para presentar esta solicitud y su trámite se sujetan al Reglamento de la presente Ley.

23.4 La modificación de una condición de conducta efectuada por la autoridad, de oficio o a solicitud de los agentes económicos involucrados, se efectúa de acuerdo con las disposiciones establecidas en el Reglamento de la presente Ley.

CAPÍTULO III
MEDIDAS CORRECTIVAS

Artículo 24. Medidas correctivas

24.1 La Comisión de Defensa de la Libre Competencia puede aplicar las sanciones que correspondan conforme a la presente Ley y ordenar como medida correctiva que los agentes económicos involucrados disuelvan la operación de concentración empresarial, mediante la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, hasta que quede restablecida la situación previa a la ejecución de la operación de concentración empresarial, cuando compruebe que dicha operación:

a) Ha sido ejecutada sin su autorización; o
b) Ha sido ejecutada incumpliendo alguna de las condiciones establecidas para su autorización.

24.2 En el caso que no sea posible restablecer la situación previa a la ejecución de la operación de concentración empresarial, la Comisión puede ordenar otras medidas destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial.

Artículo 25. Multas coercitivas por incumplimiento de medidas correctivas

25.1 Si un agente económico incumple las obligaciones relativas a una medida correctiva ordenada, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia impone una multa coercitiva equivalente a ciento veinticinco (125) Unidades Impositivas Tributarias, la cual es pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales se ordena su cobranza coactiva.

25.2 En caso de persistir el incumplimiento, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia puede imponer una nueva multa coercitiva, duplicando

sucesivamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se dé cumplimiento a la medida correctiva ordenada y hasta el límite de dieciséis (16) veces el monto de la multa coercitiva originalmente impuesta.

TÍTULO IV
INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 26. Infracciones administrativas

Las infracciones administrativas en el ámbito de aplicación de la presente Ley se distinguen entre leves, graves y muy graves, y se configuran en los siguientes supuestos:

a) No haber presentado al órgano competente la información requerida, no haberla entregado en el plazo previsto, o haber presentado información incompleta, incorrecta, adulterada, engañosa o falsa.

b) La obstrucción, a través de cualquier modalidad, de la labor de investigación del órgano competente con relación a la operación de concentración empresarial.

c) La ejecución de la operación de concentración empresarial antes de haber sido sometida al procedimiento de evaluación previa.

d) La ejecución de la operación de concentración empresarial antes de haber sido emitida la resolución del órgano competente.

e) La ejecución de la operación de concentración empresarial antes de que se haya producido el silencio administrativo positivo.

f) El incumplimiento o contravención de una condición o de un compromiso establecido en una resolución emitida en aplicación de la presente Ley.

g) La ejecución de la operación de concentración empresarial habiendo sido denegada su autorización.

h) Otros que sean tipificados en el Reglamento de la presente Ley.

Artículo 27. Sanciones

Las infracciones administrativas se sancionan mediante la imposición de multas sobre la base de la Unidad Impositiva Tributaria, de acuerdo con los criterios y límites establecidos en el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o norma que lo sustituya.

Artículo 28. Gravedad de la infracción

Para efectos de determinar la gravedad de la infracción se aplican los criterios establecidos en el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que resulte aplicable, así como en el Reglamento de la presente Ley.

Artículo 29. Plazo de prescripción de la infracción

Las infracciones a la presente Ley prescriben a los cinco (5) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Definición de mercado relevante y de posición de dominio

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

Proyecto de Ley

SEGUNDA. Criterios aplicables al procedimiento de evaluación previa

El Reglamento de la presente Ley establece criterios para determinar la existencia de una operación de concentración empresarial comprendida en el ámbito de aplicación de la presente Ley y para el cálculo de los umbrales que sirvan de guía a los agentes económicos para el inicio del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial. Asimismo, desarrolla los criterios de evaluación aplicables a las operaciones de concentración empresarial en la primera y segunda fases del procedimiento de evaluación previa.

TERCERA. Vigencia

La presente Ley y su Reglamento entran en vigencia en un plazo de un (1) año contado a partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley.

CUARTA. Reglamento

El Reglamento de la presente Ley es propuesto por el INDECOPI, y aprobado mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas, en un plazo máximo de nueve (9) meses, contados a partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley.

QUINTA. Evaluación de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones

La evaluación previa de operaciones de concentración empresarial de agentes económicos comprendidos en el ámbito de la regulación y supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones es efectuada por el INDECOPI, sin perjuicio de la evaluación previa de carácter prudencial y de estabilidad financiera que corresponde a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, en virtud de lo establecido en la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Para que proceda la operación de concentración empresarial es necesario contar con la autorización tanto del INDECOPI como de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, cada uno en el ámbito de su competencia.

Tratándose de operaciones de concentración empresarial que involucren empresas del sistema financiero que captan depósitos del público o empresas de seguros, que presenten riesgos relevantes e inminentes que comprometan la solidez y/o estabilidad de las referidas empresas y/o de los sistemas que integran, solo se requiere la evaluación previa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones en su ámbito de competencia, dada la naturaleza y el carácter reservado de dicha situación, la cual es determinada por la

Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

SEXTA. Evaluación de la Superintendencia del Mercado de Valores

La evaluación previa de operaciones de concentración empresarial de agentes económicos a las que la Superintendencia del Mercado de Valores les hubiere otorgado autorización de funcionamiento es efectuada por el INDECOPI, sin perjuicio de la evaluación previa de carácter prudencial que realice, en el marco de sus competencias, la Superintendencia del Mercado de Valores, en virtud de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores y Decreto Ley N° 26126, Ley Orgánica de la Superintendencia del Mercado de Valores. Para que proceda la operación de concentración empresarial es necesario contar con la autorización tanto del INDECOPI como de la Superintendencia del Mercado de Valores, cada uno en el ámbito de sus competencias establecidas en las normas antes mencionadas.

SÉTIMA. Financiamiento

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

OCTAVA. Espectro de frecuencias radioeléctricas o espectro radioeléctrico

En los casos de evaluación de concentraciones empresariales en el sector telecomunicaciones, vinculados a la tramitación de procedimientos administrativos relacionados al espectro de frecuencias radioeléctricas o espectro radioeléctrico, el sector competente puede suspender la tramitación de estos a la espera del pronunciamiento del INDECOPI.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

ÚNICA. Procedimientos en trámite

Los procedimientos de evaluación previa sujetos a la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, que se hayan iniciado con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, y se encuentren en trámite, continúan su trámite bajo las reglas de la Ley N° 26876, hasta su culminación.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA. - Derogatoria

Derógase la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico con la entrada en vigencia de la presente Ley, con excepción del artículo 13 que modifica el artículo 122 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

SALVADOR DEL SOLAR LABARTHE
Presidente del Consejo de Ministros

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PROYECTO DE LEY DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

I. FUNDAMENTO

1. Situación actual

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

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

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

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

2. Problema

En economías como la peruana, reconocidas por la literatura económica como "economías de mercado pequeñas"[1], existen industrias que, según Gal (2013)[2], presentan tres características: son altamente concentradas, existen altas barreras a la entrada y poseen niveles sub-óptimos de producción. Estas economías suelen presentar un reducido número de competidores en la mayoría de sus industrias. Como resultado de las características antes

---

[1] Como su nombre lo sugiere, se refiere a países o unidades políticas en donde la demanda interna es pequeña en relación a la mínima escala eficiente de producción (también conocido como el punto mínimo del costo medio). Ver: Organisation for Economic Co.operation and Development (OECD) Global Forum on Competition, *Small Economies and Competition Policy: A Background Paper (CCNM/GF/COMP(2003)4). Página 4.*

Gal, M. (2013). Merger Policy for Small and Micro Jurisdictions. More Pros and Cons of Merger Policy (2013).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad

señaladas, muchos negocios se enfrentan al problema de alcanzar economías de escala, lo que lleva a que el mercado tienda a ser más concentrado con el fin de alcanzar mayor eficiencia.

Por otro lado, es importante reconocer que los mercados son dinámicos y las empresas constantemente se encuentran compitiendo entre sí para, entre otros, obtener mayor poder de mercado. Esto ocurrirá como consecuencia de que algunas empresas tendrán que salir del mercado, al no ser rentables por sí mismas, lo que generará que las empresas que permanezcan tengan que atender a una demanda cada vez mayor. Esto, como resulta evidente, obligará a aquellas empresas que permanezcan en el mercado a ampliar su capacidad de producción, lo que puede ocurrir de diversas formas, como mediante crecimiento orgánico o adquiriendo a aquellas que deseen salir del mercado.

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

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

> "*La mayor parte de fusiones no dañan la competencia. En efecto, algunas podrían ser pro-competitivas porque benefician a los consumidores al reducir los costos (a través del logro de eficiencias como economías de escala) y/o incrementando la innovación. Algunas otras son competitivamente neutrales, por ejemplo, porque la competencia luego de una fusión permanece y continua disciplinando a la empresa fusionada y a sus competidores.*"[3]

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

Por otro lado, cabe señalar que la posición de dominio tampoco es estable en el tiempo. Así como el resultado natural de la competencia puede ser la mayor concentración de poder de mercado, diversa literatura teórica y empírica[4] ha

---

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

[4] Entre ellos:
- Focarelli, D., & Panetta, F. (2003). Are mergers beneficial to consumers? Evidence from the market for bank deposits. *American Economi Review*, *93*(4), 1152-1172.
- Sapienza, P. (2002). The effects of banking mergers on loan contracts. *The Journal of finance*, *57*(1), 329-367. aylor, C. T., & Hosken, D. S. (2007). The Economic Effects of the Marathon-Ashland Joint Venture: The Importance of Industry Supply Shocks And Vertical Market Structure. *The Journal of Industrial Economics*, *55*(3), 419-451.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad

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

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

En dicho contexto, surge la interrogante acerca de la necesidad de contar con un mecanismo mediante el cual se evalúen y autoricen previamente las fusiones y adquisiciones de aplicación general, en todos los mercados de la economía peruana. Al respecto, cabe señalar que en las últimas décadas se ha discutido ampliamente respecto de las implicancias de establecer un mecanismo de esta naturaleza. Ello, considerando que, inevitablemente, existen riesgos asociados a su implementación y aplicación como, por ejemplo:

- Que el control de concentraciones empresariales tiene una alta probabilidad de error, en tanto, al ser un control *ex ante*, opera sobre la base de supuestos y proyecciones acerca de la posibilidad de que se obtenga una posición de dominio y se abuse de ella en el futuro, situaciones que podrían no llegar a presentarse en la práctica.

- Que los costos de una decisión incorrecta pueden ser elevados, en tanto los errores en la aplicación del control de concentraciones suponen prohibir o condicionar operaciones que, si hubieran sido autorizadas, podrían haber generado ganancias en eficiencia (economías de escala, economías de ámbito, procesos de transferencia tecnológica, etc.) en las empresas y en el mercado, aumentando el bienestar de los consumidores (error de tipo I).

- Que el control de concentraciones empresariales podría disuadir la inversión en operaciones eficientes, toda vez que podría desanimar a las empresas de invertir en operaciones eficientes, debido a los altos costos de tramitar un procedimiento de autorización previa y a la probabilidad de error que afecta las decisiones de la agencia de competencia.

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

18

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

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Propiedad Intelectual

Al respecto, Chua (2015)[5] señala lo siguiente:

> *"Las autoridades de competencia en economías de mercado pequeñas se enfrentan de manera regular al siguiente dilema en la implementación de un control de fusiones.*
>
> *Por un lado, las fusiones son un mecanismo importante para que las empresas crezcan a dimensiones tan eficientes que, a su vez, sirvan para reducir ineficiencias productivas y dinámicas. La implementación de un control de fusiones en dichas economías podría llevar a una mayor probabilidad de bloqueo de operaciones de concentración que podrían beneficiar potencialmente a la economía local si es que estas se basan en umbrales, supuestos y políticas de monitoreo ex-post como las aplicadas por la Comisión Europea. Esto podría conducir a una mayor probabilidad de ocurrencia de "errores de tipo I" en la evaluación de operaciones de concentración que involucren a empresas que operan en pequeñas economías de mercado.*
>
> *Por otro lado, las eficiencias potenciales derivadas de una operación de concentración pueden ser contrarrestadas por comportamientos de mercados monopolísticos, que tienden a ser realizados por productores en industrias altamente concentradas y en mercados en donde "todos se conocen entre sí".*
>
> *Por ende, las autoridades de competencia en economías de mercado pequeñas se encontrarán con mayor frecuencia con disyuntivas entre, por un lado, asegurar la eficiencia del mercado y, por otro, asegurar las condiciones de competencia en los mercados locales. El riesgo latente de la aplicación incorrecta del mecanismo de control de fusiones y el impacto de dichos errores en una economía pequeña también tenderán a ser mayores, especialmente si esto podría llevar a una pérdida de la confianza de los inversionistas en el enfoque de esta economía pequeña sobre el estado de derecho."*

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

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

3. Propuesta

Objeto y finalidad (artículo 1)

El artículo 1 establece como objeto el establecimiento de un procedimiento de evaluación previa de las operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el

[5] Chua, X. H. L. (2015). Merger control in small market economies. SAcLJ, 27, 369. (traducción libre del numeral 16). Disponible en: https://journalsonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal/e-Archive/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/495/ArticleId/423/Citation/JournalsOnlinePDF

bienestar de los consumidores. Debido a las condiciones estructurales de algunos mercados, podría haber incentivos para que las empresas opten por fusionarse, obteniendo mayores ganancias como consecuencia de las eficiencias que alcancen.

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

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

Ámbito de aplicación (artículo 2)

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

Esta disposición es coherente con lo señalado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)[6] en la Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones de Chile del 2014. En ella se menciona que el primer paso en el diseño de un régimen de control de concentraciones eficientes consiste en la delimitación del ámbito, pudiendo este depender de 1) la definición de las operaciones que deben ser sujetas al control de concentraciones; 2) el establecimiento de un sistema de notificación; y 3) la determinación de los umbrales de notificación.

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

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

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

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

20

Operaciones sujetas al procedimiento de evaluación previa (artículos 3 y 4)

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

En ese sentido, el artículo 3.1 establece los tipos de operación de concentración empresarial que están sujetas al procedimiento de evaluación previa, especificando que deben constituir un cambio permanente de control de la totalidad o parte, de uno o de varios agentes económicos. Del mismo modo, los tipos de operación han sido descritos mediante definiciones breves, con la finalidad de que el Reglamento desarrolle con más detalle estos conceptos[7].

---

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

(...)

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

1.5 Es oportuno mencionar que las reglas de los procesos de promoción suelen considerar la conformación de consorcios para la participación como postor. Posteriormente, para la suscripción del contrato, se requiere la constitución de una Sociedad de Propósito Específico (SPE) a cargo del cumplimiento de todas las obligaciones frente al Estado, establecidas en el respectivo contrato de concesión. Asimismo, se considera la conformación de consorcios para la presentación de Iniciativas Privadas para el desarrollo de proyectos de APP, así como para Proyectos en Activos y proyectos regulados en el Decreto Legislativo N° 674[7].

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

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

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

1.9 Sin perjuicio de lo ya indicado, es importante mencionar que, de conformidad con el numeral 1[7] del párrafo 4.1 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1362, los procesos de promoción de la inversión privada promueven la competencia. Por su parte, el párrafo 4.2 del mencionado artículo establece que es aplicable a las APP el Principio de Valor por Dinero, que tiene como objeto la búsqueda de la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, así como una adecuada distribución de riesgos en todas las fases del proyecto; la generación de Valor por Dinero en las fases de desarrollo de las APP es responsabilidad del Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) o de la entidad pública titular del proyecto, y puede darse por ejemplo, en la Fase de Transacción de los proyectos de APP, al asegurar las condiciones de competencia, a través de un proceso de promoción transparente, garantizando la igualdad de condiciones entre todos los participantes[7].

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

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

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

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad

21

Los artículos 3.2, 3.3 y 3.4 definen los términos utilizados en el artículo 3.1, tales como "control", "agente económico" y "grupo económico".

Adicionalmente, para garantizar mayor predictibilidad acerca de qué operaciones no están sujetas al procedimiento de evaluación previa, el artículo 4 brinda una lista de actos que no se consideran operaciones de concentración empresarial y que, por tanto, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la norma.

Determinación, actualización y valores del umbral (artículos 5 y 6)

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

Al respecto, la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre el Análisis de Operaciones de Concentración[8] señala que deben establecerse criterios claros y objetivos para determinar si y cuando una operación debe ser notificada. Adicionalmente, se recomienda establecer umbrales, los cuales serán útiles para determinar específicamente qué operaciones deben notificarse.

Asimismo, las Prácticas Recomendadas para la Notificación de Concentraciones y Procedimientos de Evaluación de la *International Competition Network* (ICN)[9] señalan que los umbrales deben incorporar estándares apropiados que aseguren un nexo suficiente con la jurisdicción, con la finalidad de descartar aquellas transacciones que probablemente no generen efectos relevantes sobre la competencia.

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

1.13 A ello debe agregarse que, la adopción de conductas anticompetitivas en este tipo de proyectos, son mitigadas a través del propio contrato de APP, en el que se establecen reglas sobre tarifas y precios, niveles de servicio o estándares de calidad y regímenes de acceso. Éstos últimos constituyen reglas que restringen y sancionan las prácticas que el inversionista puede emplear para impedir el acceso de usuarios (personas o empresas) a la infraestructura o servicio público regulado en el respectivo contrato de APP.

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

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

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

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

22

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

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

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

En lo que se refiere a los valores del umbral, el INDECOPI ha señalado lo siguiente[10]:

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

2. *A nivel internacional, las agencias de competencia suelen fijar sus umbrales de notificación basados en el nivel de ventas o ingresos en el ámbito local de las empresas intervinientes en el acto de concentración[11]. Por ello, el umbral de notificación en el Perú deberá estar basado en el nivel de ventas o ingresos de las empresas involucradas, siguiendo las mejores prácticas internacionales[12].*

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

4. *Una forma de desarrollar este análisis comparativo es tomando como referencia a los países de la Organización para la Cooperación y el*

---

10 Ver Informe 024-2019-ST-CLC-INDECOPI del 6 de marzo del 2019.

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

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

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad

23

Desarrollo Económicos (OCDE), que engloba al conjunto de 35 economías[13] más avanzadas. Hay que señalar también que la OCDE es reconocida como una organización que promueve políticas para mejorar el bienestar económico y social de las personas[14] apoyadas en el análisis de estudios empíricos, datos y revisión entre pares. Además, se considera a los países de la OCDE en la medida que han diseñado políticas de control previo de concentraciones con características deseables y siguiendo los mejores estándares internacionales.

5. *En efecto, los países de la OCDE han realizado una serie de modificaciones a sus procedimientos de control previo de concentraciones con el objetivo de mejorar su efectividad, que incluye la aplicación de las recomendaciones del Consejo de Revisión de Fusiones (en inglés, Council of Merger Review) de la OCDE sobre las características que deben tener los umbrales de notificación (que sigan un criterio objetivo y que tengan un adecuado nexo local), que el proceso de revisión tenga un tiempo de duración razonable, entre otros[15]. Así, varios países de la OCDE han realizado reformas a sus procedimientos[16] en aplicación de las recomendaciones sobre las mejores prácticas internacionales[17].*

6. *En el Cuadro N°1 se presenta la lista de países de la OCDE considerados en el presente análisis y que aplican umbrales basados en el nivel de ventas o ingresos en el ámbito local de las empresas intervinientes en el acto de concentración, similares a la presenta propuesta[18].*

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

País	Ventas conjuntas	Ventas individuales
Turquía	33 111 105.4	9 933 331.6
Eslovenia	33 231 000.0	1 107 700.0
España	265 848 000.0	66 462 000.0
Bélgica	110 770 000.0	44 308 000.0
Chile	69 193 115.1	11 147 779.7
República Checa	61 375 004.7	10 229 167.4

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

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

[15] OECD (2005), Recommendation of the Council on Merger Review 2005.

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

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

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

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad

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

Fuente: Getting The Deal Through (2017).

7. *Si usamos el valor promedio de los umbrales de ventas conjuntas e individuales de notificación de la lista de países de la OCDE como umbrales referenciales de partida, obtenemos un valor de 149 millones de dólares para el umbral de ventas conjuntas y de 22.5 millones de dólares para el umbral de ventas individuales. Estos valores promedio expresados en soles corrientes, arrojan umbrales de 489 millones de soles de ventas conjuntas y 74 millones de soles de ventas individuales respectivamente. En el caso peruano, resulta pertinente expresar los umbrales en unidades monetarias indexadas, específicamente a través del uso de las Unidades Impositivas Tributarias (UIT). En ese sentido, los umbrales promedio de los países de la OCDE equivalen a 118 mil UIT y 18 mil UIT respectivamente.*[19]

En atención a ello, el artículo 6 establece el umbral en un valor de 118 000 UIT (ciento dieciocho mil UIT), aplicable a la suma de las ventas brutas de todas las empresas involucradas en la operación de concentración, así como un valor de 18 000 UIT (dieciocho mil UIT), aplicable a cada una de las ventas brutas de al menos dos de las empresas involucradas. Cuando las ventas brutas en el Perú durante el ejercicio fiscal anterior a la operación superen dicho umbral se deberá notificar obligatoriamente la operación de concentración empresarial.

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

En este contexto, el artículo 5 establece un umbral objetivo, cuya actualización puede ser propuesta por el INDECOPI y aprobada por decreto supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Autoridad competente (artículos 7, 8, 9 y 10)

El Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, establece en su artículo 2 que dicha entidad es el organismo autónomo encargado de defender la libre y leal competencia, sancionando las

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

conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva.

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

En ese sentido, el artículo 7 establece que la autoridad competente para el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial es el INDECOPI. Adicionalmente, en los artículos 8, 9 y 10 se especifica qué órganos del INDECOPI estarán a cargo de la aplicación de la norma, de acuerdo a sus respectivas competencias. La primera instancia administrativa del procedimiento estará a cargo de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la segunda y última instancia administrativa estará a cargo del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Por su parte, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia será el órgano con autonomía técnica y funcional con competencias para realizar las acciones de ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas al procedimiento de evaluación previa o, en su caso, sobre las acciones preliminares de investigación que puedan dar lugar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Principios que deben regir el procedimiento de evaluación previa (artículo 11)

El artículo 11 establece que, en el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, se tiene en cuenta los principios de independencia y confidencialidad.

Acerca del principio de independencia, se precisa que los órganos competentes actúan en el desarrollo del procedimiento de evaluación previa con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole, demostrando independencia respecto de sus apreciaciones personales e influencia de intereses económicos o políticos.

Sobre el principio de confidencialidad, se señala que los empleados, funcionarios o representantes de la Secretaría Técnica y los miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, así como de la Secretaría Técnica y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, independientemente de su régimen laboral o de contratación, que tuvieran acceso al expediente, deben guardar reserva respecto de la información a la que tengan acceso en el procedimiento de evaluación previa; la misma que sólo puede ser utilizada para la finalidad para la que fue requerida. Están prohibidos de divulgar el secreto empresarial, comercial y/o industrial de los agentes económicos, o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad

26

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

Inicio del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial (artículos 12, 13 y 14)

Acerca de la oportunidad de la solicitud de autorización, el artículo 12 señala que esta se debe presentar antes de la ejecución de la operación de concentración empresarial. Al respecto, cabe precisar que no es necesario establecer un plazo para realizar dicha presentación debido a que los agentes económicos tienen incentivos suficientes para realizarla en un plazo razonable, considerando que la ejecución de su operación estará suspendida hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de evaluación previa.

En efecto, existen jurisdicciones, como Estados Unidos, la Unión Europea, Japón, Canadá o Brasil[20] que prohíben el cierre de la operación de concentración empresarial hasta que haya habido oportunidad de que la autoridad investigadora revise la transacción ("*suspensive jurisdictions*"). Para estos casos, las Prácticas Recomendadas de la ICN señalan que no se debería imponer una fecha límite para la notificación. Ello, debido a que las partes tienen incentivos para notificar inmediatamente después de haber llegado a un acuerdo, ya que están prohibidas de cerrar la transacción mientras la autoridad no la haya evaluado.

Por su parte, los artículos 13 y 14 establecen quiénes son los agentes económicos obligados a presentar la solicitud de autorización y cuáles son los requisitos y plazos aplicables a su admisión a trámite, respectivamente. Asimismo, se establece que la Secretaría Técnica publica una nota sucinta sobre la operación de concentración empresarial, a fin de que la autoridad pueda recibir información relevante de terceros.

Al respecto, cabe recordar que el establecimiento de un sistema de notificación obligatorio responde a la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre el Análisis de Operaciones de Concentración, que resalta la importancia de establecer criterios claros y objetivos para determinar si y cuándo una operación de concentración empresarial debe ser notificada.

Asimismo, los plazos establecidos en el artículo 14 son adecuados para balancear, por un lado, la necesidad de realizar una evaluación de la información presentada por los solicitantes o incluso por terceros y, por otro lado, la necesidad de establecer un procedimiento ágil, que no desincentive la celebración de operaciones de concentración empresarial eficientes.

Al respecto, cabe señalar que, en Estados Unidos, la *Hart–Scott–Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976 establece que, en caso se incumpla con la documentación requerida, se aumentará el plazo de análisis no más de 30 días, durante los cuales las empresas presentarán 1) toda la información y documentación adicional requerida por la autoridad investigadora o 2) de no contar con toda la información adicional, la información y documentación disponible, así como una declaración de los motivos de dicho incumplimiento.

[20] OECD (2018). "Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping". Obtenido en <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)11/en/pdf> el 21 de febrero de 2019.

Inejecución de las operaciones de concentración empresarial sujetas a evaluación previa (artículo 15)

El artículo 15.1 establece que la ejecución de las operaciones de concentración empresarial se suspende hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de evaluación previa.

En ese sentido, el artículo 15.2 precisa que la ejecución de una operación de concentración empresarial sin haber presentado la solicitud de autorización correspondiente o sin haber esperado hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de evaluación previa, acarrea la nulidad de los actos que se deriven de dicha ejecución, los cuales no surtirán efectos jurídicos, sin perjuicio de las consecuencias legales que se apliquen, según lo previsto por la ley y su Reglamento.

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

Cuadro N° 3. Legislación comparada: Inejecución de las operaciones de concentración

Perú (artículo 15 del Proyecto de Ley)	La ejecución de las operaciones de concentración empresarial se suspende hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de evaluación previa.
Chile (artículo 49 de la Ley 20.945)	Los agentes económicos que proyecten concentrarse no podrán perfeccionar las operaciones de concentración que hubieren notificado a la Fiscalía Nacional Económica, las que se entenderán suspendidas desde el acto de su notificación hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente.
Colombia (artículo 13 de la Ley 1340 de 2009)	La autoridad podrá, previa la correspondiente investigación, determinar la procedencia de ordenar la reversión de una operación de integración empresarial cuando ésta no haya sido informada o se haya realizado antes de cumplido el término que tenía la autoridad para pronunciarse.
México (artículo 86 de la Ley Federal de Competencia Económica)	La norma nombra las concentraciones que deberán ser autorizadas por la Comisión antes de que se lleven a cabo. Posteriormente, la norma indica que los actos realizados en contravención de dicho artículo no producirán efectos jurídicos. Dichos actos tampoco podrán registrarse en los libros corporativos, formalizarse en instrumentos jurídicos ni inscribirse en el Registro Público de Comercio hasta que se obtenga la autorización favorable de la Comisión.
Estados Unidos (*§18a. Premerger notification and waiting period* de la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976)	Ninguna persona adquirirá directa o indirectamente algún valor o activo con derecho a voto de alguna otra persona, a menos que ambas presenten una notificación previa y el periodo de espera haya expirado. La FTC y el Fiscal General adjunto pueden, en

28

	casos individuales, terminar el periodo de espera y permitir que cualquier persona proceda con cualquier adquisición.

Asimismo, en lo que se refiere a operaciones de concentración empresarial en el mercado de valores, mediante Informe N° 033-2019-EF/65.02, la Dirección General de Mercados Financieros y Previsional Privado del Ministerio de Economía y Finanzas señala que la Oferta Pública de Adquisición (OPA) es una operación que tiene como propósito garantizar que, cuando se produzca una adquisición o incremento de participación significativa[21], todos los accionistas puedan participar en la prima que con tal motivo se pueda ofrecer[22]. Es así que la normativa que regula la OPA establece supuestos específicos en los que es obligatoria su ejecución[23]. Asimismo, establece la oportunidad de llevar a cabo la OPA[24], y según estas, la denomina OPA posterior y OPA previa.

El proceso de OPA, comprende entre otras etapas, el de realizar la negociación de los valores en rueda de bolsa, el cual se encuentra sujeta a distintas garantías y principios que buscan asegurar la transparencia y confianza en dicho sistema centralizado de negociación. Una de dichas garantías es la irreivindicabilidad de los valores que se negocien en rueda de bolsa, conforme a lo establecido en el artículo 115° de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861[25].

---

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

22 Artículo 2 del Reglamento de OPA.

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

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

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

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

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

En ese sentido, en el caso de una concentración empresarial a través de una OPA, el artículo 15.3 establece que la evaluación del INDECOPI se realice previamente a la operación de la OPA, teniendo en cuenta la inmediatez de este tipo de operaciones; además, evitar la filtración y uso de información privilegiada.

Fases del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial (artículos 16)

El artículo 16 establece que el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial está compuesto por una o dos fases, dependiendo de los efectos que pueda producir la operación de concentración empresarial objeto de análisis.

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

Al respecto, cabe resaltar que los plazos para realizar la evaluación están dentro de lo recomendado por la ICN, según la cual los periodos iniciales de revisión deberían expirar dentro de seis semanas o menos, mientras que los periodos extendidos deberían ser concluidos o estar en la capacidad de completarse dentro de seis meses o menos a partir de la remisión de la notificación inicial[26].

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

Cuadro N° 4. Legislación comparada: Plazos para realizar evaluación

Perú (artículo 16 del Proyecto de Ley)	- Si operación no plantea un alto riesgo de generar una restricción significativa de la competencia: hasta 30 días. - Si operación plantea un alto riesgo de generar una restricción significativa de la competencia: hasta 120 días.
Chile (artículo 54 de la Ley 20.945)	- Si operación no reduce la competencia: hasta 30 días.

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

30

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

Finalmente, en relación con el concepto de restricción de la competencia, la jurisprudencia del INDECOPI ha desarrollado criterios de evaluación en aplicación del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Sin perjuicio de ello, la Segunda Disposición Complementaria Final establece que el Reglamento desarrollará los criterios de evaluación aplicables a las operaciones de concentración empresarial en la primera y segunda fase del procedimiento de evaluación previa, entre ellos el de alto riesgo de generar una restricción significativa de la competencia.

Información necesaria para la evaluación previa de operaciones de concentración empresarial (artículo 17)
El artículo 17 faculta a la autoridad de competencia a solicitar información relacionada con los mercados involucrados, en general, a cualquier entidad de la Administración Pública y, en particular, a los organismos reguladores, a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y a la Superintendencia del Mercado de Valores, según corresponda.

Al respecto, se precisa que los plazos y condiciones para absolver dichos requerimientos de información se establecen en el Reglamento.

Compromisos ofrecidos por los agentes económicos durante el procedimiento de evaluación previa (artículo 18)
El artículo 18 faculta a los agentes económicos a ofrecer compromisos destinados a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de análisis.

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

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad

21

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

Cuadro N° 5. Legislación comparada: Posibilidad de ofrecer compromisos

Perú (artículo 18 del Proyecto de Ley)	Durante el desarrollo del procedimiento de evaluación previa, los agentes económicos pueden presentar una propuesta de compromisos destinados a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial.
Chile (artículo 53 de la Ley 20.945)	(...) Asimismo, para efectos de lo establecido en la letra b) del artículo 54[27] y en la letra b) del artículo 57[28], el notificante tendrá siempre derecho a ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiere producir para la libre competencia. Las medidas deberán ser ofrecidas por escrito y no constituirán, en caso alguno, un reconocimiento de la existencia de los riesgos que a través de ellas se pretende mitigar. (...)
Colombia (artículo 16 de la Ley 1340 de 2009)	Ofrecimiento de Garantías. Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.
México (artículo 90 de la Ley Federal de Competencia Económica)	Para el desahogo del procedimiento de notificación, se estará a lo siguiente: (...)V. Para emitir su resolución, la Comisión tendrá un plazo de sesenta días, contado a partir de la recepción de la notificación o, en su caso, de la documentación adicional solicitada. Concluido el plazo sin que se emita resolución, se entenderá que la Comisión no tiene objeción en la concentración notificada. En las concentraciones en que la Comisión considere que existen posibles riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia, ésta lo comunicará a los notificantes, al menos con diez días de anticipación a la fecha en que se liste el

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

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

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad

	asunto a efecto de que éstos pudieren presentar condiciones que permitan corregir los riesgos señalados. La resolución de la Comisión podrá autorizar, objetar o sujetar la autorización de la concentración al cumplimiento de condiciones destinadas a la prevención de posibles efectos contrarios a la libre concurrencia y al proceso de competencia que pudieran derivar de la concentración notificada (...)

Análisis de la operación de concentración empresarial (artículo 19)

El artículo 19 establece que la autoridad de competencia evalúa los efectos de la operación de concentración empresarial, a fin de identificar si produce una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados.

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

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

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

a. Autorizar la operación, siempre que los agentes económicos solicitantes demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos de la posible restricción significativa de la competencia. Las eficiencias económicas que se identifiquen deben tener un carácter inherente a la operación, ser verificables y susceptibles de ser transferidas al consumidor.
b. Autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial. Dichas condiciones pueden basarse en los compromisos ofrecidos por los agentes económicos.
c. No autorizar la operación, cuando los agentes económicos solicitantes no demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos de la posible restricción significativa de la competencia y no sea posible establecer condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad

33

Recurso de apelación (artículo 20)

El artículo 20 establece que, si se deniega la autorización de la operación de concentración empresarial o incluso si se autoriza con condiciones, los agentes económicos solicitantes pueden interponer recurso de apelación contra la resolución emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en un plazo de quince (15) días hábiles.

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

El artículo 19 del Proyecto de Ley establece los aspectos que la autoridad investigadora debe tener en cuenta durante el proceso de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, aspectos que por su alto nivel de complejidad pueden requerir de un plazo mayor a 30 días hábiles para poder ser evaluados de manera adecuada. Esta característica particular del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial es la que justifica la necesidad de establecer un procedimiento con una o dos fases, dependiendo precisamente de la complejidad del caso.

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

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

Silencio administrativo positivo (artículo 21)

El artículo 21 establece que el procedimiento de evaluación previa está sujeto a la aplicación del silencio administrativo positivo. El fundamento de esta regla consiste en no afectar la eficiencia económica en los mercados como consecuencia de la demora de la Administración Pública. Al respecto, cabe recordar que el tiempo es un factor determinante para las operaciones de concentración empresarial, al igual que para la mayoría de operaciones financieras.

Asimismo, cabe resaltar que esta regla es coherente con el hecho que la gran mayoría de operaciones de concentración empresarial termina siendo autorizada por las autoridades de competencia. En efecto, de acuerdo a las estadísticas, más del 95% de las fusiones notificadas en Europa y Estados Unidos son aprobadas en la primera fase[29].

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

34

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

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

Cuadro N° 6. Legislación comparada: Silencio administrativo positivo

Perú (artículo 21 del Proyecto de Ley)	Si dentro del plazo legal previsto el órgano competente no emite pronunciamiento expreso, corresponderá la aplicación del silencio administrativo positivo, dando por concluido el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial.
Chile (artículo 54 de la Ley 20.945)	Cumplido el plazo establecido sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata.
Colombia (artículo 10 de la Ley 1340 de 2009)	Si transcurridos tres (3) meses desde el momento en que los interesados han allegado la totalidad de la información la operación no se hubiere objetado o condicionado por la autoridad de competencia, se entenderá que esta ha sido autorizada.
México (artículo 90 de la Ley Federal de Competencia Económica)	Concluido el plazo sin que se emita resolución, se entenderá que la Comisión no tiene objeción en la concentración notificada.
Argentina (artículo 15 de la Ley 27442)	Transcurrido el plazo previsto en el artículo 14 de la presente ley sin mediar resolución al respecto, la operación se tendrá por autorizada tácitamente.
Estados Unidos (*§18a. Premerger notification and waiting period* de la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976)	Ninguna persona adquirirá directa o indirectamente algún valor o activo con derecho a voto de alguna otra persona, a menos que ambas presenten una notificación previa y el periodo de espera haya expirado.

Por último, cabe señalar que el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial no se encuentra en ninguno de los supuestos a los que resulta aplicable el silencio administrativo negativo regulado en el artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Medidas correctivas (artículos 24 y 25)

El artículo 24 establece que, si la Comisión de Defensa de la Libre Competencia comprueba que la operación de concentración empresarial ha sido ejecutada sin su autorización o incumpliendo alguna de las condiciones establecidas para su ejecución, puede ordenar, como medida correctiva, que los agentes económicos involucrados disuelvan la operación de concentración

empresarial, mediante la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, hasta que quede restablecida la situación previa a la ejecución de la operación de concentración empresarial.

Con la finalidad de garantizar la aplicación de las medidas correctivas, el artículo 25 establece que, en caso de incumplimiento, la Comisión puede imponer una multa coercitiva equivalente a ciento veinticinco (125) UIT y que, en caso de persistir el incumplimiento, la Comisión puede imponer una nueva multa coercitiva, duplicando sucesivamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se dé cumplimiento a la medida correctiva ordenada.

Infracciones y sanciones (artículos 26 a 29)

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

a. No haber presentado al órgano competente la información requerida, no haberla entregado en el plazo previsto, o haber presentado información incompleta, incorrecta, adulterada, engañosa o falsa.
b. La obstrucción, a través de cualquier modalidad, de la labor de investigación del órgano competente con relación a la operación de concentración empresarial.
c. La ejecución de la operación de concentración empresarial antes de haber sido sometida al procedimiento de evaluación previa.
d. La ejecución de la operación de concentración empresarial antes de haber sido emitida la resolución del órgano competente.
e. La ejecución de la operación de concentración empresarial antes de que se haya producido el silencio administrativo positivo.
f. Incumplir o contravenir una condición o un compromiso establecido en una resolución emitida en aplicación de la presente ley.
g. La ejecución de la operación de concentración empresarial habiendo sido denegada su autorización.
h. Otros que sean tipificados en el Reglamento de la presente Ley.

Por su parte, el artículo 27 establece que las infracciones administrativas se sancionan mediante la imposición de multas sobre la base de la Unidad Impositiva Tributaria, de acuerdo con los criterios y límites establecidos en el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

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

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

Estos plazos se fundamentan en la naturaleza del tipo de infracción evaluada, cuya complejidad y detección ameritan un tiempo adecuado para que la autoridad pueda advertir la conducta infractora y reunir los elementos de juicio

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad

36

suficientes para iniciar - de ser el caso - el procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

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

Finalmente, es necesario resaltar que el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, habilita a que el legislador pueda establecer los plazos de prescripción que considere pertinentes conforme a las características de las infracciones evaluadas. Así, el artículo 252 del referido texto normativo indica claramente que *"La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales"*, solo cuando la ley especial no indica un plazo expreso se recurre supletoriamente al plazo de 4 años que establece la referida norma. Por tanto, no existiría impedimento legal alguno para establecer un plazo de prescripción de 5 años en este caso.

Evaluación de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (Quinta Disposición Complementaria Final)

Mediante Informe N° 033-2019-EF/65.02, la Dirección General de Mercados Financieros y Previsional Privado del Ministerio de Economía y Finanzas propone la inclusión de la Quinta Disposición Complementaria Final a fin de resguardar la competencia de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) en las materias que la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, le otorga.

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

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

Evaluación de la Superintendencia del Mercado de Valores (Sexta Disposición Complementaria Final)

Mediante Informe N° 033-2019-EF/65.02, la Dirección General de Mercados Financieros y Previsional Privado del Ministerio de Economía y Finanzas propone la inclusión de la Sexta Disposición Complementaria Final, en tanto corresponde establecer una disposición que resguarde las competencias de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) y la oportunidad de su participación en aquellas operaciones que sean consideradas objeto de evaluación en el marco del Proyecto. Así, los agentes económicos que lleven a

37

cabo una operación de concentración empresarial tendrán claramente establecido la participación de la SMV, cuando sea esta la entidad que haya autorizado su funcionamiento.

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

Financiamiento (Sétima Disposición Complementaria Final)

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

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

II. ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO

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

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

En segundo lugar, el acopio de información por parte de las empresas involucradas en las operaciones de concentración empresarial les otorga una oportunidad adicional para conocer las implicancias de la operación. En ciertos casos, los costos (ya sea de transacción o de adaptación entre las culturas de las empresas) son elevados[30] y podrían no compensar los beneficios de la fusión para las empresas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto, la OCDE ha señalado lo siguiente[31]:

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

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

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Asuntos de Integración, Competencia y Productividad

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

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

Los principios constitucionales peruanos proclaman un sistema económico social de libre mercado[32] basado en la libertad de competencia y en la participación en los mercados de los agentes privados. Asimismo, se asigna al Estado la misión de corregir las fallas que puedan surgir en el mismo, con el objetivo de optimizar la asignación de recursos y aumentar los niveles de bienestar económico[33].

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

Kresalja y Ochoa (2009)[34] expresan que *"la libertad de competencia es una facultad inderogable del empresariado y motor del Sistema económico de mercado. No es solo un derecho, sino una obligación, que entre nosotros tiene consagración constitucional tanto implícita como explícita: la primera cuando en su artículo 58 señala que la iniciativa es libre y se ejerce en una economía social de mercado, y cuando en el artículo 59 garantiza la libertad de empresa; y explícita cuando en su artículo 61 afirma que el Estado facilita y vigila la libre competencia y combate las prácticas que limiten y el abuso de posición de dominio".*

Así mismo el Tribunal Constitucional[35] se ha pronunciado en el sentido que la libre competencia constituye un bien jurídico protegido, un principio ordenador del mercado, un derecho fundamental y manifestación de orden público económico, y en general elemento distintivo del modelo de economía social de mercado establecido en el régimen económico de la Constitución Política.

El Tribunal Constitucional valora positivamente el ejercicio de la libre iniciativa privada, la libertad de empresa, el derecho de propiedad y la libre contratación que se reconoce a favor de los agentes económicos y que deben ser ejercidos sin distorsionar la libre competencia, caso contrario se faculta al legislador para limitar tales libertades y derechos en aquellos supuestos en los que su ejercicio pueda causar un perjuicio a la libre competencia. Esta limitación se sustenta en el hecho que el Estado privilegia el interés público sobre el interés privado. Considerando además que *la limitación permitida debe ser ejercida de manera racional, proporcional y en armonía con la finalidad pública que persiguen estos derechos, lo cual implica que los recursos escasos de una sociedad se asignen de manera eficiente generando mayor riqueza e incentivando el desarrollo económico de la sociedad en su conjunto*[36].

---

32 **Constitución Política del Perú de 1993.** "***Artículo 58.-*** *La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".*

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

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

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

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

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad

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

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

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

Finalmente, la presente Ley deroga la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, con excepción del artículo 13 que modifica el artículo 122 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.