

**LA LEY SOBRE EL CONTROL PREVIO DE FUSIONES Y
CONCENTRACIONES: EFECTOS E IMPLICANCIAS
JURÍDICAS EN LA PRÁCTICA**

*THE LAW ON PRIOR CONTROL OF MERGERS AND
CONCENTRATIONS: EFFECTS AND LEGAL IMPLICATIONS
IN PRACTICE*

Luis R. Supo Gavancho*
*Facultad de Derecho,
Pontificia Universidad Católica del Perú*

RESUMEN

El debate acerca de la implementación de una ley sobre el control previo de fusiones y concentraciones ha sido superado en nuestro país, después de la primera promulgación en el sector eléctrico. Pasaron más de 100 años desde su inserción en la legislación internacional, siendo nuestro país uno de los últimos en aprobarla en Latinoamérica, después de varias recomendaciones. Pero como la ley es novedosa en nuestro ordenamiento, la comunidad jurídica necesitará analizar la viabilidad y las consecuencias prácticas de su aplicación, razón por la cual presento este trabajo. La normativa tiene sus defectos, por lo que primero analizaré algunos aspectos importantes de la ley y algunas variaciones del proyecto de ley. Es necesario saber el desarrollo de la normativa para saber frente a que nos estamos enfrentando. Y como último aspecto, la ley, por cómo se encuentra redactada, genera espacios controvertidos donde no es posible su aplicación en estricto. Así que revisaremos jurisprudencia internacional para resolver los supuestos normativos de difícil verificación.

PALABRAS CLAVE: Antitrust; Libre competencia; Zonas grises; D.U. 013-2019.

* Estudiante de 9vo ciclo de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Círculo de Derecho Administrativo – CDA.

ABSTRACT

The discussion about the implementation of a law on the prior control of mergers and concentrations has been overcome in our country, after the first enactment in the electricity sector. It was more than 100 years since its insertion into international legislation, our country being one of the last to approve it in Latin America, after several recommendations. But as the law is new in our system, the legal community will need to analyze the viability and practical consequences of its application, which is why I present this work. The regulation has its defects, so the first thing I will analyze some important aspects of the law and some variations of the law project. It is necessary to know the development of the regulation to know what we are facing. And as a last aspect, the law, by how it is drafted, generates controversial spaces where its strict application is not possible. So, we will review international jurisprudence to resolve normative assumptions that are difficult to verify.

KEY WORDS: Antitrust; Free competition; Gray areas; D.U. 013-2019.

Recibido: 04/07/2021

Aceptado: 13/09/2021

INTRODUCCIÓN

El modelo económico de la Constitución de 1993 propició la economía social de mercado, debiendo ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y justicia. Uno de sus elementos con mayor importancia, junto al bienestar social, es el libre mercado. Este supone, por un lado, el respeto de la propiedad, a la iniciativa privada y una libre competencia, y por otro, un enfrentamiento continuo contra los oligopolios y monopolios; el cual no sería posible si no existiera una regulación sobre las actividades que generan impacto en la sociedad.

Así, la regulación económica se encarga de evitar un ejercicio exclusivo sobre una actividad en el mercado. Es necesaria la intervención del Estado en las actividades privadas por medio de mecanismos reguladores. Como hubo privatizaciones y liberalizaciones en nuestro país, la administración adoptó un rol regulador junto al proceso de transformación del mercado. Así fue como el Derecho Público se empezó a encargar no solo de la regulación de mercados, sino también, del régimen de la competencia y los derechos de los consumidores.

Después de mucho tiempo se aprobó una Ley con respecto al control de fusiones y concentraciones entre empresas. Pero, si el modelo económico cambio hace más de 20 años ¿Por qué recién se aprueba una Ley que fue muy importante en otros países? ¿En que consiste esta Ley y cuál fue el propósito por el cual se introdujo en nuestro sistema jurídico? ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas derivadas de la publicación de la ley? Estas y otras preguntas más son las que me llevan a realizar el presente trabajo.

Nuestro objetivo es analizar las consecuencias jurídico-prácticas que la ley del control previo de fusiones y concentraciones ha desarrollado a nuestro sistema jurídico. Consideramos que la comunidad jurídica, por su novedad, todavía no tiene una visión sobre el marco teórico de lo que implica esta Ley. Además, el control previo de fusiones tiene un fundamento antimonopólico basada en la experiencia previa de otros ordenamientos jurídicos, el cual se expande a diferentes países, siendo el Perú uno de los más resistentes a la aprobación de esta ley.

La finalidad de este artículo es desarrollar un marco teórico sobre la aplicación del Decreto de Urgencia N.º 013-2019. Es necesario mencionar que hay un Proyecto de Ley propuesto por Zenaida Solís, el cual no analizaremos a profundidad, sin dejar de lado su comentario en las siguientes páginas. La razón es porque las

modificaciones no son sustanciales con respecto a la esencia de lo que busca la Ley, pero si son objetivas y prácticas en la aplicación.

El presente trabajo inicia con los antecedentes jurídicos del control de fusiones y concentraciones que se desarrolló a nivel internacional y en la normativa peruana. Seguiremos con detallar los argumentos sobre la implementación de la ley en nuestro ordenamiento. Existieron posiciones que se encontraban a favor y en contra de su aplicación, el cual fue un debate muy largo, prolongando su publicación. Así entraremos a detallar cual es el marco teórico por donde se desplaza. Como último punto analizaremos uno de los múltiples desafíos que generará en la práctica.

ANTECEDENTES JURÍDICOS SOBRE EL CONTROL DE FUSIONES

Una mirada internacional

a) Sherman Act

El primer país que reconoce una preocupación por las concentraciones empresariales es los Estados Unidos. El origen fue la guerra de cesión, en la cual Estados Unidos estuvo dividido en dos partes. La facción del norte era la que se preocupaba por el desarrollo industrial, mientras que la facción del sur mantenía un régimen esclavista y de tipo agrícola. Esta división provoco la guerra civil en 1861. Una vez culminado el conflicto bélico interno, el presidente Abraham Lincoln notó que cada estado tenía su propia legislación, por lo que busco consolidar el sistema Norte Americano a través de un gobierno federal. Así es como el congreso de los Estados Unidos adoptaría normativas para unificar los diferentes estados.

El problema fue con las empresas del Norte, los cuales empezaron a avanzar en el posicionamiento de un conjunto de mercados. Esto se dio a través de los *trust* generando grandes grupos de poderes económicos. La consecuencia fue que los congresistas ya no eran representantes de los pueblos, sino de las empresas que financiaban sus campañas. Esto se consideró como una amenaza contra el sistema democrático y la unificación del país. Fue por eso que atacaron a los carteles (*trust*), y sus intentos de monopolizar el mercado, los cuales se consideraban como antidemocráticos (Hijano, 1997).

La normativa sobre el control de fusiones tiene un origen remoto en la *Sherman Act* de 1890. Es un hito para el derecho de la competencia (antitrust) y constituye un monumento para las operaciones económicas, la cual también sirve de base para las demás promulgaciones en su materia (Távora y Diez Canseco, 2003, p. 160). La Sección 1 y la Sección 2 de la mencionada ley declaran como ilegal cualquier combinación entre empresas que superen los umbrales establecidos junto a su respectiva sanción. Según Diego Carrillo (2012) eran políticas aun primitivas del control de fusiones que solo tenía objetivos políticos y sociales (p. 38). En efecto, no solo eran primitivas, la elusión era una opción optativa de las empresas, razón por la cual hubo diferentes normas complementarias para mejorar la eficacia en casos prácticos. Esto consolidó el sistema norteamericano en materia de libre competencia, no solo inspirando a otros países, sino también a la misma Unión Europea.

Estados Unidos privilegiaba la defensa de los competidores, por encima de la competencia. Dos sentencias fueron las que demostraron esa realidad: a) *Brown Shoe Co., Inc v United States* (1962) y b) *United States v. Von's Grocery* (1966). Según Diego Carrillo (2015), estos casos permiten apreciar los errores de la aplicación de la normativa *antitrust* por parte de las cortes supremas, asumiendo que la finalidad del derecho *antitrust* era

proteger al pequeño empresario mediante restricciones a la concentración del poder económico en pocas empresas. Las normas complementarias, aun cuando fueron mejorando la regulación de la normativa *antitrust*, no resultaron correctamente definidos, razón por la cual, se elaboró una directiva informativa conocida como las *Merguer Guidelines* y constituyó un hito nuevamente importante en la política de la administración, siendo replicado en la Unión Europea y otros países.

Así fue como se originó el derecho *antitrust*, el cual sigue mejorando en Estados Unidos y siendo inspiración para implementarlo en otros sistemas jurídicos.

b) Unión Europea

Las etapas sobre el desarrollo del control de concentración en la Unión Europea fueron dos: a) CECA y b) Reglamento 4064/1989. Es notable como el régimen europeo, al igual que el estadounidense, evolucionó de una aplicación carente de criterios económicos, a una flexible que incluía las teorías económicas como base del análisis de las operaciones de concentración (Carrillo, 2015).

El 20 de junio de 1950 se llevó a cabo en París una conferencia en la cual asistieron representantes de Francia, Alemania Occidental, los países de Benelux (Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo) e Italia, y acordaron celebrar el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Así, el 10 de agosto de 1952, la Comunidad Europea del Carbón y el Acero empezó sus funciones. A partir de entonces, quedó en las manos de las instituciones propuestas para liberar a Europa de la amenaza bélica entre naciones (Torres, 2008, pp 720). Consideramos que, como evita contiendas bélicas entre países, la paz está garantizada. Esto es porque mientras más competencia exista, habrá mayor inversión y tráfico de mercancías, lo cual democratizará el comercio. Podrán

invertir entre países y ninguno buscará conflicto bélico con el otro, sabiendo que existen importantes inversiones entre estos.

Posteriormente, los países integrados por la CECA, suscribieron el tratado de Roma, la cual constituiría la Comunidad Económica Europea (CEE), dando espacio a un mercado común europeo que no estuviera restringido solo al carbón y acero. El problema fue que no se incluyó normas para su aplicación, así que empezaron los problemas con las operaciones de concentración de las empresas, generando nuevamente monopolios (Carrillo, 2015, p. 84). Como consecuencia emitieron el Reglamento 4064/1989.

Previo a la aparición del reglamento existió el caso Continental Can. Esto ocurrió en el año 1972, donde la comisión de la Comunidad Europea junto al Tribunal Europeo de Justicia, hizo una interpretación por el cual los acuerdos que generen posición de dominio suponen una fusión. No era necesario contar una ley específica sobre el control de fusiones y concentraciones, porque basta la prohibición de acuerdos junto con el abuso de posición en el mercado, para que se pueda restringir las fusiones. El problema que generó fue la separación de las empresas, lo cual era muy complicado cuando ya había ocurrido la fusión. Fue por esta razón que apareció el Reglamento 4064/1989, el cual definió por primera vez a la concentración.

Si bien los cambios son reconocidos en el mercado europeo gracias a la apertura económica de sus fronteras comerciales (hecho similar al ocurrido en Perú a cuando liberalizo sus mercados en los años noventa) y beneficios, estas pueden producir trabas a la competencia en los mercados, lo que reduce el bienestar general de la sociedad (Carillo, 2015, p. 95).

Hemos visto la necesidad de una normativa en contra de la posición de dominio de los sectores económicos. Pero si se emite una nueva norma, no significa que esta pueda regular todos los

aspectos. Necesita de reglas complementarias que sean cada vez más concisas para que cumpla la función por la cual se implementaron. Aun así, cuando tenemos normas complementarias, aparecen más casos, los cuales desafían la normativa actual. El caso del derecho *antitrust* no es la excepción, razón por la cual los demás ordenamientos deben seguir el ejemplo de los pioneros en el tema, no solo en su implementación, sino en su constante actualización. Diferentes sistemas jurídicos fueron implementando esta normativa, como lo ha hecho nuestro país. Pero aún no queda claro porque se resistió durante mucho tiempo a implementar una ley de control de fusiones y concentraciones a diferencia de varios países, el cual ya tuvo fuertes implicancias en los estados unidos y la comunidad europea.

Antecedentes en la normativa peruana

La Constitución política de 1993 renueva el modelo económico de nuestro país. Esto se encuentra redactado en el artículo 58 donde expresa en que cosiste la Económica Social de Mercado. Asimismo, el artículo 61 permite que el Estado pueda combatir toda práctica en contra de la libre competencia, abuso de posición de dominio y los monopolios. Tania Zúñiga (2018) considera que esta es la razón por la cual el Estado asume un rol subsidiario, así como un rol facilitador y vigilante de la libre competencia (p. 223).

En palabras de Kresalja (2001): “De esta forma, nuestra actual Constitución Política no contempla pues una prohibición contra los monopolios privados; más bien, dispone como función del Estado el vigilar o proteger la libre competencia, (...)” (p. 294). Este fue el inicio para una regulación anticompetitiva en nuestro ordenamiento jurídico, protegiendo la libre competencia en las empresas y los consumidores, y garantizando una participación libre en las diferentes actividades económicas.

La ley más emblemática se encuentra en el sector eléctrico ya que fue el inicio de una regulación contra las concentraciones empresariales. El Decreto Supremo N.º 087-2002-EF establece las disposiciones reglamentarias Ley N.º 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, respecto a operaciones de concentración en el sector eléctrico. Según Diego Carrillo (2015) el objetivo del control de fusiones en el sector eléctrico era impedir las operaciones de concentración que podría reducir la competencia en los mercados de generación, transmisión o distribución eléctrica, con el objetivo de someter a las empresas a una obligación de obtener la autorización de la CLC del Indecopi (p. 199). Se empezó a ver la necesidad de regular las operaciones de concentración para asegurar una libre competencia y posteriormente aplicarlo a todos los sectores económicos con una normativa general.

Hubo iniciativas legislativas presentadas al Congreso, recomendaciones, obligaciones de orden internacional y estudios elaborados por organizaciones internacionales como la OECD, Banco Mundial UNCTAD y la Unión Europea, que expresaron positivamente la introducción del control de concentraciones en el Perú. Esto provocó un debate académico que duró más de 20 años para la implementación de una Ley que regule las concentraciones y fusiones. Sin embargo, como consecuencia de una serie de operaciones, el Congreso sentó una postura favorable a favor del control previo de concentraciones.

En mayo del 2019 se aprueba la primera norma con respecto al control de fusiones y concentraciones. Sin embargo, un error material impidió que esta pueda ser promulgada. Luego de la disolución del Congreso del Perú, el poder ejecutivo recogió este proyecto y lo promulgó a través del Decreto de Urgencia 013-219 el 19 de noviembre del 2019. Este debió entrar en vigencia el 20 de agosto del 2020; pero hubo una discusión en el congreso,

promulgando la Ley 31011 del 27 de marzo de 2020, el cual brindó al Poder Ejecutivo las facultades para legislar.

Con base a esta facultad, se promulga el 11 de mayo del 2020 el Decreto Legislativo 1510 del 11 de mayo del 2020 que modifica e incorpora disposiciones al D.U. 013-2019. Hasta ahora esta última ley es la normativa vigente. Pero lo que hizo el congreso fue presentar el Proyecto de Ley 5913/2020-CR el 17 de agosto de 2020 dirigido por Zenaida Solís, el cual está aprobado por unanimidad en la comisión del consumidor del congreso y a la espera que lo vea el pleno del congreso.

MARCO TEÓRICO DE LA NUEVA LEY DE CONTROL DE FUSIONES Y CONCENTRACIONES

Discusión de la doctrina sobre su implementación

El debate académico sobre la implementación de esta ley duró aproximadamente 20 años en nuestro país. Sin embargo, las políticas *antitrust*, como ya se detalló en el punto anterior, se desarrollaron en Estados Unidos buscando la consolidación de la democracia en el país. Y en Europa generó una pacificación entre los países vecinos para una positiva comercialización entre ellos. Pero en Perú el debate estuvo marcado por el beneficio continuo que tenía las empresas, sin tener en cuenta que esta ley generará consecuencias prácticas positivas. Por eso hubo debates donde se argumentaban a favor y en contra, siendo la mayoría los que se oponían a la implementación de una norma general que regule las fusiones y concentraciones entre empresas en el país. Reflejo directo es la tardía implementación de la normativa.

a) Argumentos en contra

Eduardo Quintana (1999) considera que uno de los argumentos en oposición es que un sistema de control de concentraciones tiene

altos costos. Y en una economía en desarrollo es complicado conseguir información actualizada y bien estructurada; asimismo escasean especialistas que procesen y evalúen dicha información. Al parecer se considera sumamente oneroso para la sociedad, en relación con los beneficios inciertos que generaría; aunque la magnitud de estos costos dependerá de la naturaleza y de la complejidad de los procedimientos administrativos que se utilizarán, sobre todo del umbral a partir del cual las empresas estarán obligadas a solicitar la autorización previa (Távara y Diez Canseco, 2003, p. 231).

Otro argumento es que, si bien las concentraciones podrían ser perjudiciales, el control de concentraciones empresariales no resulta conveniente en economías poco desarrolladas como la peruana (Quintana, 1999, p. 230). Parece justo que la legislación ataque situaciones que sean lesivas para la competencia, excluyendo el control de fusiones y concentraciones.

Por último, también se ha planteado como una desventaja el control de concentraciones ya que aleja a los inversionistas, quienes buscan inversiones en otros países al ver que dichos sistemas de control de los al crecimiento interno como la única alternativa para consolidar sus empresas en el mercado (Quintana, 1999, p. 231)

b) Argumentos a favor

Con respecto a la onerosidad y falta de especialistas en la materia, no considero que sea así. Cuesta más un mercado concentrado que un consto por procesos de consulta. Esto permitirá que no se puedan consolidar los monopolios, ya que se necesitará una consulta previa para la aprobación de la fusión. En efecto, sobre los recursos económicos, cabe mencionar que, en el 2010, la agencia peruana de competencia manejaba un presupuesto anual de ochenta millones de soles y un total de 878 personas dedicadas a

sus labores; y sobre los recursos humanos, en el sector eléctrico se pudo apreciar que existe una experiencia positiva en la aplicación de criterios económicos modernos del control de estructuras, lo que permitió condicionar los actos de concentraciones contra efectos anticompetitivos en el mercado (Carrillo, 2015, p. 253-254). Esta experiencia previa permitirá que, así como no se implantaron monopolios en el sector eléctrico, lo mismo ocurra en el resto de actividades económicas.

Por otro lado, aunque las concentraciones puedan ser perjudiciales para las economías poco desarrolladas como el Perú, esta completará el panorama legislativo sobre la libre competencia. Existen dos argumentos que verifican la falsedad sobre su posible perjuicio al tipo de economía en nuestro país: a) Primero, se ha comprobado que al evaluar los efectos de una fusión, se considera la ponderación anti competitiva que pueda detectarse; y b) segundo se ha demostrado que el estudio de las barreras de entrada se incluyen dentro del análisis moderno del control de fusiones (Carrillo, 2015, pp. 244-245), complementando el marco jurídico contra los efectos anticompetitivos que podrían generar las operaciones de concentración, no solo en el sector eléctrico, sino en todos los sectores económicos.

Un último argumento es la negativa inversión por parte de las empresas en el país, por falta de seguridad jurídica, la cual considero que es todo lo contrario, ya que sería una buena señal para los inversionistas extranjeros. Esta afirmación la basamos en la recomendación de la UNCTAD:

“cualquier inversor que venga al Perú quiere saber cuál es la protección que le da la normativa peruana y en el caso de que no haya un control de concentraciones sabe que el mercado tiene una estructura determinada, pero puede variar mediante una operación de fusión que nadie controla, es un elemento negativo para cualquier inversión extranjera. Cualquier inversor extranjero sabe que tiene que pasar por un control de fusiones, no tiene miedo, porque

probablemente haya pasado por este proceso en otros países, estamos hablando de grandes corporaciones. (Crucelegui, 4 de diciembre de 2016)

Consideramos que la ley generará consecuencias prácticas positivas en el Perú. La razón es porque será una buena señal para los inversionistas extranjeros, completará el panorama legislativo sobre la libre competencia y evitará la consolidación de monopolios.

Marco Teórico

Jesús Espinoza (2020) desarrolla la implementación de este nuevo régimen, junto a la aplicación de la ley y sus alcances.

La ley consiste en un control previo a las posibles fusiones y operaciones de concentración donde cualquier acto entre empresas puede recaer en los supuestos que se tipifican. Son consideradas como operación de concentración: a) fusión por absorción, b) fusión por incorporación, c) compra de acciones y d) compra de activos.

La preocupación de esta norma son las integraciones horizontales (prioritariamente) y las integraciones verticales. Con respecto a las integraciones horizontales, se sustenta en base a la posibilidad que una empresa pueda comprar a las empresas competidoras en una misma actividad económica, perdiéndose la competencia en el mercado y la competitividad entre estas; siendo que los actos entre privados pueden afectar la eficiencia del mercado y pérdida de los consumidores.

La segunda podría ser un caso donde el mercado de aseguramiento de salud, que preste servicios a diferentes clínicas, se integre con una de estas, pudiendo generar riesgos a la competencia y una posible posición de dominio.

Una de las propuestas del Proyecto de Ley 5913/2020-CR es cambiar la comunicación de los umbrales, aun cuando no han sido superados, del Decreto de Urgencia 013-2019. Pero como todavía no se aprobado, consideraremos lo establecido en el Decreto de Urgencia, específicamente su artículo 6. Se ha establecido dos umbrales: uno conjunto y uno individual. El primero es de 118 000 UIT (150 millones de dólares), el cual es alto a diferencia del resto de países latinoamericanos. El segundo es de 18 000 UIT (22 millones de dólares). Se calcula los ingresos de ventas en el Perú, sin tener en cuenta su posición a nivel mundial. Por lo que solo las operaciones que superen estos umbrales serán puestas a revisión.

Un ejemplo planteado para entender los umbrales es el siguiente. En el umbral conjunto, si una empresa A compra una empresa B y da resultante la empresa C, y esta supera los 118000 UIT, debe ser notificada; y en caso de que la empresa A o la empresa B superen el umbral individual de 18000 UIT, tiene que ser también notificado. En sentido contrario, si el umbral conjunto supera los 118000 UIT, pero en el umbral individual, no superan los 18000 UIT, no se notifica la operación.

Como comentamos previamente, se plantea modificar los numerales 1 y 3 del artículo 6 del D.U. N.º 013-2019 que regulan los umbrales. El Proyecto de Ley N.º 5913/2020-CR incorpora la posibilidad de que las partes puedan notificar voluntariamente las operaciones que no alcancen los umbrales establecidos. De la misma forma, posibilita a la Comisión de defensa de libre competencia del Indecopi, una actuación de oficio en caso determine operaciones de fusión o concentración entre empresas que puedan generar una posición de dominio en el mercado.

El Perú tiene uno de los umbrales más altos a nivel latinoamericano. Solo en Colombia si la operación excede los 60,000 salarios mínimos legales mensuales vigentes debe ser puesta en revisión. Esto es equivalente a más de 52 millones de

dólares. Nuestro umbral es tres veces mayor a este y no hay una justificación para uno tan elevado. Aun así, el proyecto de ley busca la participación de las empresas, habilitando la posibilidad de una voluntaria puesta a disposición y que la comisión especializada del Indecopi identifique y combata las posiciones de dominio de oficio.

Asimismo, esta comisión sería la encargada de proponer una actualización del valor del umbral. El Decreto de Urgencia establece una aprobación por ley en caso el umbral disminuya y un decreto supremo refrendado por el ministro de economía si se eleva. Pero el Proyecto de Ley plantea que, sin distinción alguna entre el aumento o la disminución de los umbrales, sea por medio de decreto supremo refrendado por el ministro de economía.

Por otro lado, los órganos competentes para revisar las operaciones de control de concentraciones, en principio, es el Indecopi en casi todos los mercados. En el caso de empresas autorizadas por la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante SMV), debe tener la aprobación del Indecopi y de la SMV. Para los casos de la banca, seguros y administración de fondos de pensiones, en caso de los procedimientos regulares, debe tener la aprobación del Indecopi y la Superintendencia de banca, seguros y AFP. Sin embargo, en el caso de procedimientos con riesgos relevantes e inminentes, el único competente es la Superintendencia de banca, seguros y AFP, el cual valora la estabilidad del sistema financiero.

Antes de continuar con el análisis, es necesario comentar la finalidad del Proyecto de Ley. El D.L. N.º 1510 modificó la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia, pero aun mantuvo su vigencia por el periodo de cinco años después de su publicación. El proyecto busca eliminar la temporalidad de cinco años y adelantar la entrada en vigencia al momento de la publicación de esta ley.

Consideramos que esta modificación es acertada porque desincentiva a que las empresas esperen cinco años para poder realizar fusiones y generará certidumbre empresarial. La razón es porque podría celebrarse un contrato entre dos empresas por el plazo de cinco años que genere posición de dominio. Como la ley estará en vigencia por este periodo de tiempo, podrán fusionarse sin ningún control previo al término de su vigencia y sabrán como desarrollarse en el mercado ya que tuvieron años de experiencia, fruto del contrato celebrado. Aun así, los propios contratos pueden generar una posición de dominio y no pasarán por un control previo al no considerarse fusiones. Pero esto será analizado más adelante.

El análisis procederá en tres pasos. Primero hay que ver si la fusión entre las empresas es un acto de concentración; sino es así serán fácilmente aprobadas. Segundo debe revisarse el umbral para ver si supera o no, para que sea notificado. Tercero, la autoridad competente evalúa y tiene opciones para poder aprobar o desaprobar. De la misma forma, puede aprobar sin condiciones o con condiciones, las cuales deben ser respetados.

Con respecto a los plazos, la primera fase será de 30 días si no genera preocupaciones para la competencia, concluyendo el procedimiento administrativo. La segunda fase ocurre en caso de percibir una operación anticompetitiva. El plazo será de 90 días, en principio, en donde la autoridad evalúa la operación y decide si la autoriza con condiciones o no, o si no la autoriza, la cual puede ser elevada a segunda instancia mediante recursos administrativos con un plazo de 90 días más.

APLICACIÓN DEL CONTROL PREVIO A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL ÁMBITO JURÍDICO: ZONAS GRISES

En los casos que no generen mayor complejidad para la ley, como la típica compra de empresas, podrá ser aplicada sin problemas. Sin embargo, la misma norma puede generar espacios más controvertidos por la forma en cómo se encuentra redactada. Como sabemos, son dos los requisitos para que se active el control previo de fusiones y tenga que ser notificado: a) la operación que se toma en cuenta es la transferencia permanente de una empresa o parte de ella y b) que la suma total de ingresos brutos no sea mayor a 118000 UIT o que individualmente cada empresa supere los ingresos brutos de 18000 UIT. Pero ¿Qué sucede con las típicas operaciones que no son sobre transferencia de propiedad (ya sea de activos o pasivos), pero que tienen el mismo efecto a la restricción de la competencia? Robert Venero los considera como las zonas grises, donde los supuestos normativos son difíciles de verificar (Venero, 2020).

Un primer caso sería sobre la licencia para la comercialización exclusiva de un medicamento. El supuesto es un laboratorio farmacéutico, que tiene la titularidad de un determinado fármaco, decide que en el país Perú no va a comercializar ese fármaco en particular, pero le transfiere a su competidor, en un contrato de licencia, para que este pueda explotarlo comercialmente en el territorio peruano por un tiempo de 12 años. Básicamente son dos operadores que compiten en un mercado, pero que, con el contrato de licencia, este laboratorio ocupara el lugar del otro en el mercado, siendo una sola la opción para los consumidores.

Un segundo caso sería el contrato de usufructo. Hay mercados que no tienen un nivel de exposición más bajo ya que no son tan cercanos a los consumidores finales, como podría ser el caso de la telefonía o farmacias. Uno de estos mercados es la industria de los

hidrocarburos, el cual tiene múltiples eslabones, y no hay más de cinco competidores en la industria. El supuesto sería un eslabón que se dedica a brindar servicios de recepción, almacenamiento y despacho de combustible. Este eslabón es clave para la comercialización o importación a nivel mayorista. Así, un agente que controla esta infraestructura, le dice a su competidor para celebrar un contrato de usufructo (Pozo, 2020) por 10 años, en virtud del cual, el competidor 1 le entrega al competidor 2 el usufructo de la infraestructura. Como consecuencia, el operador que cedió el usufructo a su competidor, sale de la ecuación, siendo el competidor 2 quien concentrará la operación con ambas infraestructuras.

Un tercer caso, y último, se encuentra en la misma industria de hidrocarburos. Para simplificar el caso, el supuesto sería que existan 2 grandes cadenas de estaciones de servicio. La cadena A tiene 300 estaciones y la cadena B tiene la misma cantidad. La cadena A ofrece un contrato de gestión a la Cadena B por un plazo de 15 años. A cambio, obtendrá un montó por cada operación sin la necesidad de correr riesgos, ya que la cadena A se encargará de toda la gestión.

En estos tres supuestos la pregunta sería si ¿deberían ser sometidos a un control previo? Como la norma es nueva, estos supuestos todavía no se han materializado. El único ámbito práctico referente que tenemos, es el mercado de electricidad, por lo que muchas de estas operaciones planteadas, no han sido evaluadas. La única respuesta que podemos encontrar es en la jurisprudencia internacional.

La OECD en el informe *Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review* (2013) señala que se puede observar un enfoque flexible en los requisitos para adquirir el control de los activos; prácticamente todas las jurisdicciones han utilizado una interpretación más amplia para asegurar que sus umbrales

jurisdiccionales reflejen realidades competitivas. La base para lo mencionado anteriormente fue de una sentencia de *United States v. Columbia Pictures*, en la cual la corte apoyó una amplia interpretación de adquisición bajo ciertos términos. Hay un parecido con el principio de primacía de la realidad, ya que, con la interpretación extensiva, buscan abarcar realidades competitivas que no se encuentran en el supuesto de la norma establecida.

La comisión europea señala que también se puede adquirir el control por vía contractual. Este contrato tiene que conducir a un control similar al de la adquisición de acciones o activos, además de transferir el control de la gestión y los recursos por una larga duración. La norma peruana habla de transferencia de carácter permanente, pero la comisión europea no es tan estricta sobre la transferencia permanente.

Por último, Robert Venero (2020) realiza una transcripción del Tribunal Federal Alemán sobre lo sentenciado en *Bundesgerichtshof*, KVR 32/05:

Una operación de concentración también puede verificarse en una adquisición en la que no se transfiera ningún área ni medios de producción, pero le permita al adquirente tener la posibilidad de asumir la posición de su contraparte en el mercado. (...) Desde el punto de vista del control de concentraciones, una parte de los activos solo puede ser sustancial cuando es idónea para fortalecer considerablemente la posición del adquirente en el mercado afectado.

Lo que destaca sobre esta sentencia, es que da en la esencia de lo que busca proteger el control previo de concentraciones. Esta es evaluar si un competidor, sea cual sea el mecanismo que use, termine asumiendo la posición de su contraparte en el mercado. La libre competencia busca que los consumidores tengan opciones para elegir, siendo el control previo el encargado de velar por estos intereses.

Así, con la jurisprudencia internacional, es posible resolver los casos que puedan presentar zonas grises para la aplicación de la ley. El análisis para los tres casos empezaría por entender que la OECD busca demostrar que la interpretación de esta norma debe ser extensiva, porque es posible que los supuestos se alejen de tal cual la norma está redactada. Luego, según la comisión europea, es posible adquirir el control de una empresa mediante distintos contratos, si el control es por una larga duración. En los supuestos planteados nos encontramos en los contratos que pueden generar esta posición de dominio, los cuales son el contrato de licencia, el contrato de usufructo y el contrato de gestión. Estos tienen una duración mayor de 10 años, y aunque no sean una fusión, permite observar que, en la realidad, la empresa contraparte toma su posición en el mercado. Por último, teniendo en cuenta la jurisprudencia alemana, una forma de verificar si la competencia asume la posición de su contraparte en el mercado, aun cuando no se ha transferido ningún medio de producción, es en los tipos de contratos que pueden afectar a la empresa competidora, dejando una menor cantidad de opciones para los consumidores.

Cuando se empiece a aplicar la ley, estos serán los temas que van a generar mayor controversia.

CONCLUSIONES

La evolución de la ley contra el control de fusiones y concentraciones es de tal importancia, que la democracia no sería posible sin su implementación. Si no se regula de manera correcta, las empresas se aprovecharán de los políticos para poder sacar beneficios de las propuestas que hagan, ya que son los principales financieros de sus campañas.

El punto más visible para identificar las operaciones son las fusiones empresariales. Pero, como hemos visto en la jurisprudencia internacional, los contratos con un tiempo

duradero también pueden genera estas posiciones de dominios entre competidores. Los efectos se ven en el momento que los consumidores estén reducidos en las opciones que tenían previamente al contrato. Así que es necesaria una interpretación extensiva de la ley.

Los cambios y modificaciones en nuestra ley son necesarias para que se acomode a su objetivo final. Esto se ve reflejado en el proyecto de ley que se presente en el congreso, donde una de sus principales cambios es reducir los umbrales, ya que tenemos uno de los más altos en Latinoamérica.

Creemos que, aun cuando existen fuertes argumentos en contra, como los beneficios inciertos y que la mayoría de fusiones tienen a ser autorizadas, considero que la nueva ley genera consecuencias prácticas positivas en el Perú. La razón es porque será una buena señal para los inversionistas extranjeros, completará el panorama legislativo sobre la libre competencia y evitará la consolidación de monopolios. Aunque somos conscientes de las zonas grises que plantea la norma por lo novedad que tiene, pero aun así es un gran avance para nuestro sistema jurídico.

Los efectos en la práctica y las consecuencias jurídicas ya han sido detallados. Siempre será necesaria una actualización de la normativa para que se aplique conforme a los objetivos que busca. Si bien presentamos como es el panorama en nuestro ordenamiento jurídico y como se ha desarrollado a nivel internacional, aun es necesario un análisis comparado con respecto al resto de países latinoamericanos donde esta ley ya se ha implantado. La razón es porque existe más similitud entre nuestros regímenes jurídicos y porque fuimos uno de los últimos en adoptar esta normativa. Podremos utilizar lo más beneficioso de cada legislación, pero eso ya será materia para otro tema de discusión en un trabajo posterior.

REFERENCIAS

Carrillo, D. (2015). *El moderno control de fusiones económicas en la defensa de la competencia*. Tinco S.A.

Comunicación consolidada de la Comisión (2008). *Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas*. Diario Oficial de la Unión Europea, pp. 95/7.

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

Crucelegui, J. J. (4 de diciembre de 2016). La ley antimonopolio se debería dar con el consenso de todo el Congreso. En *La República*.

<http://larepublica.pe/imprensa/economia/827589-la-ley-antimonopolio-se-deberia-dar-con-el-consenso-de-todo-el-congreso>

Espinoza, J. (2020). *Nuevos retos y funciones del Indecopi con el régimen de control de concentraciones empresariales*. Circulo de Derecho Administrativo – CDA.

Hijano, A. (1997). *La guerra de secesión estadounidense: ¿la solución de un problema político?* Universidad Autónoma de Madrid. <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/4980/La%20Guerra%20de%20Secesi%C3%B3n%20Estado%20unidense.%20La%20Soluci%C3%B3n%20de%20un%20Problema%20Pol%C3%ADtico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Kresalja, B. (2001). La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las constituciones de 1979 y 1993. *Ius et Veritas*, 11(22), 272-306.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16003/16427>

Llave, L. (2012). Fusiones y Adquisiciones. *Equipo de Derecho Mercantil*, 1, 28-36.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/12890/13471>

OECD (2013). *Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*. Competition law & policy OECD. <http://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf>

Pozo, J. (2020). "Usufructo". En *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica, pp. 657-661.

Quintana, E. (1999). ¿Rezando entre tinieblas? el Credo del control de concentraciones empresariales. *THĒMIS, Revista De Derecho*, 39, 223-235.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10434/10897>

Sandoval R, (2010). *Contrato de Licencia*. Derecho Comercial. Tomo III, Vol. 2, pp. 333-352.

<https://educacionvirtual.udla.edu.ec/images/udlaEnLinea/imagenesAulasBase/DE1002-NuevosContratosMercantiles/S12/Licencia2.pdf>

Távora, J. & Diez Canseco L. (2003). Estabilizando el péndulo control de fusiones y concentraciones en el Perú. *THĒMIS, Revista De Derecho*, 47, 159-173.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9862/10276>

Torres, E (2008). La comunidad europea del carbón y del acero. Un exitoso y aún inacabado experimento institucional. *Anuario*

Mexicano de Derecho Internacional, vol. VIII, 713-742
<http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v8/v8a21.pdf>

Venero, R. (2020). *Operaciones “grises” en el análisis de Control de Concentraciones*. Círculo de Derecho Administrativo - CDA.

Zúñiga, T. (2018). El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Bases fundamentales para su regulación. *Ius et Veritas*, 56, 220-256.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20300/20253>