



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

APUNTES SOBRE EL CONTROL PREVIO DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO PERUANO

Luis Vigo-Chafloque

Piura, enero de 2019

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Vigo, L. (2019). *Apuntes sobre el control previo de concentraciones empresariales y su posible incorporación al ordenamiento peruano* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO



**Apuntes sobre el control previo de concentraciones empresariales
y su posible incorporación al ordenamiento peruano**

Tesis para optar el título de Abogado

Luis Antonio Vigo Chafloque

Asesor: Mgtr. Víctor Gonzalo Herrada Bazán

Piura, enero 2019

Aprobación

Tesis titulada “*Apuntes sobre el control previo de concentraciones empresariales y su posible incorporación al ordenamiento peruano*” presentada por la bachiller Luis Antonio Vigo Chafloque en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Mgtr. Víctor Gonzalo Herrada Bazán.

Director de Tesis

Dedicatoria

Dedico el presente trabajo a mis padres y a mi hermana Suly, puesto que, sin ellos, la realización de mi tesis no hubiera sido posible. Además, una especial dedicatoria a mis amigos Pietro, Ayrton y Ana Belén, quienes estuvieron en las buenas y en las malas durante este proceso. Para todos ellos va éste trabajo con especial cariño.

Agradecimientos

Especial agradecimiento al Magister Víctor Gonzalo Herrada Bazán, quien, con su guía y apoyo, pude culminar el presente trabajo.

RESUMEN ANALÍTICO – INFORMATIVO

Título de la tesis: **Apuntes sobre el control previo de concentraciones empresariales y su posible incorporación al ordenamiento peruano.**

Autor de la tesis: **Luis Antonio Vigo Chafloque.**

Asesor o director de la tesis: **Asesor: Mgtr. Víctor Gonzalo Herrada Bazán.**

Tipo de tesis: **Tesis de título.**

Título que opta: **Abogado.**

Institución. Facultad: **Universidad de Piura. Facultad de Derecho.**

Fecha de sustentación: **Piura, de 2019.**

Palabras claves: Concentraciones empresariales / Mercado / Libre competencia / Control previo / Evaluación previa / Fusiones y adquisiciones / Tesis / Ordenamiento peruano

Descripción: Tesis de grado en Derecho perteneciente a la línea de investigación sobre Derecho de la competencia y Derecho administrativo

El autor presenta el resultado de la investigación acerca del control previo de concentraciones empresariales como institución jurídica y su posible incorporación al ordenamiento peruano.

Contenido:

El texto de la tesis está dividido en tres partes: la primera se refiere a las concentraciones empresariales y su impacto en el mercado, así como el rol del Estado. La segunda parte está dedicada al control previo de concentraciones empresariales como institución jurídica (concepto, tipología, estructura y naturaleza jurídica). Y la tercera parte está referida a un análisis de los motivos a favor y en contra de la incorporación del control previo de concentraciones económicas al ordenamiento peruano, así como un breve examen del Dictamen 2018 (emitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia financiera del Congreso de la República), que propone un texto para su regulación en el Perú.

Metodología: El presente trabajo consiste en un análisis de manera cualitativa de conceptos de instituciones del Derecho de la competencia y el Derecho administrativo, para lo cual se ha recurrido a doctrina nacional y comparada, a fin de sustentar las conclusiones de la presente tesis.

Conclusiones: Existen razones económicas, políticas y jurídicas para incorporar el control previo de concentraciones empresariales en el ordenamiento jurídico peruano.

Fuentes: Información obtenida de libros, artículos impresos y en ediciones web y casos de Derecho comparado.

Fecha de elaboración resumen: 03 de enero de 2019.

Abreviaturas

<i>Anteproyecto 2018</i>	Anteproyecto de Ley de regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia – 2018 (Perú)
art. o arts.	artículo o artículos
CNC	Anterior Comisión Nacional de la Competencia (España)
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (España)
CC	Código Civil de 1984 (Perú)
CP	Constitución Política del Perú de 1993
CPCE	Control previo de concentraciones empresariales
<i>Dictamen o Dictamen 2018</i>	Dictamen emitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República el 4 de octubre de 2018 (Perú)
<i>infra</i>	abajo
LDC española	Ley de Defensa de la Competencia (España)
Ley del Sector Eléctrico	Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico - Ley 26876 (Perú)
LGS	Ley General de Sociedades – Ley 26887 (Perú)
LRCA	Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – Decreto Legislativo 1034 (Perú)

LRCO	Ley de Represión de la Competencia Desleal – Decreto Legislativo 1044 (Perú)
RCC	Reglamento Comunitario de Concentraciones (Unión Europea)
RDC	Reglamento de Defensa de la Competencia (España)

Índice

Introducción	1
Capítulo 1 Las concentraciones empresariales y el rol del estado	3
1.1. Las concentraciones empresariales y el mercado	3
1.1.1. Consideraciones generales	3
1.1.2. Tipología de concentraciones empresariales, según su impacto en el mercado	6
1.1.3. Teorías económicas sobre las concentraciones empresariales y el mercado.....	8
1.2. La Constitución económica y el Derecho de la competencia peruano: el rol del Estado.....	10
1.2.1. La Constitución económica peruana	10
1.2.2. El Derecho de la competencia peruano: el modelo social.....	12
Capítulo 2 El control previo de concentraciones empresariales como mecanismo de intervención estatal sobre el mercado	15
2.1. El CPCE en el Derecho comparado	15
2.2. EL CPCE como institución jurídica.....	18
2.2.1. Concepto.....	18
2.2.2. Tipología	22
2.2.3. Estructura del CPCE: análisis descriptivo.....	26
2.2.3.1. Antes del CPCE: la consulta previa	26
2.2.3.2. Primera fase.....	28
2.2.3.3. Segunda fase.....	34
2.2.3.4. Naturaleza jurídica	36
2.3. El art. 61 CP como justificación para la implementación de un CPCE en el Perú.....	40
Capítulo 3 El control previo de concentraciones empresariales en el ordenamiento peruano: razones y análisis para su incorporación	43
3.1. Sobre la necesidad de implementar un CPCE en el ordenamiento peruano	43
3.1.1. Motivos referidos a la realidad económica y política.....	44
3.1.1.1. La concentración económica: el caso de los mercados peruanos	44
3.1.1.2. El CPCE y los fines políticos	47

31.1.3. El CPCE, ¿un desincentivo para la inversión privada?.....	50
3.1.1.4. Los costos de transacción.....	52
3.1.2. Motivos referidos al marco jurídico peruano	54
3.1.2.1. Las eficiencias económicas de las concentraciones empresariales versus la afectación a la libre competencia	54
3.1.2.2. El CPCE como complemento de los controles ex post.....	58
3.1.2.3. ¿Es el CPCE un “acto de adivinación”?.....	59
3.2. Análisis de algunos aspectos del Dictamen 2018: Texto sustitutorio propuesto por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República	63
3.2.1. Los umbrales de notificación	64
3.2.2. La consulta previa	68
3.2.3. El procedimiento bifásico.....	69
3.2.4. El silencio administrativo	71
Conclusiones	75
Referencias bibliográficas.....	77

Introducción

La fusión de dos o más sociedades, la adquisición de participaciones o los grupos empresariales constituyen temas bastante estudiados en el Derecho de sociedades, lo cual se comprueba con la abundante literatura jurídica publicada al respecto¹. Sin embargo, a diferencia de lo sucedido en otros ordenamientos, en la realidad peruana el impacto de este tipo de operaciones sobre el mercado ha sido estudiado muy poco. Salvo algún estudio publicado en los años noventa (Quiroga y Rodríguez, 1997), es recién durante las últimas dos décadas cuando se ha puesto en la palestra la relevancia de una concentración empresarial y sus eventuales efectos sobre el mercado y la libre competencia. Todo ello de cara a una importante cuestión: ¿es necesario o conveniente incorporar al ordenamiento peruano un control administrativo previo a la ejecución de una concentración empresarial, cuando se prevea que tal operación puede afectar la libre competencia en un determinado sector mercantil?

Dada la enorme complejidad que el tema comporta, en este trabajo se brindarán algunos apuntes que permitan introducir al lector dentro de la cuestión y, a mí en particular, sustentar una postura que defienda la conveniencia y la necesidad de incorporar un CPCE en el ordenamiento peruano.

Con dicha finalidad, este trabajo se divide en tres capítulos.

En el primer capítulo, se analiza la figura de concentración empresarial, haciendo énfasis en su tipología y en el impacto que este fenómeno ha generado en el desarrollo de importantes teorías, por parte de las más prestigiosas escuelas económicas, las cuales han analizado los efectos que una concentración puede producir en el mercado. También dentro de este capítulo se hace un repaso sobre la Constitución económica peruana, estableciéndose el marco jurídico fundamental dentro del cual se determinará si una herramienta como el CPCE es compatible, tanto con nuestra Constitución política como con nuestro Derecho de la competencia.

En el segundo capítulo, se estudia el CPCE como institución jurídica, detallándose su concepto, tipología, estructura y naturaleza jurídica con base en lo desarrollado en el Derecho comparado. En particular, se desarrollará el sistema bifásico implementado en el ordenamiento español, por tratarse, además, del sistema acogido por la mayor parte de proyectos legislativos que, sobre la materia, han sido presentados en el Parlamento peruano.

¹ Véase por todos, los trabajos de Elías, E. (2002); Calvo, C y Goñi, N. (1999) y de Beaumont Callirgos, R. (1998).

Finalmente, en el tercer capítulo, se analizará críticamente las posturas, a favor y en contra, de la incorporación de un CPCE en el ordenamiento peruano. Con el fin de establecer un orden en la argumentación, se han dividido estas posturas en dos grupos: aquellas referidas a la realidad económica y política de nuestro país y aquellas referidas al marco jurídico peruano. Como colofón a todo lo anterior, se examinará el *Dictamen 2018*, que incluye la propuesta legislativa que absorbe a los diez proyectos legislativos presentados desde el año 2016, con base en cuatro figuras jurídicas, con el fin de determinar las ventajas y desventajas de dicha propuesta, con relación a la realidad peruana.

Capítulo 1

Las concentraciones empresariales y el rol del estado

1.1. Las concentraciones empresariales y el mercado

1.1.1. Consideraciones generales

Las *concentraciones empresariales* constituyen un fenómeno económico en constante crecimiento durante los últimos años. Se trata de una figura acogida positivamente en el ámbito internacional. Y es que, factores como la revolución tecnológica, la necesidad de adquirir una mayor cuota en el mercado y la planificación de los procedimientos productivos al interior de las empresas, ha llevado a lo que algunos autores llaman “la era de las fusiones” (Calvo y Goñi, 1999).

Una *concentración empresarial*, como enseña Galán Corona (1995, p. 1668), se define como toda estructura económica dentro de la cual dos o más empresas quedan sujetas a una dirección económica unitaria. En ese sentido, es indiferente que, tras la concentración, el número de empresas preexistente subsista porque se mantiene la independencia jurídico-formal de las mismas. Lo relevante es que la concentración origina una *pérdida de la autonomía económica* de una o varias empresas y, por lo tanto, su eliminación del mercado desde el punto de vista económico, como operadores autónomos². Por tal motivo, se ha dicho también que una concentración empresarial se caracteriza no solo por un *cambio permanente en el control económico*, sino, además, por una *afectación a la estructura del mercado* (Fernández y Vila, 2012).

Al respecto, la Unión Europea, en su Reglamento Comunitario de Concentraciones N° 139/2004, señala:

*“3.1 Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un **cambio duradero del control** como consecuencia de:*

- a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o*
- b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas”.*

² Por ese motivo, no son concentraciones empresariales los casos de mera colaboración (cárteles, etc.), ya que, en este supuesto, la autonomía de las empresas involucradas no desaparece (Galán Corona, 1995).

Y, por otro lado, el considerando N° 20 del mismo reglamento indica:

“Es preciso definir el concepto de concentración de forma que abarque las operaciones que den lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y, por tanto, en la estructura del mercado [...]”

Como se aprecia, una *concentración* implica una modificación permanente tanto en el *control de la empresa* como en la *estructura del mercado afectado*. Por lo tanto, los acuerdos temporales no son considerados dentro de la definición³. Por otro lado, cuando me refiero al término “concentración empresarial”, este involucra a *uniones estables entre empresas*, descartando de ésta definición el crecimiento interno de una empresa o los comportamientos coordinados (Quiroga y Rodríguez, 1997)⁴.

Originadas en la autonomía privada⁵ y, en particular, en el derecho a la libertad de empresa⁶, las concentraciones empresariales pueden manifestarse a través de diversas operaciones jurídicas: desde la adquisición de participaciones societarias, pasando por la celebración de contratos asociativos (*joint ventures*, consorcios) y grupos de sociedades, hasta llegar a la vía de concentración más empleada: la *fusión societaria*⁷.

³ Por eso considero un acierto que el art. 3.1 del *Dictamen* considere dentro de su ámbito de aplicación únicamente a “todo acto o acuerdo que constituya un *cambio permanente* del control de la totalidad o parte, de uno o de varios agentes económicos [...]”.

Sin embargo, para Pérez Gómez (2012, pp. 28-29), es concentración “cualquier situación económica real que implique posiciones de dominio y de influencias”. Bajo esta noción, se incluye en la definición el crecimiento interno de la empresa.

⁴ En ese sentido, el art. 4.1 del *Dictamen* establece: “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 [...]”.

⁵ O, en los términos de Laguna de Paz (2016, p. 344), la “autonomía negocial de las empresas”.

⁶ Definido por el Tribunal Constitucional como “la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios” (Sentencia Exp. N° 4637-2006-AA de 18 de abril de 2007).

⁷ La gran utilización de *fusiones societarias* como forma de concentración empresarial ha motivado que, en Derecho, el término “fusión” tenga dos connotaciones: en el Derecho de sociedades, como un tipo de reorganización societaria (regulada en los arts. 344 y ss. LGS) y en el Derecho de la competencia, como un sinónimo de “concentración empresarial” (Caviedes, 2012).

Por otro lado, desde antaño se ha reconocido a la fusión como un tipo de concentración empresarial. Así lo reconoce Brunetti (1960), quien, a un nivel económico, indica que una fusión sirve para impulsar el fenómeno beneficioso de la concentración de las empresas. Asimismo, Beaumont Callirgos (1998, p. 596), para quien las fusiones “son manifestaciones directas e indirectas de un fenómeno más amplio que se conoce como concentración empresarial”.

Todos estos fenómenos han sido regulados, en más o en menos, por la ley mercantil correspondiente (primordialmente, la Ley General de Sociedades - LGS) en cuanto a su estructura y a los efectos jurídicos sobre las partes involucradas (empresarios, sociedades, socios y acreedores). Sin embargo, no ha pasado desapercibido que este tipo de operaciones puede traer importantes consecuencias jurídicas y económicas, ya no solo con relación a los sujetos comprendidos en ellas, sino también a un nivel más general, en el sector del mercado en el que se producen.

Y es que las concentraciones empresariales se producen por diversos factores: la necesidad de grandes inversiones en sectores productivos o de un mayor poder económico o, en general, una mejor planificación de sus procedimientos productivos (Calvo y Goñi, 1999). Así pues, este tipo de operaciones se consideran positivas a nivel económico, ya que fortalecen a las empresas generando eficiencias y sinergias, ampliándose la capacidad productiva a un menor costo (Bezir Chamorro, 2014). Todo ello, sin duda alguna, les permite un mayor desarrollo en el mercado y en la competitividad dentro de un sector específico (Quiroga y Rodríguez, 1997).

Dentro de estas eficiencias, una de las más importantes es la que se conoce como *economía a escala*. Esta se define como la capacidad que tienen las empresas de reducir sus costos, incrementando su producción (Calvo y Goñi, 1999). De esta forma, mientras mayor sea la dimensión de sus operaciones, la empresa podrá, por ejemplo, obtener maquinaria y equipos más especializados, adquirir más plantas de producción, mejorar la especialización de sus trabajadores, etc. Se trata de ventajas que no podrían ser obtenidas por una empresa pequeña, ya que, en este caso, lo más probable es que esta tenga que recurrir a proveedores externos para mejorar la calidad de su producto, lo que, sin duda alguna, supondrá mayores costos (Quiroga y Rodríguez, 1997).

Estos datos demuestran que una concentración empresarial no solo resulta positiva para las empresas en cuestión, sino también, al menos en teoría, para el propio mercado y la competencia, dada la economía a escala y las eficiencias económicas que ella supone. De hecho, los norteamericanos denominan a este fenómeno *merger-specific efficiencies*, lo que trae consigo ciertos beneficios deseables en una economía de libre mercado⁸. Así pues,

⁸ Como refieren Quintana, Zúñiga y Granda (2013, p. 204), estas eficiencias tienen que ver con la asignación de recursos a la investigación de valores de las empresas, la capacidad de competir contra empresas cuyos recursos les permiten competir de manera más efectiva, para defenderse de competidores extranjeros que puedan eliminar o impactar a los competidores en el país local o para crear un buen funcionamiento de mercado en otras plazas cuando la empresa supera su propio mercado para así expandirse a otros.

A ello puede añadirse lo que señalan Calvo y Goñi (1999, p. 26), para quienes las empresas, a través de las operaciones de concentración, pueden innovar sus productos. La innovación se define como la capacidad de

principalmente en mercados cada vez más globalizados, las concentraciones pueden ser más necesarias con el fin de que las empresas ganen tamaño o formen grupos empresariales y, con ello, puedan multiplicar y cualificar sus productos y servicios (Laguna de Paz, 2016). Se trata de una realidad innegable *a priori*.

Sin embargo, también debe resaltarse la potencialidad de este tipo de operaciones para afectar negativamente al mercado. No puede negarse la idea de que una integración entre dos o más empresas dentro de unas circunstancias determinadas y precisas (sector del mercado, poder económico de cada una, etc.), bien puede distorsionar sustancialmente la competencia practicable, en la medida en que deje de existir variedad de compradores o vendedores, libre circulación de factores de producción o la libre entrada y salida de agentes económicos (Bezir Chamorro, 2014). Tal escenario puede generar que la empresa resultado de la concentración obtenga una capacidad de actuación tal que pueda desenvolverse con total independencia de sus competidores y de sus consumidores. Esta eventual afectación se verifica a partir de un simple dato: la integración de dos o más empresas y, por consecuencia, el aumento en el poder de mercado implica una reducción en el número de competidores y, por ende, de la competencia (Quintana, Zúñiga y Granda, 2013).

1.1.2. Tipología de concentraciones empresariales, según su impacto en el mercado

A partir del modo en que una concentración empresarial influye en el mercado, se ha consolidado una clasificación (Caviedes, 2012 y Bezir Chamorro, 2014) que las divide en:

- (i) concentraciones horizontales (*horizontal mergers*);
- (ii) concentraciones verticales (*vertical mergers*); y,
- (iii) concentraciones conglomerales o conglomerados (*conglomerate mergers*).

Las *concentraciones horizontales* son aquellas que abarcan a empresas que participan en el mismo mercado, ofreciendo el mismo producto o servicio, siendo que ambas empresas se encuentran en el mismo nivel de cadena de producción (Pachas, 2005). Para el caso de las concentraciones horizontales, los efectos negativos sobre la competencia podrían ser, principalmente, los siguientes.

Por un lado, que la empresa resultante de la concentración obtenga una posición dominante que conlleve a abusos de posición de dominio. Por ejemplo, la reducción de su producción y el aumento del precio por encima de los competitivos. Y, por otro lado, la

adquirir las habilidades necesarias para diseñar y comercializar productos nuevos en mercados realizados o en la utilización de un conjunto de tecnologías relacionadas.

posibilidad de que, en el mercado, se cree una estructura oligopólica. Esta podría conllevar a la coordinación de comportamientos (a través de colusiones expresas o tácitas) o a la minimización de los efectos de diferenciación de productos entre competidores (Quiroga y Rodríguez, 1997). Por estos motivos, son este tipo de concentración el que demanda un mayor cuidado, ya que tiene la potencialidad de ocasionar mayor peligro anticompetitivo (Caviedes, 2012).

Las *concentraciones verticales* se caracterizan por involucrar a empresas que pertenecen a un mismo sector de productos o servicios, pero que se encuentran en diferentes niveles de producción. En algunos de estos casos, la relación es de cliente-proveedor. Se les denomina “vertical” porque este tipo de fusión genera lo que se conoce como “integración vertical”, fenómeno por el cual una misma empresa se encarga de todas las fases de la cadena de producción (Caviedes, 2012). Así pues, este tipo de concentración empresarial puede ocasionar como efectos los siguientes.

Por un lado, la discriminación de precios, a través de la cual la empresa concentrada puede obtener insumos a un precio más accesible porque ella misma los produce. De este modo, se excluye de este precio a las demás empresas, quienes deberán obtener los insumos a un precio más elevado. Por otro lado, también pueden producirse barreras de entrada al mercado ocasionadas por la empresa concentrada. En este escenario, la empresa en cuestión puede hacer más difícil la entrada al mercado de nuevos competidores (Quiroga y Rodríguez, 1997).

Por último, tenemos a los *conglomerados*. Son todas aquellas concentraciones que no pueden encuadrarse ni como concentraciones horizontales ni verticales. En este caso, su definición es de acepción residual y por exclusión. Por ello, el conglomerado es una forma de concentración en las que están involucradas empresas que abarcan mercados totalmente distintos, es decir, con bienes y servicios que no tienen relación alguna y en donde tampoco existe una relación de competencia ni de abastecedor-abastecido (Quiroga y Rodríguez, 1997). Se suele considerar que este tipo de concentraciones no tienen efectos dañinos para la competencia. Sin embargo, en países donde el mercado es poco desarrollado, los conglomerados podrían llegar a generar barreras de entrada, como sucede con las fusiones verticales, al tener mayor capital y financiamiento sobre sus competidores (Caviedes, 2012).

1.1.3. Teorías económicas sobre las concentraciones empresariales y el mercado

El impacto de las concentraciones empresariales en el mercado ha sido estudiado por algunas de las principales escuelas económicas a nivel mundial. Las teorías planteadas por ellas han servido, a lo largo de varios años, para explicar el funcionamiento del mercado ante el fenómeno de las concentraciones empresariales y, en ese sentido, justificar si es o no necesario que el Estado intervenga y en qué medida debe hacerlo.

Así pues, la primera escuela en explicar el funcionamiento de los mercados frente a las concentraciones económicas es la *escuela de Harvard*, cuyos principales representantes fueron Sagendorph y Staten. Esta escuela explica la operatividad del mercado ante las concentraciones a través de un paradigma “estructura-conducta-resultados” (razón por la cual esta teoría es denominada “estructuralista”). Cada uno de los elementos del paradigma se explican de la siguiente manera (Monsalve, 2005):

- (i) *Estructura de mercado*, referida al número de empresas y la distribución de su cuota de mercado.
- (ii) *Conducta en el mercado*, referida al comportamiento de los distintos agentes – compradores, vendedores– que participan en un mercado determinado.
- (iii) *Resultados de mercado*, referidos a los resultados que obtienen los productores y los consumidores que operan en un mercado.

Según este paradigma, tanto las conductas y los resultados de las empresas son consecuencia del *grado de concentración del mercado*, esto es, *de la estructura del mercado* (número de empresarios y su respectiva cuota de mercado). Para los *estructuralistas*, la concentración que tiene un mercado es determinante para saber cómo actuarán las empresas: *a mayor grado de concentración, mayor probabilidad de actos colusivos y dañinos a la competencia* (Khenami 1993).

Así lo explica Khenami (1993, p. 20), para quien el origen de la posición estructuralista está en el paradigma de la alta concentración de mercado y menor competencia. Este paradigma plantea que “las compañías que operan en industrias oligopólicas con una amplia participación en el mercado son más propensas a acordar sus políticas de precios-producción total o tienen una mayor libertad de hacerlo”. Ante tal escenario, esta teoría

propone que el Estado debe desarrollar una *política intervencionista*, dirigida a eliminar toda conducta anticompetitiva que pueda resultar en un obstáculo para los competidores⁹.

Como respuesta a la escuela de Harvard, la *escuela de Chicago* (cuyos exponentes principales son Richard Posner o George Stigler) cuestiona la idea de que sea la estructura de mercado la que condiciona la actuación y resultados de las empresas. Para ellos, es *el comportamiento y los resultados de las empresas lo que condiciona la estructura de mercado* (Monsalve, 2005).

Por tanto, los mercados de mayores concentraciones (monopolios u oligopolios) *no tienen por qué ser perjudiciales en todos los casos*, como postulaba la escuela de Harvard. Al contrario, los monopolios u oligopolios pueden ser fruto del correcto funcionamiento del mercado. Así pues, para esta escuela, la intervención estatal *debe ser mínima* porque el mercado se encargará de corregir las fallas o deficiencias que tengan los mercados (Monsalve, 2005). Bajo esta idea, el único objetivo legítimo de la política de competencia es la protección de la *eficiencia económica* y, en esa línea, la intervención pública debe centrarse en la *eliminación de barreras artificiales a la entrada del mercado*, y no en la protección de los consumidores (Laguna de Paz, 2016).

Finalmente, surge la llamada *nueva economía industrial*, como corriente económica que trata de agrupar los pensamientos más influyentes de la escuela de Harvard y la escuela de Chicago. Su aporte más importante es la *teoría de los mercados contestables*, según la cual, incluso los mercados con mayor grado de concentración pueden alcanzar niveles muy cercanos a la competencia perfecta. Para esta escuela, los mercados monopolistas sí pueden comportarse como si estuvieran en un mercado de competencia, *siempre y cuando no existan barreras de entrada a dicho mercado*. El monopolista sabe que tiene que mantenerse en niveles de eficiencia, puesto que, de no hacerlo, eventuales competidores ingresarán al mercado. De esta manera, se aboga además por la evolución tecnológica, que permitirá en el mercado una mayor competencia, aumentando el número de competidores y mejorando la calidad de los bienes o servicios que se presten (Laguna de Paz, 2016).

Como colofón a esta breve exposición de las principales teorías económicas, debe indicarse como primera idea que, a diferencia de lo planteado por la escuela de Harvard, ha de asumirse que *no toda concentración empresarial es por sí misma negativa para la competencia*. Las bondades en materia de eficiencia económica descritas anteriormente

⁹ Explica Soto (2016) que la escuela de Harvard proponía presumir la ilegalidad de las concentraciones empresariales con alto poder de mercado, pues “solo de aquel modo la protección de la libre competencia podría cumplir la función social que le es connatural en defensa de los consumidores”.

demuestran que, en mercados especialmente globalizados, la concentración de dos o más empresas constituye un mecanismo legítimo y hasta conveniente en torno al crecimiento de las empresas, lo que deriva en una mejora en la cantidad y la calidad de los productos y servicios ofrecidos al mercado (Laguna de Paz, 2016). Sin embargo, no debe perderse de vista que, en aquellos sectores del mercado con un alto nivel de concentración, este tipo de operaciones bien puede resultar en un escenario en el cual la empresa adquiere una posición y un poder de mercado tal que le es posible actuar con total independencia de las leyes del mercado y del resto de agentes económicos (competidores y consumidores). En este contexto, resultará relevante determinar no solo el poder de mercado de los empresarios que participan en un sector, sino además las características propias del mercado (la existencia de barreras de entrada, la naturaleza de los recursos y activos, etc.), con el fin proteger lo que, como se verá, constituye la finalidad del Derecho de la competencia en el ordenamiento peruano: el modelo de *competencia practicable*.

1.2. La Constitución económica y el Derecho de la competencia peruano: el rol del Estado

Descrito el fenómeno de las concentraciones empresariales y las posibles afectaciones al mercado y a la libre competencia, cabe cuestionarse sobre la *posibilidad* y la *necesidad* de que el Estado peruano controle este tipo de operaciones, ya no solo *ex post* (al amparo de la vigente legislación *antitrust*, en particular, de la LRCA), sino también *ex ante*, a través de la incorporación de un mecanismo jurídico como el CPCE. Para determinar la *posibilidad* de ello, será preciso acudir a lo que establece nuestra CP sobre el rol estatal en materia económica y a los fines del Derecho de la competencia en nuestro ordenamiento, lo cual será abordado en el apartado siguiente. Por su parte, sobre la *necesidad* de incorporar un CPCE al ordenamiento peruano, se analizará críticamente las posturas a favor y en contra del tema en cuestión y se expondrá la realidad de diversos sectores del mercado peruano (con el fin de verificar sus niveles de concentración).

1.2.1. La Constitución económica peruana

El CPCE no es una figura nueva. Los diferentes estudios económicos sobre la forma en que funciona el mercado han delimitado, durante muchos años, la base a partir de la cual se determina los eventuales fallos del mercado en materia de libre competencia y, a partir de ello, los posibles remedios que el Estado debería emplear. En tal sentido, se ha evidenciado las posibles consecuencias que una operación por la cual dos o más empresas que se

concentran en una unidad económica puede generar a un determinado sector del mercado. Por tal motivo, se ha sostenido la necesidad de implementar un control público sobre estas transacciones.

Sin embargo, discutir sobre si el Estado puede o no incorporar un nuevo tipo de control a las empresas y, en ese sentido, influir en la autonomía privada, exige determinar si el marco constitucional lo permite, dependiendo del modelo de organización económica que el ordenamiento en cuestión haya asumido¹⁰. Esto es, hace falta, en primer lugar, establecer si es *posible*, bajo el orden constitucional económico, que el Estado pueda afectar, en cierta medida, la esfera del sujeto privado, bajo el argumento de salvaguardar el mercado y la libre competencia.

En el ámbito peruano, es innegable que nuestra CP ha adoptado la *economía social de mercado* como sistema económico (art. 58) y, por tal motivo, como marco de la organización económica del país. Este sistema se enmarca en un modelo mayor que es el de *economía capitalista de mercado*, en el cual los medios de producción se encuentran en *manos privadas* y el criterio de coordinación de las decisiones económicas es *espontáneo* y de *decisiones independientes* (Cidoncha, 2016). Dentro de este contexto, una *economía social de mercado* se caracteriza porque, aunque se trata de una economía liberal, admite la posibilidad (y hasta necesidad) de que el Estado actúe incluso más allá de lo estrictamente *pro mercado*¹¹, aunque siempre bajo la sujeción de un *principio de subsidiariedad*. Este principio supone que el Estado debe intervenir *solo en donde sea necesario*, cuando los ciudadanos o las entidades intermedias (empresarios privados) no puedan cumplir a cabalidad con el papel que les corresponde en la promoción del bien común (Zegarra, 2015).

Y es que el Estado *social* (art. 43 CP), como explica Zegarra (2015, p. 51), no se queda tranquilo con la consagración y protección “formales” de los derechos fundamentales, sino que manifiesta una preocupación real y práctica para su *efectiva* realización. En ese sentido, es un Estado “intervencionista” que se despliega, con particular énfasis, en la promoción de una *igualdad real de oportunidades para todas las personas*. Estas

¹⁰ Zegarra (2015, p. 37) resalta la importancia de analizar “la influencia que la Constitución económica está llamada a tener en la configuración del Derecho privado patrimonial y, en concreto, del Derecho Mercantil”.

¹¹ En esto difiere de la *economía liberal de mercado “pura” o “neoliberal”*, que constituye una reedición del liberalismo económico clásico. Este último (cuyo exponente fue Adam Smith) planteaba la teoría de la “mano invisible”, la cual explica que *son los intereses individuales de las personas los que permiten maximizar el bienestar social*. En este escenario, el Estado debía buscar ampliar los límites de los distintos mercados internos, a través de reformas estructurales que permitieran las condiciones necesarias para una libre competencia (Jiménez, 2012, p. 18). Tomando como base este argumento, la teoría “neoliberal” lo reedita, afirmando que la intervención estatal debe reducirse al mínimo (puesto que el libre funcionamiento del mercado conduce al pleno empleo). En ese sentido, la mínima intervención estatal solo ha de estar dirigida a corregir eventuales fallos del mercado y únicamente con finalidad *pro mercado* (Cidoncha, 2006, p. 69).

posibilidades de intervención se determinarán a partir de la valoración prudencial de los poderes públicos, en especial, del *legislativo* y el *ejecutivo*, los cuales deberán hacerlo siempre *dentro de la Constitución*, y bajo el mencionado principio de *subsidiariedad*. Bajo esa idea, toda regulación jurídica que incida en la esfera de la autonomía privada y la libertad de empresa deberá respetar tanto los derechos fundamentales de las personas, como el sistema económico constitucionalizado: la economía social de mercado (art. 58 CP).

1.2.2. El Derecho de la competencia peruano: el modelo social

Lo explicado en el apartado anterior tiene particular relevancia en materia de *Derecho de la competencia*, ya que, dentro del sistema económico adoptado por nuestra Constitución, tal disciplina jurídica tiene un papel fundamental, por cuanto aporta las medidas y las reglas bajo las cuales han de desenvolverse los agentes económicos en el mercado.

Hace varios años, se consideraba que el Derecho de la competencia protegía únicamente a los empresarios competidores, en la medida en que la tutela de sus intereses bastaba para proteger, al mismo tiempo, el interés de los consumidores y el del Estado. En esto consistía el llamado *modelo profesional* del Derecho de la competencia, que data de fines del siglo XIX con la consolidación del régimen económico liberal (Kresalja, 1993).

Todo ello cambió años después, reorientándose la disciplina hacia una protección más *general*, lo que se denomina *modelo social*. Con él, se entiende que el Derecho de la competencia busca proteger no solo a los empresarios privados, sino, en general, al *orden económico del mercado*, en función –eso sí– del interés privado de los competidores, pero también el de los *consumidores* y el *interés público* del Estado. En este contexto, los actos desleales dejan de ser considerados únicamente como un juicio de incorrección profesional, y pasan a ser inadecuaciones a los *principios del ordenamiento económico* (Kresalja, 1993).

No queda duda que el ordenamiento peruano ha adoptado tal *modelo social* de Derecho de la competencia¹². Expone Zegarra (2015, p. 228) que este modelo “traduce el modo de entender la actividad económica en competencia que subyace a *todas* las normas reguladoras del mercado, según *nuestra Constitución económica*”. Este modo de organización es el de la *competencia practicable y operativa*, definida como aquella en la que la lucha concurrencial se desarrolla sobre las prestaciones más eficientes, de modo que exista una *diferenciación de las ofertas* para que el consumidor pueda *elegir* y los productores *competir*

¹² Según Zegarra (2015), tal modelo se adoptó en nuestro ordenamiento desde 1959, con la Ley 13270 de Promoción Industrial, cuyo art. 123 recogía una norma que permitía a “cualquiera del pueblo” (sin importar si se trataba de un empresario o no) interponer denuncias para la aplicación de sanciones.

(Kresalja, 1993)¹³. Se trata, por tanto, de un Derecho de la competencia que tutela el interés de *todos los intervinientes en el mercado* (empresarios, consumidores y Estado), a través de la protección del *proceso competitivo*, tal y como lo establece el art. 1 LRCD¹⁴.

Por estos motivos, se debe entender que, cuando el art. 61 CP establece que “el Estado facilita y vigila la libre competencia”, lo hace como medio para resguardar el sistema económico constitucionalizado y, en esa línea, el modelo social del Derecho de la competencia.

¹³ Kresalja (1993, p. 36) explica que, en este modelo de organización económica, el acceso al mercado está abierto, las alteraciones de la oferta y la demanda se traducen en los precios, la producción y la venta no se limitan artificialmente y la libertad de elección no se ve obstaculizada.

¹⁴ Art. 1 LRCD: “La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el **adecuado funcionamiento del proceso competitivo**”.

Capítulo 2

El control previo de concentraciones empresariales como mecanismo de intervención estatal sobre el mercado

2.1. El CPCE en el Derecho comparado

El CPCE, como mecanismo jurídico de intervención estatal, ha sido adoptado por un número cada vez mayor de ordenamientos jurídicos. Como lo explican Lizama y Pavic (2002, p. 512), “[h]ace algunos años, solamente 12 países en el mundo contaban con una legislación antimonopolios. En la actualidad, más de 100 países han adoptado un régimen normativo que regula esta materia”.

El ordenamiento jurídico pionero en la implementación de esta figura es *Estados Unidos*. La *Sherman Act*, norma emitida en 1890 y que, además, constituye la base sobre la que se sostiene el Derecho de la competencia de dicho país, establece que *cualquier contrato, combinación o conspiración que pretenda afectar o restringir la competencia o el comercio entre los Estados o con países amigos es ilegal*. Asimismo, *el que pretenda o tienda a crear un monopolio, conspire o se combine con otro para monopolizar un área o ámbito de la actividad económica, comete delito* Lizama y Pavic (2002). Se trata de una regulación muy rigurosa, y que surgió como reacción al caso *Standard Oil*, tras verificar que la empresa acusada había monopolizado el transporte de petróleo, ordenándose su escisión en 34 compañías separadas, aplicándose la sección 4 de la *Sherman Act* (Zegarra, 2015).

Con posterioridad, destacan la *Clayton Act* (1914), norma aplicable actualmente a las fusiones en materia de libre competencia, y la *Hart-Scott Rodino Antitrust Improvement Act*, que data del año 1976 y que fue emitida con la finalidad de establecer el requisito de notificación previa a las autoridades de la intención de realizar la fusión (Lizama y Pavic, 2002).

En la década de los años ochenta (1982 y 1984) se emitieron los *Merguer Guidelines*, que constituyen un conjunto de normas promulgadas por la División Antimonopolio del Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión Federal de Comercio (FTC). Tales normas regulan cuándo ambos órganos deberán analizar una determinada concentración económica por tratarse de una eventual amenaza para un sector del mercado. A partir de ellas, se eliminó la idea de que una concentración *per se* debía considerarse nociva para el mercado (idea que se formó a partir de la influencia de la escuela de *Harvard*) y, por tanto, se instauró la necesidad de analizar las eficiencias que una concentración podía traer al mercado,

reconociéndose así el eventual carácter *pro competitivo* de este tipo de operaciones (Carrillo, 2012).

Por su parte, la *Unión Europea* trazó un camino similar al de Estados Unidos, iniciando el proceso de implementación de un CPCE con el Tratado de París (1951), acordado por la Comunidad Europea del Carbón y Acero (CECA). A través de dicho tratado, se obligaba a las empresas que participaban en el mercado del carbón y del acero (aún reducido) a notificar sus operaciones de concentración económica, entre las cuales estaban las fusiones (Lizana y Pavic, 2002).

Dado lo limitado de dicho mercado, los tribunales de justicia realizaban una interpretación forzada de los arts. 81 y 82 del Tratado de París, con el fin de extender su aplicación a operaciones de otros sectores mercantiles. Tal situación trajo como consecuencia la emisión del Reglamento del Consejo N° 4064/89 de 21 de diciembre de 1989, que entró en vigencia el 21 de setiembre de 1990¹⁵. Dicho reglamento hizo tres aportes importantes a la evolución de la figura del CPCE (Calvo y Goñi, 1999).

En *primer lugar*, la implementación de un control preventivo, a través de la obligación de las empresas de toda la Unión Europea a notificar la operación de concentración antes de que esta se realice, bajo sanción de nulidad. En *segundo lugar*, se reconoció como competencia exclusiva de la Comisión Europea la de pronunciarse con respecto a las concentraciones que tuvieran dimensión en toda la comunidad europea, permitiendo que las empresas presenten una única notificación en el proceso comunitario. Y, en *tercer lugar*, se reconoció el análisis de una concentración en función no solo del mercado a nivel nacional, sino también a nivel internacional, así como del potencial económico de las empresas afectadas.

Pese a lo anterior, el Reglamento N° 4064/89 tuvo una clara *tendencia estructuralista*, lo que se manifestó en el mal uso que se le dio al concepto de posición de dominio. Según esta idea, se necesitaba acreditar un abuso de posición de dominio para analizar una concentración, dejando de lado, además, las eficiencias que podían generar este tipo de operaciones (Carrillo, 2012).

Con el fin de corregir estas deficiencias, se promulgó el Reglamento Comunitario de Concentraciones N° 139/2004, a través del cual se permitió el estudio de las eficiencias como un elemento importante al momento de definir cuándo una concentración podía o no obstaculizar la competencia efectiva (Carrillo, 2012).

¹⁵ Calvo y Goñi, 1999, p. 27.

En la actualidad, la regulación de la libre competencia en la Unión Europea consta de tres cuerpos normativos:

- i) el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual regula los principales aspectos del funcionamiento del mercado común;
- ii) el Reglamento Comunitario de Concentraciones N° 139/2004, ya mencionado; y,
- iii) el Reglamento N° 802/2004 de la Comisión Europea, por el cual se aplica el Reglamento Comunitario de Concentraciones.

Por otro lado, cabe resaltar el caso particular de *Chile*. En dicho ordenamiento, no existe una legislación específica que regula un CPCE, lo cual no ha obstado para que los tribunales la apliquen en la práctica, al amparo del Decreto Ley 211 (1973). Esta norma indica, de forma general, que todo acuerdo que pueda ser contrario a la libre competencia *podrá ser* consultado por las partes ante la autoridad competente en forma previa a ser ejecutados, para que esta se pronuncie (Lizana y Pavic, 2002 y González y Huneeus, 2015). Así pues, no existe en el ordenamiento chileno una *obligación* de notificar la intención de dos o más empresas de concentrarse: el sistema es meramente de carácter *voluntario o consultivo*¹⁶. Esta situación ha motivado que algunos autores se manifiesten a favor de que, en Chile, se legisle de modo específico un CPCE, de modo que exista una verdadera obligación de notificar previamente la futurible operación de concentración (Caviedes, 2012).

De este breve repaso, se puede concluir, en primer lugar, que, en el inicio de la CPCE como institución jurídica, se partía de la idea de que una concentración empresarial era negativa *per se* para el mercado. Tal idea ha cambiado en los últimos años, y en la actualidad nadie duda que este tipo de operaciones son, en principio, *pro competitivas*. Por tal motivo, para el análisis de un CPCE, deberá evaluarse si los efectos positivos (principalmente las eficiencias para el mercado) son mayores o menores que los efectos negativos, con el fin de autorizar o no una determinada concentración (Carrillo, 2012).

¹⁶ Gonzales y Huneeus, (2015, p. 6) explican que existen dos tipos de control de fusiones: un *sistema obligatorio* y un *sistema voluntario*. En el primero, “*todas las fusiones que involucren a empresas cuya magnitud se encuentre por sobre un valor límite, deben ser notificadas previamente a ser consumadas. Las que caen bajo el umbral se pueden llevar a cabo, quedando exentas del control preventivo. Las fusiones que deben ser notificadas, son examinadas por la agencia de competencia [...]*”. Por su parte, en el *sistema voluntario*, “*las empresas a fusionarse son las que deciden en primera instancia si notifican o no su operación ante la agencia de competencia. En caso de someterla a revisión, al igual que en el sistema obligatorio, la agencia cuenta con un período para examinarla y aprobarla o eventualmente rechazarla luego de una inspección más a fondo. Si las empresas no notifican, la agencia de competencia puede iniciar una inspección por su propia iniciativa. En caso que la investigación arroje como resultado que la fusión presenta riesgos competitivos, las empresas son multadas, además de las medidas mitigatorias que se apliquen*”.

Por otro lado, también puede indicarse que las políticas de control de concentraciones en todo el mundo, aun reconociendo sus efectos positivos, giran en torno a la idea de que existen ciertas operaciones de este tipo que pueden representar un peligro para la competencia, afectándose el bienestar de la sociedad (Carrillo, 2012).

Y, por último, ha de resaltarse el número cada vez mayor de ordenamientos que han incorporado al CPCE como una herramienta jurídica para preservar la libre competencia. Dentro de ese número, llama la atención el hecho innegable de que buena parte de tales ordenamientos pertenecen a países desarrollados, con un sistema económico consolidado y, por tal motivo, con vasta experiencia en el desarrollo de una figura como el control preventivo de concentraciones. Tal experiencia puede servir mucho de cara a delimitar una legislación oportuna y efectiva que incorpore el CPCE al ordenamiento peruano.

2.2. EL CPCE como institución jurídica

2.2.1. Concepto

El CPCE, como institución jurídica, ha evolucionado en los últimos años para ser una parte fundamental en el Derecho de la competencia. Para algunos autores, se trata de un pilar fundamental para esta rama del Derecho¹⁷, al apuntar su aplicación a las concentraciones empresariales como fenómenos de gran envergadura en el mercado moderno.

A un nivel descriptivo, puede definirse al CPCE como:

una forma de intervención estatal que consiste en el análisis estructural y funcional de un negocio de concentración empresarial, de manera previa a su puesta en ejecución, según los referentes predispuestos legalmente, para determinar su mayor o menor afectación a la libre competencia de un sector mercantil, con el fin de autorizar plena o condicionalmente o de denegar su eficacia.

De esta definición, cabe explicar someramente los siguientes elementos sobre el CPCE:

- (i) es una *forma de intervención estatal* que se manifiesta a través del otorgamiento o no de una *autorización administrativa*;

¹⁷ Así, Diez Canseco (en Diez Canseco, Falla, Quintana y Távara, 2012) explica que, en el Derecho peruano, la implementación del CPCE constituiría el *tercer pilar fundamental* del Derecho de la Competencia.

- (ii) implica el análisis *estructural* y *funcional* de una determinada operación de concentración empresarial; y,
- (iii) es un control de carácter *previo* que ataca a la *eficacia* del negocio de concentración.

En primer lugar, como una forma de *intervención estatal*¹⁸, el CPCE constituye una herramienta jurídica que forma parte de la *actividad de policía* de la Administración pública, esta es, la que supone el ejercicio de potestades de limitación de los derechos de los administrados, con el fin de garantizar el orden en la convivencia y satisfacer los intereses generales (Wolter Kluvers, 2018). En ese sentido, el CPCE sirve para controlar y prevenir aquellas concentraciones empresariales que, por sus características, pueden dañar el mercado por sus efectos anticompetitivos.

La forma a través de la cual se manifiesta esta intervención estatal es la *autorización administrativa*. Esto es, a partir del procedimiento administrativo en que consiste el CPCE, la Administración pública adopta una resolución, la que puede consistir en una *autorización* (plena o condicionada) o una *denegación*. La *autorización administrativa*, de acuerdo a Laguna de Paz (2006, p. 52), se define como el acto mediante el cual la Administración realiza un control preventivo, ajustándose a los principios de legalidad y oportunidad, sobre una actividad que es de libre iniciativa (autoridad de policía), sobre bienes de dominio público (autorización demanial) o de la propia competencia (autorización competencial). A todas luces, por lo tanto, el procedimiento administrativo en que consiste el CPCE tiene como corolario la emisión de una autorización por parte de la Administración, que permite la eficacia del negocio de concentración económica.

En segundo lugar, el CPCE implica el *análisis* de una determinada operación de concentración. En dicho análisis, pueden distinguirse:

- (i) un aspecto *estructural*, que recae sobre los *elementos* de la operación; y,
- (ii) un aspecto *funcional*, que recae sobre los eventuales *efectos* de la operación de concentración.

En el aspecto *estructural*, el examen se limita a determinar si el negocio de concentración, que le ha sido notificado a la Administración, cumple o no con los umbrales establecidos previamente en la norma correspondiente, con la finalidad de establecer si a tal

¹⁸ Como indican Folguera y Vidal (2015a, p. 467), “*el control administrativo de las operaciones de concentración constituye una injerencia al principio de libertad de empresa*”.

negocio le es o no aplicable el régimen del CPCE. En el caso en que una operación notificada no sea una concentración sujeta al procedimiento de control, según los referentes previstos en la norma, se procede a su archivamiento, generándose los efectos que le eran propios. En este supuesto, si bien se puede decir que *no hay autorización*¹⁹, ello no impide que la operación de concentración despliegue sus efectos, por tratarse de una iniciativa privada que *no estaba sujeta* a un control ni a autorización previa²⁰.

Y es que el CPCE no va a controlar *todas* las concentraciones, ya que, como punto de partida, se entiende que la gran mayoría de ellas *no son anticompetitivas*. En ese contexto, con el fin de dar seguridad jurídica a las partes involucradas en el control, se establecen los referidos umbrales, los cuales determinan el ámbito de aplicación del CPCE. Estos referentes legales son objetivos o cuantificables. Por ejemplo, el valor de los activos de la empresa o el valor de la operación de concentración (OCDE, 2014). Como se aprecia, se trata de referentes que reflejan valores máximos, relacionados con el tamaño de las empresas involucradas en la operación, empleándose variables como el valor de los activos o el volumen de ventas anuales (González y Huneus, 2015).

Así, por ejemplo, el art. 8 LDC española contempla como umbrales que constituyen el ámbito de aplicación del CPCE a datos como el incremento de la cuota de participación en el mercado relevante o el aumento del volumen de negocios global. Por su parte, el art. 6 del *Dictamen 2018*, como se verá más adelante, solo establece como umbral el número de ventas anuales brutas²¹.

En el aspecto *funcional*, el examen se torna más profundo, pues la Administración busca establecer si los efectos jurídicos y económicos del negocio de concentración en cuestión ponen o no en riesgo el efectivo funcionamiento del mercado en términos de libre competencia. Así, por ejemplo, el art. 10 LDC española establece que la CNMC, como entidad encargada de mantener la competencia efectiva en los mercados y, por ende, de aplicar el CPCE en el ordenamiento español, ha de valorar las concentraciones económicas «atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en

¹⁹ Aunque en opinión de Folguera y Vidal (2015, p. 467), estas operaciones “*se encuentra automáticamente autorizadas sin necesidad de someterse a ningún procedimiento de control administrativo de competencia*”.

²⁰ En ese sentido, en España, la Resolución CNC *Bergé/Marítima Candina* ha indicado que “*corresponde al Consejo de la Comisión Nacional de Competencia decidir sobre el archivo de las actuaciones en una operación de concentración [...], resultando jurídicamente incorrecto hablar de cosa juzgada o de autorización de facto de la operación de concentración [...]*”.

²¹ Véase Capítulo III, parte II.1, *infra*.

todo o en parte del mercado nacional”²². En concreto, esta institución deberá adoptar su decisión atendiendo a criterios como la *estructura de los mercados relevantes*, la *posición de las empresas afectadas*, la *competencia real o potencial de empresas*, las *posibilidades de elección de proveedor y consumidores* y la *existencia de barreras de acceso*, entre otros.

Finalmente, el carácter *previo* de un CPCE se explica en la práctica imposibilidad de revertir los efectos anticompetitivos que un negocio de concentración ejecutado puede generar en el mercado (Carrillo, 2012). En efecto, si bien las medidas previstas en nuestra LRCA atacan las conductas anticompetitivas de los agentes económicos, lo hacen *ex post* y como una reacción del ordenamiento para restaurar la vigencia normativa de la ley y defender el funcionamiento del mercado. Sin embargo, es fácilmente apreciable el hecho de que no toda sanción o medida impuesta *a posteriori* revierte los efectos dañinos generados al mercado. En esa idea, el CPCE, como medida *ex ante*, busca evitar que este tipo de efectos siquiera lleguen a producirse²³.

Ha de notarse, en todo caso, que la eventual denegación de una autorización no ataca, en lo absoluto, la validez de la operación. Esta será válida si reúne los elementos esenciales de todo negocio jurídico (*ex art. 140 CC*). Lo que atacará es la *eficacia* de dicho negocio, en la medida en que son sus efectos los que han de ser contrarrestados para evitar las afectaciones al mercado²⁴.

Por último, la especial naturaleza de un CPCE, su finalidad y los efectos que genera sobre el ámbito de los administrados ha motivado a que su incorporación a un ordenamiento jurídico deba cumplir con determinados requerimientos. Estos, según Caviedes (2012, p. 14), pueden resumirse en los siguientes:

²² Como enseñan Folguera y Vidal (2015c, p. 509), “la referencia al mantenimiento de una competencia ‘efectiva’ no debe equipararse con la existencia de una competencia ‘perfecta’, sino con la existencia de una competencia real”.

²³ Ello explica la complementariedad entre los controles *ex ante* y *ex post* en materia de defensa de la libre competencia. Véase, al respecto Cap. III, parte I.2.B, *infra*.

²⁴ En ese sentido se manifiesta el art. 7.1 del Proyecto 367/2016, del parlamentario Marco Arana Zegarra, que establece que “[l]os actos de concentración empresarial no surtirán efectos ni podrán ejecutarse sin la autorización prevista en la presente Ley o cuando ha sido denegada su autorización” (énfasis añadido).

También el art. 9.2 LDC española establece que “la concentración económica no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración”.

Por el contrario, ha de criticarse el texto del art. 15.2 del *Dictamen*, que prevé que “[l]a ejecución de una operación de concentración empresarial comprendida en el ámbito de aplicación de la presente ley sin cumplir con la presentación de la solicitud de autorización mediante el procedimiento de evaluación previa ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, acarrea la nulidad de los actos que se deriven de dicha ejecución, sin perjuicio de las consecuencias legales que se apliquen según lo previsto por la presente ley y su Reglamento” (énfasis añadido).

- (i) la necesidad del *menor margen de error* posible, tendiendo a rechazar las concentraciones anticompetitivas, y aprobar aquellas que no lo sean;
- (ii) la *minimización de los costos administrativos y el tiempo* que dura el CPCE²⁵; y,
- (iii) la necesidad de *transparencia*, de tal forma que se eliminen comportamientos que demuestren una arbitrariedad en las decisiones que se puedan tomar, para dotar de seguridad jurídica a las empresas que sometan al CPCE.

2.2.2. Tipología

Tomando como base el diseño adoptado en la mayoría de ordenamientos jurídicos, el CPCE puede incorporarse, principalmente, a través de dos sistemas:

- (i) un sistema *obligatorio*; y,
- (ii) un sistema *voluntario*.

La mayor parte de los ordenamientos que cuentan con un CPCE, incluidos los de mayor importancia en términos económicos (Estados Unidos y la Unión Europea, por ejemplo), han adoptado el sistema *obligatorio*. Por el contrario, son pocos los países que emplean el sistema *voluntario*, siendo los casos más emblemáticos los de Australia y Chile (Caviedes, 2012).

El *sistema obligatorio* se caracteriza en que todas las operaciones que excedan los umbrales cuantitativos establecidos previamente en la norma, deben ser *notificadas* antes de ser ejecutadas, con el fin de ser sometidas al CPCE. En sentido contrario, las operaciones que no cumplan dichos umbrales, quedan exentas del control (son “automáticamente autorizadas”, según Folguera y Vidal, 2015a) y, por lo tanto, despliegan todos sus efectos.

Como enseñan Nehme y Mordoj (2012), este sistema cuenta con la ventaja de la certeza jurídica que otorga a las partes involucradas en la concentración económica. Ello porque, desde un inicio, conocerán cuándo deben notificar su operación y cuándo no, en función de los umbrales diseñados previamente en la norma. Estos deberán permitir fijar con objetividad las operaciones en las que se necesita una mayor atención por parte de la autoridad competente.

²⁵ Referido básicamente al personal humano y los esfuerzos tanto físicos como intelectuales para la elaboración de informes, los cuales deben ser calificados por las instituciones encargadas del CPCE. En cuanto el tiempo, se asocia con el tiempo de atraso que el CPCE conlleva a las empresas a consumir la operación.

Ahora bien, dentro del modelo de *sistema obligatorio*, existe una clasificación que distingue a los modelos según la distribución de funciones entre los órganos de la Administración pública y los órganos judiciales. Así, tenemos tres modelos (Caviedes, 2012, pp. 16 y ss.):

- (i) el sistema *bifurcado judicial*,
- (ii) el sistema de *agencia integrada*; y,
- (iii) el sistema de *agencia integrada dual*.

En el *sistema bifurcado judicial*, el órgano administrativo solo tiene la facultad de *investigar*, mientras que la *resolución* del CPCE les corresponde a los tribunales de justicia ordinarios u especializados. Ejemplo de ello es el *Department of Justice* (DoJ) en Estados Unidos, puesto que tiene facultades de investigación y acusación, pero quienes resuelven son los tribunales judiciales, no especializados en el derecho de libre competencia.

Por su parte, el *sistema de agencia integrada* se caracteriza porque los órganos de la administración tienen facultades tanto de *investigación* como de *resolución*, siendo sus decisiones revisables *a posteriori* por los tribunales judiciales. Un ejemplo de ello es la *Federal Trade Commission* (FTC) de los Estados Unidos, la cual concentra las funciones de investigación, acusación y resolución del CPCE, con la posibilidad de revisión ante los tribunales judiciales, *a posteriori*. También es una agencia integrada la Dirección de Competencia de la Unión Europea, puesto que concentra la facultad de *investigación* y *resolución* del CPCE, siendo sus decisiones revisadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Por último, en el *sistema de agencia integrada dual*, la Administración pública está facultada tanto para *investigar* como para *resolver* en el CPCE. Sin embargo, estas funciones están distribuidas entre *distintos órganos administrativos especializados*. Ejemplo de ello es el modelo británico, donde la *Office of Fair Tradind* (OFT) se especializa en la investigación; la *Competition Commission* (CC), en la resolución; y, el *Competition Appeals Tribunal* (CAT), de la revisión de las resoluciones en primera instancia, con el fin de que estas cumplan con el principio de legalidad. En este sistema, la OFT puede iniciar de oficio el CPCE. Sin embargo, la CC solo puede aplicar su potestad revisora sobre los casos derivados de la OFT.

El *sistema voluntario*, por su parte, se caracteriza por la libre decisión que tienen las partes del negocio de concentración de notificarlo o no a la autoridad competente. En otras palabras, son los privados los que decidirán de primera mano si la operación de concentración

celebrada va a quedar sometida o no al CPCE. En caso de decidir hacerlo, la autoridad tiene unos plazos determinados para examinar la operación y, a partir de allí, aprobarla o no. Por el contrario, en caso de que las partes decidan no notificar la operación, la propia autoridad puede iniciar un análisis por su cuenta. En este contexto, si se concluye que la operación en cuestión produce riesgos anticompetitivos que impactan significativamente en el mercado, las empresas son sancionadas con multas, fuera de las medidas mitigadoras que, además, se dicten para paliar dichos efectos.

Con tales características, se puede concluir que, en un sistema voluntario, el control de concentraciones *no siempre tendrá un carácter previo*, en la medida en que, si las partes deciden no notificar la operación de concentración a la Administración, los efectos de dicho negocio se despliegan normalmente. En este caso, se pasa de tener un control *ex ante* a uno *ex post*: si, finalmente, la autoridad competente decidiera analizar y controlar la operación de concentración, esta ya estaría ejecutada.

En todo caso, enseñan Nehme y Mordoj (2012) que una de las principales ventajas de este sistema es la *mejor administración de los recursos públicos*, puesto que la información privada es entregada por las partes para su análisis respectivo por parte de la autoridad competente. Además, la posibilidad de que la Administración imponga multas para el caso de un control realizado de oficio motiva o incentiva a los privados a notificar sus operaciones de concentración, con el fin de evitar tal tipo de sanciones. Por último, a diferencia del sistema obligatorio, un sistema voluntario no suspende la eficacia de las operaciones no notificadas a la autoridad. Por tal motivo, la Administración puede actuar conociendo, en la realidad, las consecuencias de la operación, sin tener que hacer, por tanto, un análisis prospectivo o a futuro.

En mi opinión, el hecho de que la imposición de multas a las partes de un negocio de concentración por no notificarlo previamente dependa, principalmente, de la determinación, por parte de la autoridad, de que tal negocio tiene efectos anticompetitivos crea una fuerte *inseguridad jurídica*. Es posible que se dé el caso en que las empresas que acuerdan una concentración consideran legítimamente que tal negocio no afectará al mercado y, por tal motivo, no notifican la operación. En ese contexto, si posteriormente la Administración, luego de un análisis de oficio, establece lo contrario, la imposición de una multa a las partes

involucradas estaría siempre condicionada a lo que la autoridad decida (que, en todo caso, deberá basarse en argumentos objetivos), y no a la acción primigenia de los administrados²⁶.

Añadido a lo anterior, también debe resaltarse el hecho de que, en la experiencia de países que cuentan con el sistema voluntario, resalta que un gran número de operaciones *no son sometidas* a un control preventivo voluntario. Por lo tanto, se trata de operaciones que, al no ser objeto de una evaluación previa, generan una gran dificultad para ser controladas después y, con ello, neutralizar sus eventuales efectos anticompetitivos (Nehme y Mordoj, 2012). Todas estas razones hacen que sea el *sistema obligatorio* el empleado por la mayor parte de ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, en los últimos tiempos, se ha venido desarrollando un *sistema mixto* de CPCE. Se trata de un diseño híbrido que recoge características de los dos sistemas ya descritos:

- del *sistema obligatorio*, recoge la obligación para los privados de notificar la operación de concentración cuando se cumplan con los umbrales previstos; y,
- del *sistema voluntario*, la posibilidad de los privados para notificar operaciones que no cumplen los umbrales previstos, con el fin de obtener certeza jurídica de su licitud.

La idea con un sistema mixto es que el mecanismo de control se aplique incluso en casos en los que, aun cuando no se cumplan con los referentes o umbrales previstos en la norma, existe respecto de ellos particulares polémicas en la sociedad con respecto a sus eventuales efectos anticompetitivos²⁷.

El presente trabajo se desarrollará con base en el *sistema obligatorio* de CPCE, no solo por tratarse del sistema más empleado en el Derecho comparado, sino, principalmente, porque se trata del modelo propuesto en el *Dictamen 2018* y en los proyectos legislativos que se discuten en nuestro país con respecto a la incorporación de un CPCE al ordenamiento peruano.

²⁶ En ese sentido, Nehme y Mordoj (2012) indican que la falta de certidumbre jurídica sobre cuándo notificar y cuándo la autoridad iniciará un análisis posterior de oficio constituye una poderosa crítica en contra de la implementación de un sistema voluntario.

²⁷ Nehme y Mordoj (2012, p. 97) indican que el sistema mixto recoge las ventajas que tiene el sistema obligatorio y, al mismo tiempo, permite a los privados una colaboración para dar a conocer qué operaciones, además de las previstas en la norma, podrían tener efectos anticompetitivos en el mercado y en la competencia. Además, se les da a las partes la opción de someter su operación a la aprobación de la autoridad para tener certeza jurídica, principalmente cuando ha generado una gran polémica en la comunidad.

2.2.3. Estructura del CPCE: análisis descriptivo

El CPCE, según el modelo que pretende instaurarse en el ordenamiento peruano, constituye un procedimiento que, por su complejidad, es dividido en dos etapas o fases, lo que constituye una estructura *bifásica o dual*. La primera etapa, básicamente, consiste en un control de la concentración en general. La segunda etapa, por su parte, implica un control especializado en los problemas anticompetitivos que una operación puede producir²⁸.

Esta estructura se explica en la necesidad de aplicar un sistema deductivo en el CPCE, esto es, la evaluación debe iniciar desde los problemas más *generales* a los más *particulares*. Al respecto, Caviedes (2012, p. 128) sostiene que, en el marco de esta estructura, los órganos de competencia han de obtener, en la primera fase, una especie de idea general de la concentración, con el fin de que, posteriormente (en la segunda fase, si esta existiese), el análisis se enfoque exclusivamente en los particulares problemas que producirían mayores efectos anticompetitivos en el mercado.

Dada las enormes semejanzas entre el sistema de CPCE regulado en el ordenamiento español y en la Unión Europea con el *Dictamen 1028* y los proyectos legislativos que se están discutiendo en el Perú, se estudiará, en las siguientes páginas, la estructura del CPCE prevista en aquellos sistemas, con el fin de ilustrar la exposición de este trabajo.

2.2.3.1. Antes del CPCE: la consulta previa

Antes del inicio del procedimiento de CPCE propiamente dicho, algunos ordenamientos (como el español y el británico) han incorporado la posibilidad de que las partes, por iniciativa propia, realicen una consulta previa a la autoridad administrativa. Según enseña Caviedes (2012), tal consulta se puede realizar con el fin de determinar cuanto antes los posibles aspectos riesgosos de la concentración, de negociar la aplicación de medidas o condiciones para autorizar la operación de concentración o, en todo caso, eliminar cualquier información secundaria e irrelevante²⁹.

Así pues, el art. 55.2 LDC española contempla la posibilidad de que, antes de la primera fase, las partes de la concentración realicen una consulta previa a la CNMC sobre:

²⁸ Caviedes (2012, p. 133) describe un procedimiento estándar con las siguientes etapas: “(a) notificación; (b) análisis de la concentración en primera etapa; (c) resolución aprobando (con o sin condiciones) la operación , o transcurso del plazo de la primera etapa sin que haya pronunciamiento; (d) declaración de objeciones a la operación (e) revisión de los aspectos objetados en segunda etapa; (f) nueva resolución de la Administración aprobando(con o sin condiciones) la operación, rechazándola o dejando que venza el plazo de la segunda etapa sin pronunciarse; (g) revisión de la resolución dictada por la autoridad competente en primera o en segunda etapa fase, ya sea por otro órgano administrativo o por los tribunales”.

²⁹ Como se verá en Cap. III, parte II.2, *infra*, la consulta previa no ha sido contemplada en el *Dictamen 2018*, pese a que sí se recoge en el art. 2.6 del *Anteproyecto 2018*.

- a) si su operación es una concentración sujeta a la CPCE, de acuerdo al art. 7 LDC española; o,
- b) si tal concentración supera los umbrales previstos en el art. 8 LDC española.

Con relación al *primer aspecto*, la consulta debe tratar sobre un cambio en el control de toda o parte de una o más de las empresas afectadas en la operación, cuando no se tenga claro dicho control. Es el caso de los supuestos de control *de facto* o indirecto (Armengol y De Blas, 2017).

Cómo indica Navarro Varona (2015a, pp. 1147 y 1148), esta figura “es útil para amparar consultas relativas al momento a partir del cual es posible notificar o si ciertas operaciones podrían considerarse una concentración de empresas”. Por ejemplo, la firma de un acuerdo o protocolo de intenciones, supuestos de adquisición de control *de facto*, exclusivo o conjunto, cesión de acciones, etc.

Por su parte, en torno al *segundo aspecto*, la consulta debe versar sobre si el volumen de negocios supera el umbral cuantitativo establecido en el art. 8 LDC española y sobre cuál es la cuota de mercado que ocupa la operación en el mercado. Todo ello, con el fin de determinar si la operación cumple el umbral determinado (Armengol y De Blas, 2017).

En caso de que la resolución del CNMC sea afirmativa en cuanto a la obligación de notificar, las partes se verán obligadas a presentar la respectiva notificación, aun cuando no estén de acuerdo con la respuesta brindada, ya que no cabe ningún recurso contra la resolución de consulta previa (Armengol y De Blas, 2017).

Dos características de esta herramienta de consulta previa que han de ser resaltadas es, por una parte, la gratuidad (la ley española no establece la imposición de una tasa por la realización de la consulta) y la confidencialidad. Con relación a esta última característica, vale destacar que la resolución de una consulta previa *no se hace pública*³⁰, de tal modo que es posible mantener la reserva de una operación de concentración si el resultado es la *no obligación de notificar*. Como sostienen Armengol y De Blas (2017, p. 50), es importante el respeto del interés de las partes por mantener en secreto la operación, tanto en la consulta como en la resolución por parte de la CNMC.

³⁰ Al respecto, Navarro Varona (2015a, p. 1148) resalta que, precisamente la reserva de la consulta hace que solo aproveche a quien la realiza. De este modo, ninguna otra empresa podrá orientarse con la respuesta a la consulta de otra si no forma parte de la operación de concentración.

2.2.3.2. Primera fase

Como se ha indicado, la primera fase del CPCE consiste, esencialmente, en una evaluación general realizada por la autoridad administrativa, a partir de la notificación de la operación de concentración emitida por las partes.

a. La notificación y los formularios

El primer punto del procedimiento del CPCE es la notificación. Tal acción se realiza a través de la cumplimentación de un *formulario* predispuesto para ello y su entrega a la autoridad administrativa competente³¹. Tal formulario contiene una serie de tópicos planteados por la autoridad, cuya respuesta (con la información necesaria para ello) por parte de los miembros de la operación de concentración servirá para iniciar el análisis (Armengol y De Blas, 2017)³².

En el ordenamiento español, la LDC establece dos tipos de formulario: por un lado, el *formulario ordinario*³³, empleado para notificar la generalidad de operaciones de concentración; y, por otro lado, un *formulario abreviado*, utilizado para notificar aquellas operaciones respecto de las cuales, *a priori*, se sabe que no afectarán a la competencia, para lo cual se emplea los siguientes criterios determinados por la ley (art. 56.1 LDC española):

- (i) cuando no exista solapamiento horizontal o vertical entre las partes de la operación porque *ninguna de ellas realiza actividades económicas en el mismo mercado geográfico y de producto de referencia o en mercados relacionados de*

³¹ Como refiere Navarro Varona (2015a, p. 1141), “[l]a notificación se entenderá presentada ‘en forma’ cuando todos los apartados del formulario estén debidamente cumplimentados, y se incluyan todos los anexos”.

³² Este tipo de formularios, sin embargo, no han sido contemplados en el *Dictamen 2018* ni en ninguno de los proyectos legislativos presentados al Congreso de la República del Perú.

³³ Cuyo contenido se encuentra previsto en el Anexo II del RDC: a) carátula, b) información de las partes, c) naturaleza, características y dimensión de la operación de concentración, d) restricciones accesorias, e) propiedad y control previos, f) definición de mercados, g) información de los mercados relevantes, h) documentos generales e i) documentos anexos.

Asimismo, los *anexos* que las partes han de presentar son: a) copia de los informes de gestión y cuentas anuales correspondiente al último ejercicio de las empresas que participen en la operación, y en su caso, de sus matrices, b) copia de la versión definitiva o más reciente de los documentos relativos al acuerdo que dé lugar a la operación de concentración y traducción si están redactados en lengua no oficial del Estado español, sin perjuicio de que pueda exigirse por la Dirección de Investigación traducción jurada de estos documentos, c) análisis, informes o estudios que se consideren relevantes, d) Acuerdos de cooperación u otros según las Secciones 3.2 y 5.6, e) Cuando se trate de ofertas públicas deberá acompañarse también el folleto de oferta que debe presentarse ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores o su equivalente en otros países, f) el justificante de pago de la tasa conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, g) poder de representación o fotocopia compulsada del mismo con traducción jurada si está redactado en lengua no oficial del Estado español, h) Copias de los informes o documentos explicativos que con motivo de la operación hayan preparado o encargado a terceros las partes para cualquiera de sus órganos de dirección, para los accionistas o para inversores y analistas.

*modo ascendente o descendente dentro del proceso de producción y comercialización*³⁴;

- (ii) cuando la participación de las partes en los mercados, por su escasa importancia, *no sea susceptible de afectar a la competencia, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente*³⁵;
- (iii) cuando una parte adquiriera el control exclusivo de una o varias empresas o partes de empresa *sobre la cual tiene ya el control conjunto*³⁶; y,
- (iv) cuando tratándose de una empresa en participación, *esta no ejerza ni haya previsto ejercer actividades dentro del territorio español o cuando dichas actividades sean marginales*³⁷.

Con el *formulario abreviado* se busca dar mayor rapidez al CPCE, por tratarse de un procedimiento menos costoso que el iniciado con el formulario ordinario (Armengol y De Blas, 2017).

b. Los umbrales de notificación

La referencia principal para determinar cuándo una operación debe ser notificada son los llamados *umbrales de notificación*. Estos se definen como parámetros bajo los cuales una concentración económica debe ser notificada ante la autoridad administrativa³⁸. En el Derecho comparado, existen dos criterios para determinar los umbrales respectivos (Caviedes 2012):

- (i) por un lado, las *ventas totales* en el último ejercicio contable³⁹; y,
- (ii) por otro lado, la *concentración en el mercado* de la empresa concentrada (cuota de mercado).

³⁴ Al respecto, Navarro Varona (2015b, p. 1158) señala que la ley se refiere a “aquellos casos en que la adquirente y la adquirida no se encuentran en los mismo mercados y, por tanto, la concentración no tiene como consecuencia una alteración de la posición de los operadores en el mercado de producto y geográfico relevante”.

³⁵ Este supuesto se refiere a cuando la participación en los mercados no supera umbrales establecidos previamente por la ley. En el caso del ordenamiento español, tales umbrales están previstos en el art. 8 LDC.

³⁶ Se refiere a los casos en que, como efecto de la concentración, haya un paso de control conjunto a control exclusivo. Sin embargo, se trata de una situación que no cambia sustancialmente la estructura de las empresas, porque se entiende que el adquirente ya ejercía un control sobre la entidad adquirida, antes de la concentración (Navarro Varona, 2015b).

³⁷ Explica Navarro Varona (2015b, pp. 1160 y 1161) que este supuesto hace referencia a los casos de empresas en participación (entiéndase como “empresa en participación” a cualquier proyecto que *agrupa* empresas u organizaciones que ponen en común, teoría, forma de trabajar, capital o trabajo para alcanzar un fin común) que no ejerzan actividades en España o cuando estas sean marginales, es decir, cuando el volumen de negocios de la empresa no supere los 6 millones de euros (art. 57 RDC).

³⁸ El art. 5.1 del *Dictamen 2018* define al umbral de notificación como un “*parámetro cuantificable, selectivo y objetivo [...] a partir del cual una operación de concentración debe sujetarse al procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial*”.

³⁹ En el ordenamiento español, se especifica que las ventas han de ser netas. Como “ventas netas”, la ley española se refiere a aquellas que corresponden a las actividades ordinarias de la empresa (no a ingresos extraordinarios), deducidos descuentos e impuestos de las últimas cuentas auditadas (Folguera y Vidal, 2015a).

En España, la LDC combina el criterio de cuota de mercado (art. 8.1, a) LDC) y el de volumen de ventas/utilidades netas (art. 8.1, b) LDC), de modo tal que ambos umbrales han de ser cumplidos para que las empresas involucradas notifiquen la operación de concentración a la autoridad competente (la CNMC)⁴⁰.

Al respecto, debe resaltarse que, pese a que en el ordenamiento español ha sido conservado, el criterio de cuota de mercado viene siendo descartado en la mayoría de países europeos (Beneyto, 2015)⁴¹. La razón de tal descarte, como indica Caviedes (2012), es la seguridad jurídica. En efecto, para las empresas involucradas en la concentración resulta más sencillo determinar el volumen de ventas y utilidades netas, en vez de la cuota de mercado, con el fin de saber si están obligadas o no a notificar su operación⁴². De hecho, en el contexto europeo, el art. 1.2 RCC solo aplica el criterio de ventas/utilidades netas totales ya referido⁴³.

En defensa del *criterio de cuota de mercado* habrá que decir que se trata de un referente que no depende del tipo de negocio o mercado en el que está inmerso la concentración y, además, a diferencia del volumen de negocios, implica necesariamente conocer la estructura de mercado sobre la cual se va a basar el análisis posterior de la autoridad administrativa. Sin embargo, es indudable que la gran dificultad con este criterio es determinar cuál es el mercado relevante sobre el que debe medirse la cuota de participación⁴⁴. De hecho, como explica Beneyto (2015), este fue el principal motivo por el que la gran mayoría de ordenamientos ha descartado este criterio. Probablemente, para estos casos, resulta muy conveniente la herramienta de *consulta previa* referida en este trabajo.

En ese sentido, la *International Competition Network (ICN)* señala que “[I]os umbrales de notificación deberán basarse exclusivamente en criterios objetivamente cuantificables. *El valor de los activos o el volumen de ventas (o de negocio) constituyen ejemplos de criterios*

⁴⁰ Art. 8.1 LDC española: “El procedimiento de control previsto en la presente ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes: a) que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una *cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo [...]*.b) *Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros [...]*”.

⁴¹ Así también, en el art. 5 del *Dictamen 2018*, únicamente se prevé como umbral de notificación al criterio de *ventas anuales totales*. Véase Cap. III, parte II.1, *infra*.

⁴² La principal dificultad, como es lógico, es la determinación del mercado relevante que ha de tomarse como referencia para determinar la cuota de participación.

⁴³ Art. 1.2 RCC: “Una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando: a) *el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5 000 millones de euros, y b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro*”.

⁴⁴ Señalan Folguera y Vidal (2015a, p. 480) que “la definición del mercado es sumamente complicada, sobre todo si no existen precedentes [...]

objetivamente cuantificables. En cambio, *criterios como la cuota de mercado de las partes o los efectos potenciales de la concentración no resultan objetivamente cuantificables*. La cuota de mercado de las partes y otros criterios valorativos pueden resultar de utilidad en estadios posteriores del procedimiento de control de concentraciones (al igual que las consideraciones relativas a la cantidad de información requerida en la notificación y a la legalidad de la operación propiamente dicha). Sin embargo, este tipo de criterios resulta menos adecuado para determinar con carácter previo si una concentración es susceptible de notificación”⁴⁵.

c. La obligación de notificar: sujetos, momento de notificación y suspensión de la concentración

Siguiendo el sistema obligatorio de CPCE, los sujetos obligados a notificar la operación de concentración a la autoridad competente son las *partes que intervengan en dicha operación*. Así pues, el art. 9.4 LDC española establece que están obligados a notificar:

- (i) de modo *conjunto*, las partes que intervengan en una operación de fusión, de creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas; y,
- (ii) de modo *individual*, la parte que adquiera el control exclusivo sobre una o varias empresas.

La obligación de notificar este tipo de operaciones *surge* con la sola existencia del proyecto de concentración (aunque la legislación española no establece un plazo para notificar la operación⁴⁶). Tal hecho se produce, en los términos del art. 54 RDC:

- (i) cuando las partes acuerdan la operación de concentración (determinando temas como la forma, el plazo y las condiciones) en el caso de una *adquisición de control*;
- (ii) cuando los órganos de administración de las partes han adoptado el acuerdo respectivo (aun cuando se necesitase la ratificación por otro órgano), si *las partes son sociedades*;

⁴⁵ International Competition Network (2010). Prácticas recomendables para procedimientos de notificación de concentraciones, p. 4. Disponible en <<https://goo.gl/WQKQSS>>

⁴⁶ Folguera y Vidal (2015b, p. 488) señalan que “la LDC no establece plazos específicos para notificar las operaciones de concentración que alcancen algunos de los umbrales de notificación del artículo 8 de la LDC”.

- (iii) en el *caso de una oferta pública de adquisición*, cuando exista el acuerdo del consejo de administración y, además, se anuncie públicamente la intención de presentar la oferta; y,
- (iv) en una *fusión*, cuando se cumpla lo dispuesto en la normativa societaria⁴⁷.

Al respecto, enseñan Folguera y Vidal (2015b, p. 489) que el mero proyecto o acuerdo de concentración mediante cartas de intención (*letters of intent*) o memorándums de entendimiento (*memorandum of understanding*) basta para dar inicio a la obligación de notificar, si se trata de una operación de concentración comprendida en los umbrales previstos en la ley.

En todo caso, el límite temporal de la obligación de notificación es la ejecución del acuerdo de concentración, es decir, que las partes han de notificar la operación *antes de que esta se ejecute*⁴⁸. Esto se explica por la finalidad del CPCE: controlar la eficacia de un negocio de concentración con el fin de que esta no afecte a la libre competencia. En ese sentido, el art. 9.2 LDC española establece, más allá de la obligación de notificar, la de *suspender* la ejecución de la concentración hasta que haya sido autorizada de manera expresa o tácita por las autoridades de competencia (“*no se podrá ejecutar hasta que la Administración la autorice expresa o tácitamente*”, dice el art. 9.2 LDC española).

De no realizarse la notificación debida en estos términos, la autoridad debe requerir a los obligados para que procedan con la notificación *dentro de un plazo determinado* (para el caso español, un plazo de 20 días). Ha de resaltarse que, en este caso, no hay aún infracción administrativa alguna y, por lo tanto, la no notificación no conlleva en sí misma una multa o sanción (Folguera y Vidal, 2015b). Solo transcurrido el referido plazo y no habiendo notificación alguna, la autoridad competente iniciará de oficio el expediente respectivo, con el fin de activar un procedimiento administrativo sancionador (Armengol y De Blas, 2017)⁴⁹.

En relación a lo anterior, la normativa española (art. 9.5 LDC) establece una diferencia muy relevante en el trato que se le da a las operaciones que se notifiquen por iniciativa de las

⁴⁷ En el ordenamiento español, lo que ordena el art. 30 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (Ley 3/2009 de 3 de abril).

⁴⁸ Folguera y Vidal (2015b, p. 488) indican que la *ejecución* hace referencia al momento en que se adquiere la “posibilidad” de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa, aun cuando esta no sea ejercida de modo efectivo.

⁴⁹ A diferencia del ordenamiento español, el *Dictamen 2018* no prevé un plazo para que las partes cumplan con notificar la operación de concentración. El art. 12 de dicho *Dictamen* únicamente establece que la notificación debe hacerse “antes de la implementación o ejecución de operación de concentración empresarial”.

partes y a aquellas que se notifiquen por requerimiento de la autoridad: solo a las primeras beneficiará el *silencio administrativo* establecido en el art. 38 LDC española⁵⁰.

En todo caso, la ejecución de la operación de concentración durante el tiempo en que esta no ha sido autorizada por la Administración se considera siempre una infracción grave (Folguera y Vidal, 2015b).

d. Resolución de primera fase

Es indispensable en un CPCE que la resolución de la autoridad competente sea emitida en un *plazo razonablemente breve*, con el fin de no afectar innecesariamente a aquellas operaciones de concentración que, a la postre, no tienen efectos negativos para la competencia⁵¹. En ese sentido, el art. 36.2 LDC española establece un plazo de un mes de recibida la notificación para emitir la resolución en primera fase⁵².

La Administración deberá resolver con base en los criterios establecidos en la ley. En el caso español, tales criterios se encuentran previstos en el art. 10 LDC española: a) la estructura del mercado; b) la posición de dominio de las partes de la concentración; c) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio español; d) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores; e) las barreras de acceso a los mercados; f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios; g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas; y, h) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración (Armengol y De Blas, 2017).

La resolución deberá contener cualquiera de las siguientes decisiones (art. 57.2 LDC española)⁵³:

- (i) se autoriza la operación sin condicionamiento alguno;
- (ii) se autoriza la concentración condicionándola al cumplimiento de ciertas condiciones con el fin de no afectar la competencia;

⁵⁰ Probablemente esto explica por qué en el *Dictamen 2018* no se establece un plazo de notificación. A diferencia de la LDC española, el art. 21 del *Dictamen 2018* prevé que, si se cumple el plazo para resolver el CPCE sin que la autoridad haya emitido acto dirigido a ello, se aplicará el *silencio administrativo negativo*.

⁵¹ Enseña Martín Pastor (2015a, p. 857) que, con la imposición de un plazo para la resolución, “se pretende [...] garantizar la agilidad de dichos procedimientos y actuaciones, asegurando una cierta celeridad en la adopción de la resolución o del acuerdo correspondiente y evitando que aquellos se dilaten excesivamente en el tiempo y, en consecuencia, la seguridad jurídica de los operadores económicos [...]”.

⁵² En el *Dictamen 2018*, si la operación que se notifica no está dentro de los umbrales de notificación, la autoridad tiene 15 días hábiles para declararlo. Si la operación sí calza en los umbrales, pero la autoridad decide autorizarla (sin o con condiciones) o dar inicio a la segunda fase, la autoridad tiene 30 días hábiles para emitir la resolución correspondiente (art. 16 del *Dictamen*).

⁵³ Se excluye de esta exposición la decisión de remitir el análisis de la concentración a la Comisión Europea, prevista en el art. 57.2 LDC española.

- (iii) se inicia la segunda fase del CPCE, con el fin de realizar un análisis más detallado; o,
- (iv) se archivan las actuaciones, conforme a lo dispuesto por la ley⁵⁴.

En el *primer caso*, la operación de concentración podrá ejecutarse desde que la resolución de la Administración es notificada a las partes. En el *segundo caso*, la Administración debe notificar a las partes el problema de competencia identificado y solicitarles la presentación de determinados compromisos, con el fin de remediar tal problema. En ese sentido, la Administración examinará los compromisos presentados, pudiendo solicitar su modificación cuando considere que son insuficientes para eliminar los posibles obstáculos a la competencia, derivados de la concentración. Aceptados los compromisos por parte de la Administración, estos se incluyen en la resolución emitida (Navarro Varona, 2015c).

En el *tercer caso*, la Administración decide abrir la segunda fase del CPCE si considera que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva (art. 57.2 b) LDC española). Finalmente, en el *cuarto caso*, la Administración puede decidir el archivo de las actuaciones cuando (Navarro Varona, 2015c):

- (i) la operación notificada no sea una concentración sujeta al CPCE, según los criterios previstos en la ley;
- (ii) cuando las partes notificantes decidan desistir de su solicitud de autorización; o,
- (iii) cuando la Administración tuviera información fehaciente de que las partes no tienen intención de llevar a cabo la concentración⁵⁵.

2.2.3.3. Segunda fase

a. *Publicación del procedimiento y participación de terceros*

Como se indicó, la Administración, una vez analizada la información remitida por las partes sobre la operación de concentración, puede decidir dar inicio a la segunda fase del CPCE si se considera que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva (art. 57.2 b) LDC española).

Esta fase se caracteriza por su publicidad, es decir, por la publicación del procedimiento administrativo, con el fin de que los terceros interesados puedan tomar

⁵⁴ Son, básicamente, las mismas alternativas contempladas en el art. 16 del *Dictamen 2018*.

⁵⁵ Estas causales de archivo no se encuentran previstas en el *Dictamen 2018*.

conocimiento de aquel⁵⁶. En tal sentido, con el fin de preservar la confidencialidad de determinada información de la operación de concentración, la Administración debe requerir a las partes que estas indiquen qué información debe considerarse confidencial (art. 65.1 RDC). Una vez determinado ello, la Administración realiza una publicación del procedimiento de CPCE, con el fin de que cualquier persona física o jurídica que pudiera verse afectado por la operación en cuestión pueda presentar sus objeciones (art. 65.2 RDC).

b. Análisis y resolución

La Administración resolverá con cualquiera de las siguientes decisiones (art. 58.4 LDC española):

- (i) la autorización de la concentración;
- (ii) la subordinación de la autorización a determinados compromisos que deberán cumplir las partes;
- (iii) la prohibición de la concentración; o,
- (iv) el decreto del archivo de actuaciones.

Como se ha explicado, en una concentración económica sometida al CPCE, existe una prohibición de ejecución “hasta que exista una autorización expresa o tácita por parte de la administración (art. 9.2 LDC española⁵⁷). Por lo tanto, el efecto de una *autorización plena o sin condiciones* es, precisamente, la posibilidad de ejecutar la operación de concentración en todos los términos acordados por las partes.

Desde el punto de vista comunitario, la autorización sin condiciones declara que la operación de concentración *es compatible con el mercado y que no es susceptible de obstaculizar la competencia*. Ello se puede ver con mayor facilidad en el RCC, cuyo art. 8.1 expresa lo siguiente:

“Cuando la Comisión compruebe que una concentración notificada cumple el criterio establecido en el apartado 2 del artículo 2 y, en los casos contemplados en el apartado 4 del

⁵⁶ Como enseña Navarro Varona (2015d, p. 1179), las personas físicas y jurídicas que puedan resultar afectadas por la concentración deben solicitar tener la condición de interesados, y solo lo podrán hacer una vez iniciada la segunda fase del procedimiento.

Véase una crítica, sobre el diseño del sistema bifásico en el *Dictamen 2018*, por esta misma razón en Cap. III, parte. II.3, *infra*.

⁵⁷ Artículo 9.2 LDC española: “La concentración económica no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración en los términos previstos en el artículo 38, salvo en caso de levantamiento de la suspensión”.

artículo 2, los criterios establecidos en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado, adoptará una decisión que declare la concentración compatible con el mercado común”.

Por su parte, una *autorización subordinada a determinados compromisos o condiciones* implica para las partes la posibilidad de llevar a cabo la operación de concentración (esto es, de ejecutarla), bajo la condición de que cumplan una o más obligaciones determinadas por la Administración competente. Tales obligaciones han de estar dirigidas a remediar o paliar los efectos anticompetitivos que, de otra manera, acarrearía la ejecución de la concentración en sus términos originales. Por otro lado, el cumplimiento de estas obligaciones debe vigilarse por la autoridad administrativa que las ordena (así los dispone, en ese sentido, el art. 71 RDC⁵⁸). El incumplimiento de estas obligaciones acarrearía la imposición de multas sancionadoras, la adopción de medidas de ejecución forzosa y, en su caso, la disolución de la concentración que había sido autorizada (art. 41.2 LDC española)⁵⁹.

Por último, en el caso que *no se autorice la operación de concentración*, esta no ha de ser ejecutada y, por lo tanto, se tratará de un negocio ineficaz. La ejecución de una concentración no autorizada es considerada como infracción muy grave en el ordenamiento español (art. 62.4 LDC).

2.2.3.4. Naturaleza jurídica

a. *Del procedimiento del CPCE*

Sin duda alguna, un CPCE constituye un procedimiento administrativo que se enmarca en la actividad de policía de la Administración. Ello porque el CPCE, como herramienta de intervención pública, debe estar regulado en la ley, con el fin de que la actuación de la Administración y su resultado no sean contrarios al ordenamiento jurídico.

El *procedimiento administrativo* constituye el “cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin” (Abruña, 2017a). Tal figura se fundamenta en el hecho de que la Administración pública no puede actuar arbitrariamente: solo puede actuar de acuerdo a las facultades que le confiere la ley. Por esta razón, la formación de la voluntad de la Administración, a diferencia de lo que sucede con el

⁵⁸ Art. 71.1 RDC: De acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación llevará a cabo las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la mencionada Ley y en sus normas de desarrollo, así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma en materia de control de concentraciones (...)

⁵⁹ Según comenta Martín Pastor (2015c, p. 1011), los medios de ejecución forzosa en el ordenamiento español son el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria, la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas. En todo caso, estos medios han de emplearse respetando el principio de proporcionalidad.

acto jurídico privado, debe fundamentarse, con el fin de corroborar que la decisión corresponde con el ordenamiento jurídico. Así pues, el procedimiento administrativo constituye el conjunto de actos por el cual la Administración toma las decisiones, y se materializa en el acto administrativo correspondiente. En el caso de un CPCE, tal acto será una *autorización*.

Ahora bien, todo procedimiento administrativo cumple tres finalidades básicas (Sánchez, 2017):

- (i) *garantizar el acierto de la decisión*, con el fin de que se ajuste a derecho⁶⁰;
- (ii) *ser garantía para los administrados*, con el fin de que, a través de él, puedan defender sus derechos ante la Administración; y,
- (iii) *ser conexión entre la Administración y los administrados*, ya que permite la participación de estos últimos en el ejercicio de las funciones administrativas, la colaboración ciudadano-administración y una mayor transparencia en la administración pública.

El procedimiento del CPCE se identifica totalmente con las finalidades del procedimiento administrativo. En primer lugar, por el hecho de que la decisión se debe ajustar a derecho, además de ser acertada en términos económicos (para evitar distorsionar la competencia y proteger a los consumidores), términos políticos (no debe existir ningún tipo de influencia política en el CPCE) y técnicos (la manera de determinar qué operaciones son reguladas por CPCE, así como el procedimiento administrativo debe ser el más eficaz para proteger la competencia).

En segundo lugar, el CPCE constituye una garantía para proteger los derechos de las partes de la concentración, porque a través de él, las partes defienden su derecho de libertad de empresa (recogida en nuestra Constitución⁶¹) frente a la Administración.

⁶⁰ Sánchez (2017, p. 486) añade que la decisión de la Administración debe ser la más correcta en términos políticos, económicos o técnicos, en los casos en que se aplica la discrecionalidad de la Administración. De esta manera, se contribuye a racionalizar lo que se conoce como “el ejercicio de la función administrativa”. Ello, sin descuidar la simplificación del procedimiento administrativo para que sea más eficaz y rápido a la Administración en sus relaciones con los ciudadanos.

⁶¹ Art. 59 CP: El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

El CPCE también forma parte de la mayor transparencia de la Administración, puesto que esta controla concentraciones que pueden llegar a alarmar a la población y generar una preocupación en el bienestar de la sociedad, en especial de los consumidores.

En conclusión, el procedimiento a través del cual la Administración ejerce un CPCE tiene la naturaleza de un procedimiento administrativo. Las dos fases que comprende el mismo permiten a la Administración adoptar una determinada decisión reflejada en un acto administrativo (en el caso del CPCE, la eventual autorización).

b. De la resolución emitida por la autoridad administrativa

La Administración, a través del procedimiento administrativo, dicta sus actos. El acto administrativo se define como la *declaración de la Administración pública que produce efectos jurídicos, mediante el ejercicio de sus potestades administrativas* (Abruña, 2017b).

El primer requisito del acto administrativo es que *debe provenir de una Administración pública*. En efecto, solo ella puede dictar actos administrativos, entendida como *una organización del poder público que actúa con potestad administrativa*, puesto que tanto la Constitución como la ley le confieren ejercer potestades administrativas solo a organizaciones públicas con poder público (Abruña, 2010)⁶².

El segundo requisito es que dichos actos *deben producir efectos jurídicos*. Ello se explica en el hecho que, en la realidad jurídica, solo es relevante todo aquello que afecte de alguna forma a las situaciones (derechos, deberes, cargas, entre otros) de los sujetos de derecho reguladas por las diferentes instituciones. Finalmente, el último requisito es que se debe dictar dentro de las potestades administrativas que la norma le confiere. De esta forma, la Administración plasma su forma de actuar dentro del marco jurídico vigente (Abruña, 2017b).

Ahora bien, es tradicional sistematizar la actividad típica de la Administración pública distinguiéndose la actividad de fomento, de prestación de servicios públicos y la de policía. Para los fines de este trabajo, conviene resaltar la *actividad de policía*. Esta supone el ejercicio de *potestades de limitación de los derechos de los administrados, con el fin de garantizar el orden en la convivencia y satisfacer los intereses generales* (Wolter Kluvers, 2018).

Así pues, en el marco de la actividad de policía, debe ubicarse a la *autorización administrativa* como un tipo de acto administrativo. Como enseña Laguna de Paz (2006, p.

⁶² Abruña A. (2010). *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*. Lima: Palestra Editores, pp.67-69.

52), la *autorización* se define como el acto mediante el cual la Administración realiza un control preventivo, ajustándose a los principios de legalidad y oportunidad, sobre una actividad que es de libre iniciativa (autoridad de policía), sobre bienes de dominio público (autorización demanial) o de la propia competencia (autorización competencial).

La *autorización*, además, tiene determinados aspectos que la identifican como tal (Laguna de Paz, 2006):

- (i) la Administración realiza un *control previo* a la ejecución de las actividades privadas, es decir, es una técnica para fiscalizar la actividad privada;
- (ii) este control dicho control se da en razón de su *potencial (afectando a terceros o el interés general) o por la intensidad* del uso del mismo;
- (iii) hay una *preexistencia del derecho de la actividad a realizar*; y,
- (iv) es un *acto declarativo de derechos* que le confiere al administrado una *situación jurídicamente protegida*.

Dentro del marco de lo expuesto, puede afirmarse que el acto administrativo que emite la Administración a través del cual permite la ejecución de una operación de concentración, previo procedimiento de control previo (CPCE), es una *autorización administrativa*. En ese sentido, el CPCE sirve para controlar y prevenir aquellas concentraciones empresariales que, por sus características, pueden dañar el mercado por sus efectos anticompetitivos y, tal procedimiento tiene como corolario la emisión de una autorización por parte de la Administración, que permite la eficacia del negocio de concentración económica.

Y es que la autorización que emite la Administración se da a partir de un control *ex ante* de las operaciones de concentración que considere riesgosas para la competencia (si afecta a terceros o al interés general) sobre una actividad que es de libre iniciativa por las partes. Al tratarse del ejercicio del derecho de libertad de empresa y de autonomía privada, existe, por tanto, un derecho preexistente de los administrados. Ante ello, la Administración emite un *acto declarativo de derechos* que le confiere al administrado una *situación jurídicamente protegida*. Como todo acto administrativo, la autorización resultado de un CPCE es impugnabile por la vía judicial.

2.3. El art. 61 CP como justificación para la implementación de un CPCE en el Perú

El art. 61 CP, dice textualmente:

“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.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.”

Uno de los argumentos de quienes se oponen a implementar un CPCE es que el mandato constitucional en torno a la protección de la libre competencia por parte del Estado es claro: se prohíbe, únicamente, “toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”, lo cual ya estaría suficientemente amparado con las vigentes leyes de Derecho *antitrust*. Por el contrario, la CP no prohíbe que los mercados sean concentrados ni que las empresas lleguen a tener posición de dominio (se prohíbe el *abuso*), ya que ni en un caso ni en otro hay ilicitud (Quintana, Zúñiga y Granda, 2013). En ese contexto, se arguye que este mandato constitucional implica que el Estado no puede castigar la eficiencia de las empresas, aun cuando ello implique la adquisición del poder de mercado. Lo que en todo caso deberá hacer el Estado es evitar toda barrera u obstáculo que pueda impedir el ingreso de nuevos competidores en el mercado (Salinas, 2006).

Se cuestiona, en conclusión, que si, por un lado, la CP no castiga la posición de dominio *per se*, un mecanismo como el CPCE sí lo hace, bajo la premisa de que se trata de una situación que podría ocasionar efectos anticompetitivos. Así pues, un mecanismo así no se ajustaría al marco jurídico establecido constitucionalmente (Salinas, 2006).

En mi opinión, es cierto que la CP no castiga la sola posición de dominio, ya que se entiende que tal situación se puede alcanzar por razones de eficiencia (mejor calidad del producto, menor precio, entre otros), lo cual, sin duda alguna, resulta beneficioso para la sociedad⁶³. Sin embargo, es innegable que la posición de dominio no solo se puede obtener “ganando” en una competencia, sino también “eliminando” dicha competencia a través de la anexión o agrupación de competidores bajo un mismo centro de interés (político, jurídico o

⁶³ Salinas, 2016, p. 153.

económico). De este modo, la posición de dominio se consigue reduciendo el número de competidores y, por consecuencia, reduciendo también las posibilidades de elección de los consumidores en un determinado sector.

Y es que el mandato constitucional ordena “facilitar y vigilar” la libre competencia. Así pues, el deber de *facilitarla* impone, desde luego, evitar toda barrera u obstáculos para que nuevos competidores formen parte de un determinado mercado. Sin embargo, el Estado también debe *vigilar* la libre competencia, lo que ha de procurar que los consumidores tengan libertad de elección y, en ese contexto, que los precios se formen por acción de la ley de la oferta y la demanda y que, además, sea imposible que un agente económico decida su política industrial con total independencia de sus competidores y de los consumidores (Rojas, 2006 y García Pérez, 2002).

Como refiere Rojas (2006, pp. 44 y 45), el análisis de la competencia desde el art. 61 CP implica un mandato de actuación al Estado, con el fin de garantizar que este regula cómo es que actúan los agentes económicos para el mayor bienestar de la sociedad en su conjunto. De este modo, vigila y evita los excesos que las empresas puedan cometer bajo el pretexto de la libertad de empresa.

Si ese es el objetivo, se entiende razonablemente que el Estado no solo busque *sancionar* a los agentes económicos por una acción que viola la ley, ya que aquí solo estaremos frente a un control *ex post*. Por el contrario, con el fin de evitar posibles afectaciones a la libre competencia, es lógico que el Estado también prevenga acciones de los mismos agentes que puedan alterar negativamente al mercado, lo cual se realiza a través de controles previos o *ex ante*. Dado que no hay forma de saber a ciencia cierta las acciones que un sujeto va a realizar a futuro, el control del Estado debe recaer sobre cualquier *cambio radical* en la estructura del mercado que se origine por una concertación entre dos o más agentes económicos y por el que se obtenga mayores facilidades para comportarse anticompetitivamente⁶⁴.

Es en este contexto donde, al menos, puede defenderse la posibilidad de un CPCE y su plena *constitucionalidad*, en el sentido de que se tratará de un mecanismo compatible lo que ordena la CP.

⁶⁴ Explica Zúñiga (en Quintana, Zúñiga y Granda, 2013, p. 203) que el CPCE es “un control de estructura de mercado, no es un control de comportamiento de los competidores en el mercado”.

Capítulo 3

El control previo de concentraciones empresariales en el ordenamiento peruano: Razones y análisis para su incorporación

3.1. Sobre la necesidad de implementar un CPCE en el ordenamiento peruano

A diferencia de lo sucedido en otros ordenamientos, en la realidad jurídica peruana no ha habido grandes cambios a nivel legislativo respecto de las eventuales afectaciones a la libre competencia. Se ha conservado la tradicional regulación que sanciona las conductas anticompetitivas, en la medida en que estas se manifiesten en un abuso de posición de dominio o en prácticas colusorias que afecten al mercado.

Sin embargo, la idea de un CPCE ha venido rondando durante ya varios años en la doctrina, pese a su poca acogida en la legislación. Ya en 1999, se decía:

“Un fenómeno económico de nuestra época –de la mayor importancia–, lo constituye sin lugar a dudas, la modificación de la estructura de los mercados en muchos sectores económicos por causa de la concentración empresarial [...]. Previsto ya por el pensamiento de los economistas clásicos, nunca, sin embargo, tuvo las dimensiones actuales. La sociedad asiste a una era de fusiones” (Calvo y Goñi, 1999, p. 23).

La llamada de atención sobre esta realidad ha motivado al legislador a dar pequeños pasos hacia la implementación de herramientas de control de las concentraciones empresariales. Un primer paso relevante es la regulación antimonopólica en el ámbito de la electricidad, a través de la Ley del Sector Eléctrico y sus reglamentos (Decretos Supremos 017-98-ITINCI y 087-2002-EF)⁶⁵. No obstante, se viene discutiendo en los últimos años si conviene o no implementar este tipo de controles en ámbitos empresariales más generales, incluyendo sectores no necesariamente ultra regulados.

Evidentemente, en este debate puede distinguirse dos pareceres contrapuestos en la doctrina peruana. Por un lado, un sector autorizado ha dicho –y repetido en varias ocasiones– que resulta innecesario y hasta perjudicial para el mercado peruano la incorporación de un

⁶⁵ Zegarra (2015, p. 294) añade que, en el Perú, además de la regulación en el sector eléctrico, existe un control de los *medios de comunicación masiva* por disposición constitucional (art. 61, 2º párrafo CP: “no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”). En su opinión, esta norma implica una *prohibición de la existencia misma del supuesto*, finalidad que sólo puede alcanzarse con un efectivo control de concentraciones, aunque, como él mismo reconoce “[e]l problema es que no ha sido desarrollada legislativamente”.

mecanismo de control previo a las concentraciones empresariales (Bullard, Falla y Roldán, 2012). Por el otro lado, se encuentran aquellos que consideran útil y hasta necesario este tipo de mecanismo administrativo de control (Zúñiga, 2013; Quiroga y Rodríguez, 1997).

Para los fines de este trabajo, se irá analizando críticamente los motivos del debate, dividiendo dichos motivos en dos grupos: los referidos a la realidad económica y política y los referidos al marco jurídico peruano.

3.1.1. Motivos referidos a la realidad económica y política

3.1.1.1. La concentración económica: el caso de los mercados peruanos

El *índice de concentración de mercado* es una herramienta para medir las condiciones de competencia del mercado en su conjunto. Como enseña Quintana (2013, p. 24), se considera que el mercado es *menos competitivo cuanto mayor es el grado de concentración que representa y viceversa*.

En ese contexto, aunque los métodos para medir la concentración de mercado son diversos, el más empleado es el Índice Hirschmann-Herfindahl (IHH), que se basa en las participaciones de las empresas incluidas en un mercado relevante y que se representa a través de la sumatoria de los cuadrados de tales participaciones. De este modo, el valor del IHH y el nivel de competencia se plantea así (Quintana, 2013):

Índice IHH	Nivel de concentración del mercado
Menor de 1500	Desconcentrado
Entre 1500 y 2500	Moderadamente concentrado
Mayor a 2500	Altamente concentrado

Bajo este razonamiento, indica Quintana (2013, p. 24) que, si existieran 5 empresas en el mercado relevante con 20% de participación de mercado cada una, el IHH sería 2000 (5 veces 400^{66}). Así, este índice crece o se reduce en función del número de empresas y de la participación de cada una, de tal modo que, si fueran 10 empresas con 10%, el IHH sería de 1000. El caso extremo sería aquel en donde hay una sola empresa con participación de 100% y, por tanto, con un IHH de 10000.

⁶⁶ Si cada empresa tiene una participación de 20, el cuadrado de dicha participación es 400 ($20^2=400$). El IHH se obtiene sumando el resultado obtenido en cada empresa ($400+400+400+400+400=2000$).

Con base en lo anterior, considero que cualquier análisis sobre la necesidad de incorporar un CPCE al ordenamiento peruano debe partir primordialmente de su realidad. En ese sentido, puede desde ya lanzarse un dato indiscutible: existen varios sectores económicos en el mercado peruano *con un alto nivel de concentración*.

En este trabajo, se tomará como referencia la investigación de Durand (2017, p. 4)⁶⁷, para quien el mercado peruano se encuentra fuertemente concentrado en manos de unas pocas empresas (pertenecientes, en muchos casos, a conglomerados llamados grupos de poder económico). Estas empresas producen la mayor cantidad de bienes y servicios en sectores claves de la economía, incluidos los más importantes. Por lo tanto, en sus términos, “mientras más importante y rentable sea el sector, más concentrado tiende a estar y mayor preocupación pública genera o debería generar”.

Esta realidad genera importantes consecuencias (Durand, 2017):

- (i) la concentración económica impacta en toda la sociedad (empresarios, funcionarios, consumidores y proveedores) puesto que el poder se concentra en un grupo de personas; y,
- (ii) el hecho que exista un alto nivel de concentración y que el Estado no la regule, aumenta las posibilidades de un abuso de poder de mercado.

Así pues, la tendencia al crecimiento de la concentración económica año a año se explica, principalmente, porque no existen frenos que impidan su avance o, desde otro punto de vista, porque aún existen estímulos formales e informales que aceleran dicha tendencia (Durand, 2017).

Un claro ejemplo de lo que puede suceder en un mercado con alto nivel de concentración es lo que sucedió en el mercado de *telefonía móvil*. En el periodo 2002-2004, este mercado en el Perú se encontraba dividido entre cuatro empresas: Telefónica del Perú S.A.A., Bellsouth Perú S.A, TIM Perú S.A.C. y Nextel del Perú S.A. En ese contexto, Telefónica del Perú S.A.A. absorbió a Bellsouth Perú S.A., pasando a tener de 52% a 61% de

⁶⁷ Durand (2017, p. 15) refiere que su trabajo realiza comprobaciones empíricas de dominio de mercado, a partir de fuentes que provienen de las memorias anuales de las propias empresas, de encuestas a consumidores de bienes de consumo popular y, en algunos casos, de reportes de empresas internacionales clasificadoras de riesgo. Llama la atención, en todo caso, de que no existe un estudio actualizado y panorámico accesible al público sobre la concentración de mercado, algo que indica un problema, por cuanto hay una ausencia de mediciones sobre un *asunto de interés público*.

dominio de dicho mercado⁶⁸, subiendo el nivel de IHH de 3,718 a 4,913 (*altamente concentrado*) y dejando el mercado con solo tres empresas competidoras. Fue recién en el año 2014, con el ingreso al mercado de Vittel y Entel, que Telefónica del Perú comenzó a disminuir su dominio de mercado hasta los niveles que tenía antes de la compra de Bellsouth Perú S.A. Así, en el año 2015, llegó a tener el 51% de participación en el mercado (Osiptel, 2018b).

Aun con todo, el mercado de telefonía móvil mantiene un alto nivel de concentración, si se considera que las dos empresas líderes, Telefónica del Perú S.A.A. (Movistar) y América Móvil S.A. (Claro Perú) ostentan un 47.16% y un 32.22% de participación en dicho mercado. También dentro del rubro de las telecomunicaciones, puede indicarse que Telefónica del Perú S.A.A. conserva un porcentaje de participación de 75.81%, 77.99% y 72.08% en los mercados de *telefonía fija*, *internet fijo* y *televisión de paga*, respectivamente (Durand, 2017).

Otro sector del mercado cuya situación debe resaltarse es el de *transporte aéreo*, cuyo alto nivel de concentración queda demostrado con el 61.60% de participación de Lan Perú S.A. (LATAM Airlines) frente a un 12.30% de Peruvian Air Line S.A. (Peruvian Airlines) [Durand, 2017].

Y junto con los anteriores, puede mencionarse diferentes mercados en donde la empresa líder ostenta un porcentaje de participación mayor al 60%⁶⁹.

También puede describirse la situación de algunos mercados en donde el nivel de concentración viene definido a partir del *dominio de las dos empresas líderes*. Así, en el mercado de *cervezas*, Ab InBev (Backus) ostenta el 64% de participación en el mercado solo con las marcas *Pilsen Callao* y *Cristal*, mientras que AmBev Perú ostenta un 24% del mismo mercado (Durand, 2017). Cabría cuestionarse si acaso una operación de concentración empresarial entre ambas entidades no supondría una afectación tal de la estructura de mercado que podría alterar la libre competencia que se busca preservar.

En el sector de *supermercados*, Cencosud Retail Perú S.A. (Metro, Wong) tiene el 38% de participación del mercado, mientras que Supermercados Peruanos S.A. (Plaza Veá, Vivanda) tiene el 35%. Situación similar es la que acontece en el sector de *tiendas por departamento o retail*, donde Saga Falabella es la empresa que lidera la participación con un

⁶⁸ Aunque en algunos medios de comunicación se informaba del dominio del 74% del mercado peruano de móviles (Diario El País, 2004).

⁶⁹ Por ejemplo, Alicorp S.A. (Grupo Romero) tiene el 79.10% de participación en el mercado de *cereales*, el 65.70% en el mercado de *margarinas domésticas*, el 95.20% en el mercado de *mayonesas*, el 99% en el mercado de *picantes*, entre otros. Por su parte, Gloria (Grupo Rodríguez) tiene el 84.80% de participación en el mercado de *leche evaporada*, el 76.80% en el mercado de *leche pasteurizada* y el 81.90% en el mercado de *yogurt*. Finalmente cabe resaltar que, en el mercado de *bebidas gaseosas*, la Corporación Lindley (Coca Cola, Inka Kola) tiene el 67.90 % de participación (Durand, 2017).

46%, seguido por Tiendas Ripley con un 42% (Durand, 2017). Nuevamente vale resaltar que, en caso de una operación de concentración económica entre ambas empresas, se obtendría un 88% del dominio del mercado.

En el sector de *agua embotellada*, la Corporación Lindley/Arca tiene un dominio de mercado del 45%, mientras que Ajeper S.A./Añaños AJE tiene una participación del 42% (Durand, 2017).

Por último, vale hacer mención del sector *farmacéutico*, donde tuvo bastante controversia la compra del grupo Quilcorp (*Mifarma*) por parte del grupo Incorp (*Inkafarma*). Y es que el segundo grupo poseía el 52.80% de poder de mercado y, con la compra de Quilcorp, que poseía el 36% de dominio (Durand, 2017), ha conseguido un poder casi total del mercado, con un porcentaje total 86,80%. Esta situación, según se especula, puede dar lugar a un aumento de precios en los medicamentos, siendo los principales perjudicados los consumidores, más aun tratándose del sector salud⁷⁰.

Esta breve pero significativa enumeración demuestra que los altos índices de concentración en varios sectores del mercado peruano han de llamar la atención sobre los eventuales riesgos a la libre competencia, si dos o más empresas con una participación importante en el mercado decidieran acordar una operación de concentración económica.

En todo caso, vale considerar las recomendaciones de Osiptel (2018b), para quien una eventual regulación del CPCE en el Perú requiere acotar su ámbito de aplicación a ciertos sectores que podrían generar un impacto mayor sobre el consumidor, la economía y el procedimiento competitivo. Así, dentro de ese ámbito podría incluirse los sectores de telecomunicaciones, energía, hidrocarburos, *retail* y de consumo masivo. Por el contrario, no cabría incluirse al sector minero, por ser netamente exportador, en la medida en que la formación de los precios de dicho mercado obedece a las fuerzas de oferta y demanda, a partir de las cuales se establecen precios de referencia internacionales. Del mismo modo, la probabilidad de que se impacte el mercado local es reducida, ya que los productos se dirigirían a mercados externos.

3.1.1.2. El CPCE y los fines políticos

Sin duda alguna, la entidad administrativa llamada a aplicar un CPCE en la regulación peruana es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección

⁷⁰ Véase *Caso Inkafarma ¿de qué trata la compra de farmacias y cómo afectaría al ciudadano?* (30 de enero de 2018). Recuperado de <https://goo.gl/BmwQ5V>.

(INDECOPI)⁷¹, dada su función de *defender la libre y real competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva*. (art. 2.2 b) del ROF del INDECOPI).

Sin embargo, la doctrina ha cuestionado si INDECOPI está preparado para asumir la tarea de aplicar correctamente un CPCE, de modo que no solo proteja el mercado, sino, además, la iniciativa y autonomía privada cuando dos o más empresas quieran integrarse.

Para algunos autores, la respuesta es negativa. Se argumenta que, si bien el Derecho *antitrust* nace con la *Sherman Act* y, en ese sentido, tenía como finalidad la defensa de la democracia (esto es, un *fin eminentemente político*), hoy en día, el fin del Derecho de la competencia ha pasado a ser exclusivamente la *eficiencia económica* del mercado. En ese sentido, se argumenta que la implementación de un CPCE puede terminar siendo un instrumento de control político de las empresas, en vez de servir para proteger al mercado, más aún, tratándose de una realidad como la peruana en la que existe una institucionalidad débil (Diez Canseco, Falla, Quintana y Távara 2012).

Como se aprecia, la crítica tiene como base la posibilidad de que una institución pública puede sucumbir ante la corrupción y los intereses económicos de particulares, adoptando decisiones que nieguen los objetivos del CPCE y, sobre todo, nieguen los objetivos primordiales del Derecho de competencia. En este contexto, los países que más sufren con presiones de grupo y corrupción son aquellos que tienen una institucionalidad débil.

En los términos de Kovacic (1998):

“Una revisión de la experiencia del control de fusiones en economías en transición es que las nuevas agencias carecen de institucionalidad para hacer juicios firmes, sucumbiendo a presiones políticas que contradicen los objetivos de eficiencia y, entonces estarán propensas a cometer errores que retardarán el crecimiento y desarrollo del sector privado.

Los programas de fusiones de pre notificación de fusiones y mecanismo de autorización podrían entregar tentadoras invitaciones para la corrupción en países con una larga historia de coimas y mala conducta en aplicación de las leyes regulatorias. En la ausencia

⁷¹ De hecho, así ha sido considerado en el art. 7 del *Dictamen*, el cual señala: “*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 a lo dispuesto por la presente ley, las competencias señaladas por la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI y la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*”.

Sin embargo, vale hacer mención a lo señalado por Osiptel (2018b), para quien es esta misma entidad administrativa la más idónea para ser prevista como el órgano competente de la aplicación del CPCE en el sector telecomunicaciones. La razón principal de esta propuesta consiste en el trato diario de esta entidad con las particularidades del sector y su dinamismo, así como su manejo de la información.

de episodios de corrupción, procesos pobremente diseñados para la revisión de transacciones pueden imponer costos sustanciales a las empresas sin la correspondiente mejora en la competencia”⁷².

Bajo este razonamiento, se duda que una entidad como INDECOPI tenga la institucionalidad suficiente para evitar la corrupción y las eventuales presiones políticas, si le es asignada la potestad de aplicar un mecanismo como el CPCE en el país (Bullard, Falla y Roldán 2012)⁷³. Tal crítica se basa, por ejemplo, en el modo en que se eligen a las autoridades del INDECOPI. Así pues, por ejemplo, la designación del Presidente del Consejo Directivo del INDECOPI se hace a través de nombramiento directo de la Presidencia del Consejo de Ministros (art. 4 del ROF del INDECOPI), y no a través de un concurso público (Diez Canseco, Falla, Quintana y Távora, 2012)⁷⁴.

En mi opinión, la realidad misma hace decaer la crítica. Es indudable que, en la actualidad, INDECOPI es una de las instituciones públicas de mayor reputación en el país, por la independencia de sus órganos resolutivos y por la credibilidad en sus análisis económicos.

Como muestra, pueden citarse las palabras de la propia OCDE con respecto al INDECOPI y su prestigio en el análisis económico:

“La buena reputación del Indecopi por sus sólidos análisis económicos le ha permitido influir también en otros ámbitos. Por ejemplo, las partes que impugnaron la directiva del Ministerio de Transportes por concentración de precios en el sector de transporte por carretera no solo presentaron demanda ante la Comisión de Acceso al Mercado, sino que solicitaron al Tribunal Constitucional que declarase que la acción del Ministerio vulneraba la obligación del Estado de facilitar la libre competencia. Al fallar a favor de los demandantes, el Tribunal se apoyó en gran medida en el análisis de la Comisión de Acceso al Mercado sobre el impacto y la justificación del requisito de fijación del precio” (OCDE, 2007a).

⁷² Citado por Bullard, Falla y Roldán 2012, p. 14.

⁷³ Al respecto, Eduardo Quintana, en una entrevista al Diario Gestión (edición del 6 de marzo de 2018) señala lo siguiente: *“Con todo respeto a los profesionales del Indecopi, pero su institucionalidad es débil, en el sentido en cómo se eligen a los funcionarios que decidan las fusiones. Esta situación podría generar una politización del sistema, lo que sería grave”*.

⁷⁴ Por otro lado, Bullard, Falla y Roldán (2012, p. 14) argumentan que la legislación que implementó un CPCE en el sector eléctrico se aprobó con una finalidad clara: evitar la inversión extranjera (chilena) en el país. Tal conclusión se obtuvo, según sostienen, a partir de una respuesta de los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas a un cuestionamiento a la base técnica de la decisión de implementar dicha legislación.

Se trata de una reputación que no solo se reconoce a nivel público, sino también a nivel privado. Así pues, son los propios empresarios los que se han referido a INDECOPI como “*una de las instituciones públicas más eficaces en la defensa de la libre competencia*”. Asimismo, también se ha dicho de él que se trata de una “*institución predecible, moderna y poco burocrática*”. Y, finalmente –y, probablemente, en sentido opuesto a la crítica aludida–, se ha dicho que INDECOPI “*ha alcanzado un nivel de institucionalidad importante en comparación con otras entidades públicas ya que su particularidad radica en que influye directamente en la actividad privada y la economía nacional*” (INDECOPI, 2015)⁷⁵.

Se puede entender, razonablemente, que tal credibilidad en el INDECOPI no es gratis. Se basa en la independencia de sus órganos resolutivos para adoptar sus decisiones y, por ende, en la separación entre estos y los órganos de gobierno. En todo caso, la crítica en la forma de elección de los directivos de INDECOPI es aceptable como una sugerencia para fortalecer dicha independencia, a lo cual se podría aunar la adopción de mecanismos para garantizar principios de transparencia y rendición de cuentas (Diez Canseco, Falla, Quintana y Távara, 2012). No obstante, no resulta suficiente para rebatir la sólida reputación del INDECOPI en la resolución de sus casos.

Aun con todo, si se pusiera en discusión la institucionalidad de INDECOPI para implementar el CPCE en el ordenamiento peruano, la solución, a mi juicio, no pasa por evitar dicha herramienta jurídica, sino en brindar al INDECOPI los recursos necesarios para mejorar su diseño y mantener su independencia. De ese modo, se asegura la aplicación razonable del CPCE, sin la injerencia de un fin que no sea el de maximizar la eficiencia económica en el mercado.

3.1.1.3. El CPCE, ¿un desincentivo para la inversión privada?

También se ha cuestionado la incorporación, al ordenamiento, del CPCE, bajo el argumento de que ello frenaría la inversión privada en el país, dados los costos que un CPCE traería a las empresas en materia de dinero y de tiempo⁷⁶. En contraste, se pregunta: si en los últimos 20 años, el proceso de crecimiento económico en el Perú ha sido continuo sin el CPCE, ¿por qué utilizarlo ahora? (Diez Canseco, Falla, Quintana y Távara, 2012)

⁷⁵ Cita a la XI Encuesta Anual de Gerentes Generales elaborada por IPSOS Perú y publicado por la Revista Semana Económica. La referencia a INDECOPI se puede ver en <https://goo.gl/ZUJPuk>

⁷⁶ Se toma como ejemplo el caso de Argentina, en donde el proceso de control dura 1 o 2 años y donde los criterios para autorizar o no una fusión son cuestionables por su falta de técnica y su influencia política (Diez Canseco, Falla, Quintana y Távara, 2012).

Frente a esta postura, comparto aquella opinión según la cual el efecto de incorporar un CPCE es precisamente el contrario: establecer una regulación en el que los agentes económicos confíen en que el Estado estará en vigilancia constante para proteger la competencia efectiva atraerá mayores inversiones privadas. Ello porque resulta más atractivo actuar en un mercado en el que se sabe que habrá reacción frente a cualquier operación que ponga en riesgos grave la competencia y en el que, por el contrario, aquel que actúe dentro de la normativa, no afrontará inconveniente alguno (Pérez, 2016). En otras palabras, lo que mínimamente se busca de un mercado para entrar en él es que exista seguridad jurídica para los futuros inversionistas y empresarios⁷⁷.

En ese sentido, son ilustrativos los resultados de un estudio realizado por Bris y Cabolis (2002), en torno a las variaciones del índice de concentraciones empresariales en países que aprobaron sistemas de control⁷⁸. Estos resultados se aprecian en el siguiente cuadro:

<i>País/Año de la Ley</i>	<i>Antes de la Ley (Promedio al año de operaciones de concentración)</i>	<i>Después de la Ley (Promedio al año de operaciones de concentración)</i>	<i>Producto Nacional Bruto per cápita</i>
<i>Austria/1988</i>	1.00	6.00	23 390
<i>Bélgica/1991</i>	7.14	18.70	23 250
<i>Brasil/1994</i>	2.43	35.17	2 850
<i>Bulgaria/1998</i>	0.17	2.33	1 790
<i>Canadá/1985</i>	1.33	275.96	22 300
<i>Croacia/1995</i>	1.00	1.17	4 640
<i>Dinamarca/1997</i>	8.58	32.75	30 290
<i>Finlandia/1992</i>	3.14	29.11	23 510
<i>Francia/1986</i>	0.50	88.60	22 010
<i>Hungría/1996</i>	1.14	7.13	5 280
<i>Italia/1990</i>	11.80	47.55	18 960
<i>México/1993</i>	3.00	21.38	5 910
<i>Holanda/1997</i>	22.77	69.00	23 960
<i>Noruega/1993</i>	8.57	33.88	37 850
<i>Polonia/1990</i>	1.00	15.70	4 570

⁷⁷ Señala Arbulú (2008, p. 149) que un CPCE “otorgaría la seguridad de mantener la libre competencia evitando o reduciendo considerablemente los riesgos de una posición de dominio, la cual puede llevar a un intento denodado de controlar de manera total el mercado a costa de la competencia leal”.

⁷⁸ El cuadro que se expone es la versión empleada por Arbulú, 2008, p. 153.

<i>Portugal/1993</i>	2.57	9.63	10 840
<i>Rumania/1996</i>	1.00	3.80	1 850
<i>Sudáfrica/1998</i>	26.13	80.00	2 600
<i>España/1989</i>	8.25	41.17	14 430
<i>Suecia/1993</i>	14.67	63.25	24 820
<i>Suiza/1996</i>	7.69	26.60	37 930
<i>Turquía/1994</i>	1.17	3.71	2 500
<i>Venezuela/1992</i>	0.67	5.67	4 090
Promedio	8.50	50.32	14 740

Este cuadro permite sustentar que, al año 2002, el número de concentraciones y fusiones al año se incrementó en aquellos sistemas jurídicos que implementaron controles previos. Ello se explica en el hecho de que la existencia de reglas que garantizan una competencia efectiva incentiva la inversión privada, ya que, como explica Arbulú (2008, p. 154), “había una seguridad por parte de los inversionistas de que su iniciativa, la cual implicaba mucho esfuerzo y riesgo, no se iba a ver afectada de manera arbitraria por alguno o algunos de sus competidores”.

De modo gráfico puede decirse que la confianza para entrar a formar parte de una competencia es que las reglas del juego estén lo suficientemente claras, con el fin de que el mayor beneficiado lo sea en mérito a sus esfuerzos y no a costa de los demás (Pérez, 2016). Aplicado al mercado este razonamiento, un CPCE no frena el progreso ni el desarrollo industrial. Por el contrario, estimula la producción y las posibilidades de exportación, ya que se protege el proceso interno de competencia (Pachas, 2005).

Por otro lado, al ser el CPCE el modo de defensa de la competencia más empleado a nivel mundial, si lo que se busca es impulsar la competencia internacional del mercado peruano, resultará necesario adecuarse a dicha realidad internacional. Una adecuación que debe ser progresiva y que, como punto de partida, requiere de una base jurídica y legislativa firme (Arbulú, 2008).

3.1.1.4. Los costos de transacción

También se dice que la implementación de un CPCE supondría, para las empresas, una elevación en los costos de transacción, ya que deberán enfocar sus recursos para poder alcanzar la autorización de INDECOPI con el fin de llevar a cabo su operación de integración (Bullard, Falla y Roldán, 2012). Por otro lado, los costos también se elevarían en el ámbito

estatal, ya que INDECOPI requerirá de personal capacitado y la infraestructura adecuada para desarrollar su trabajo. Ello principalmente porque el análisis necesario para llevar a cabo un CPCE requiere de investigación de mercados, gastos de la administración pública, entre otros aspectos. Y todo ello sin considerar el tiempo empleado para resolver, ya que, en el sector eléctrico, INDECOPI suele demorar un aproximado de 5 meses para resolver una solicitud de autorización de concentración (Salinas, 2006).

En mi opinión, se trata de un argumento discutible. En cuanto al ámbito privado, es innegable que cuando dos o más empresas deciden llevar a cabo una fusión o alguna otra operación de concentración económica, han recopilado la información necesaria para determinar, con el menor margen de error posible, si tal operación será exitosa o no económicamente. En este contexto, ¿es admisible decir que un CPCE eleva sustancialmente los costos de transacción de las empresas por el hecho de emplear recursos para enviar la información pertinente que sustente la solicitud, si se entiende que tal información ya obra en manos de las propias interesadas al momento de negociar su integración? ¿No hay sectores especialmente regulados (banca, financiero, bursátil, etc.) donde la demanda de información por parte del Estado es constante? Y es que debe tomarse en cuenta, nuevamente, que la aplicación de un CPCE está dirigido a empresas de gran envergadura en un determinado sector del mercado, respecto de las cuales no parece razonable predicar una situación gravosa que justifique hablar de un incremento considerable de costos de transacción.

Por otro lado, debe entenderse que los pagos realizados al Estado para que este analice y decida sobre la autorización de una operación de concentración son, esencialmente, *tasas*. Esto es, un tributo que se paga a cambio de la prestación de un servicio público por parte del Estado, individualizado en el contribuyente y, como lo establece la propia ley, el rendimiento de dicho tributo no debe tener un destino ajeno al de *cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación* (art. II TP CT). La medida de este tipo de tasas, claro está, habrá de estar correctamente establecida en la ley correspondiente⁷⁹.

Con relación al sector público, recae una labor importante en el legislador, quien deberá determinar muy cuidadosamente los umbrales de cuotas de mercado que se establezcan para activar el CPCE. Así pues, si los límites para emplear este mecanismo son

⁷⁹ El art. 14.2 del *Dictamen* propone que “[e]l procedimiento de CPCE está sujeto al pago de una tasa administrativa cuyo valor *no excede de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias*. La tasa administrativa para la presentación de la solicitud de autorización equivale a veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias. En el caso que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia decida se proceda con la segunda fase procedimental, la tasa administrativa por el inicio de esta fase procedimental equivale a treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias” (énfasis añadido).

muy bajos, los costos de implementación serán muy elevados. Por el contrario, si tales límites son altos, ninguna o pocas concentraciones se someterán al CPCE (Pérez, 2016)⁸⁰.

Por este motivo, la solución ante el problema de los costos para el Estado es la creación de un sistema de CPCE que tenga especial consideración en determinar cuáles son los límites de las cuotas de mercado o monto de operaciones dentro de los cuales debe someterse una operación al análisis correspondiente. Tales límites han de adaptarse a la realidad, a las necesidades de la economía peruana, pero también a la propia capacidad estatal (Olivos, 2012).

3.1.2. Motivos referidos al marco jurídico peruano

3.1.2.1. Las eficiencias económicas de las concentraciones empresariales versus la afectación a la libre competencia

En teoría, las concentraciones empresariales resultan positivas para las empresas y para el mercado, dada la economía a escala y las eficiencias económicas que ella supone. Se trata de una realidad innegable *a priori*.

Precisamente con base en lo anterior, se critica la necesidad de un CPCE con el fin de controlar este tipo de operaciones que, como se aprecia, puede originar importantes beneficios al mercado. Para los críticos, es una regla general el que las concentraciones son *pro* competitivas o, en todo caso, neutras con relación a su incidencia en el mercado⁸¹. Por lo tanto, incorporar un CPCE al ordenamiento emitiría como mensaje que las concentraciones son, por sí mismas, perniciosas para el mercado (Diez Canseco, Falla, Quintana y Távara, 2012).

Con esta idea, si la regla general, según los críticos, es que las concentraciones empresariales son positivas para el mercado, no tendría sustento alguno el abogar por un CPCE, ya que las eventuales prácticas anticompetitivas que se puedan realizar luego en los mercados concentrados serán castigadas por los controles *ex post*, determinados en la legislación *antitrust* peruana [LRCA] (Bullard, Falla y Roldán 2012).

⁸⁰ En ese mismo sentido, Arbulú, 2008, p. 156 señala: “[L]os límites objetivos o “umbrales” [...] deben calcularse con mucho cuidado, pues el que estos sean muy altos o excesivamente bajos puede originar que no se controle algunos procesos de riesgo y que se sometan al mismo proceso para nada atentatorios de la competencia”.

⁸¹ De hecho, se dice, los casos en los que las consecuencias de una concentración son negativas para el mercado, sobrepasando los beneficios de eficiencia económica, constituyen una cantidad residual (Diez Canseco, Falla, Quintana y Távara, 2012).

En mi opinión, es innegable que las concentraciones empresariales pueden resultar beneficiosas para el mercado y, de hecho, muy probablemente sea lo más frecuente. Sin embargo, lo que tampoco se puede negar es que una integración entre dos o más empresas, dentro de unas circunstancias determinadas y precisas (sector del mercado, poder económico de cada una, etc.), bien puede modificar sustancialmente la estructura del mercado de tal forma que la empresa resultado de la concentración termine por obtener una capacidad de actuación tal que pueda desenvolverse con total independencia de sus competidores y de sus consumidores (Quintana, Zúñiga y Granda, 2013, p. 207).

Esta afectación a la estructura se verifica a partir de un simple dato: la integración de dos o más empresas y el consecuente aumento en el poder de mercado implica una reducción en el número de competidores y, por ende, de la competencia. Si en este escenario surge un monopolio, existe toda posibilidad de que la empresa concentrada tenga una posición tal que pueda reducir su producción y aumentar el precio por encima de los competitivos (Quiroga y Rodríguez, 1997). Y si la estructura del mercado se torna oligopólica, se abre opción a que las empresas con poder de mercado coordinen comportamientos que constituyan prácticas colusorias.

No se puede discutir que la concentración empresarial constituye una restricción de la competencia. Ello porque se reduce el número de operadores económicos en el mercado y, por consecuencia, permite la creación o el reforzamiento de posiciones de dominio, generando un claro riesgo: el abuso de dicha posición (Calvo y Goñi, 1999). Sin embargo, un CPCE no evita *cualquier restricción a la competencia*, sino únicamente aquellas que cumplan con una cualidad determinada.

La idea, con un CPCE, es evitar que, por una acción concertada (un negocio jurídico, más precisamente) y no como consecuencia del normal desenvolvimiento del mercado, un sujeto adquiera un poder que, tendencialmente, le brinde todas las facilidades para comportarse anticompetitivamente. En ese sentido, no es que la CPCE castigue la posición de dominio en sí, sino que procura evitar que, alcanzándose dicha posición por un convenio entre agentes económicos, exista plena potencia para alterar sustancialmente la competencia.

Por otro lado, cuando los críticos del CPCE indican que las eventuales prácticas anticompetitivas que se puedan realizar luego en los mercados concentrados serán castigadas por los controles *ex post* (léase, nuestra LRCA), no notan un eventual efecto de las concentraciones que, pese a suceder con posterioridad y afectar indudablemente a la competencia, no puede ser reprimido con nuestra normativa. Me refiero a la *colusión tácita*.

Una concentración empresarial puede generar una colusión tácita. Esta consiste en que las empresas competidoras imitan el mismo comportamiento de la empresa líder en el mercado: suben los precios si esta los sube, y los bajan si esta lo hace. De ese modo, se mantiene un comportamiento uniforme, evitándose así la competencia (Quiroga y Rodríguez, 1997). La colusión tácita nos deja en el escenario en que los competidores pueden coordinar su comportamiento *sin necesidad de ponerse de acuerdo explícitamente*, bastando solo observar cómo actúa el rival en el mercado para definir las propias decisiones comerciales en función del comportamiento esperado del competidor (Quintana, Zúñiga y Granda, 2013, p. 202).

Así pues, la LRCA sanciona, como conducta anticompetitiva, *acuerdos o prácticas concertadas*, lo cual requiere, sin duda alguna, manifestaciones de voluntad por parte de los agentes económicos involucrados (art. 11 LRCA). Por el contrario, en una *colusión tácita*, no existe un *acuerdo* como tal y, por ende, no podría ser sancionado bajo nuestra normativa. De esta forma, la incorporación de un CPCE evitará que la estructura de mercado permita que los competidores se comporten de esa manera (Quintana, Zúñiga y Granda, 2013, p. 202).

Ahora bien, debe resaltarse que un CPCE constituye un *remedio excepcional* y aplicable a un *ámbito muy restringido*⁸². Dicho ámbito, evidentemente, dependerá de las características de un sector del mercado y los potenciales efectos que una concentración puede conllevar. En ese sentido, los efectos de una concentración serán negativos solo si la operación en cuestión se realiza dentro de un mercado relativamente concentrado, esto es, en donde existan pocas empresas que compitan entre sí y donde, además, cada una de ellas tenga un poder de mercado significativo (Quiroga y Rodríguez, 1997). Sin duda alguna, este no es el escenario en la mayoría de sectores, aunque sí el de mercados de significativa importancia.

Por el contrario, si se tratase de un mercado en el que existe un alto número de competidores con porciones relativamente pequeñas en el mercado, una concentración no generaría inconveniente alguno. Ello porque la unión de dos empresas pequeñas no produciría una posición de dominio en el mercado. Además, la disminución del número de competidores no tendría efecto alguno respecto de la posibilidad de lograr una coordinación de comportamientos. Por ello, la competencia, no se vería perjudicada (Quiroga y Rodríguez, 1997).

Por ejemplo, si existen 120 tiendas de zapatos de cuero compitiendo en el mercado de Lima, y la porción de mercado de cada una varía entre 0.5% y el 5%, no afectaría

⁸² Como indica Arbulú (2008, p. 156), “no se busca que todos los intentos de fusiones pasen por un control previo, sino solamente aquellos que tienen gran potencialidad de afectación significativa de la competencia”.

significativamente a la competencia el hecho que dos o tres empresas se fusionen. Aquí sí puede afirmarse, sin lugar a dudas, que una concentración puede generar múltiples beneficios a la eficiencia del mercado, tal y como se ha explicado en líneas anteriores (Quiroga y Rodríguez, 1997).

No se niega, por tanto, la generación de eficiencias en una concentración empresarial) y, por tanto, no se sostiene que las concentraciones empresariales son malas *per se*. El *quid* del asunto está en determinar si tales eficiencias son mayores o menores que los eventuales efectos negativos a la estructura de un sector del mercado. Esta es la base para resolver si es conveniente aprobar una concentración sin condiciones (en caso que las eficiencias sean superiores a los efectos perjudiciales), aprobarlas con condiciones o rechazarlas (en caso que las eficiencias sean inferiores a los efectos perjudiciales).

Granda (2012) señaló acerca del análisis sobre las eficiencias y los efectos perjudiciales de las concentraciones:

“La autoridad de competencia, en determinados casos, tendrá que evaluar las eficiencias; y no es una prerrogativa, es una obligación de la autoridad de competencia evaluar estas eficiencias. Es decir, podrá haber un altísimo grado de concentración en el mercado en un determinado sector de la economía, pero bajo la evaluación de las eficiencias –aquello que se le llama generación de beneficios– tanto en materia productiva, distributiva, o en materia dinámica (la eficiencia dinámica en materia de innovación, por ejemplo) hay una materia sobre la que la autoridad de competencia tiene que hablar necesariamente. Es así que siendo un mercado concentrado se tendría o se podría autorizar la operación de concentración.

Entonces, resolvemos un punto muy importante para la empresa, porque a la empresa no se la puede condenar por un avance importante en su propio desarrollo en el proceso competitivo, en aquellos beneficios que producen precisamente las empresas, porque son dos partes que se están concentrando, que permite que el consumidor, el usuario y, finalmente, la economía se pueda beneficiar. Lo más importante creo yo es la determinación del diseño del control de concentraciones”⁸³.

El punto central de los autores que defienden la implementación de un CPCE, es determinar cuál es balance entre los efectos positivos y negativos de una concentración sobre el mercado. Renunciar a analizar estos efectos es aplicar tácitamente una regla por la cual todas las concentraciones son positivas. La realidad es que tal conclusión solo puede

⁸³ En Quintana, Zúñiga y Granda, 2013, p. 207.

obtenerse a partir de un razonamiento caso por caso, aplicable –como se ha dicho– como excepción y a ámbitos restringidos.

3.1.2.2. *El CPCE como complemento de los controles ex post*

Dependiendo de la política de cada país, se pueden distinguir dos tipos de control con relación a la protección de la libre competencia. En primer lugar, los controles *ex ante*, los cuales previenen daños futuros al mercado, sujetando un acto determinado a una evaluación previa. Y, por otro lado, tenemos a los controles *ex post*, en el cual la actividad económica se desarrolla con total libertad, sujetándose la conducta a sanciones administrativas o penales, si constituyen una infracción a la regulación correspondiente (Bullard, Falla y Roldán 2012). En el país se encuentra vigente, a nivel general, el control *ex post*, a través de las sanciones que impone la LRCA, y a nivel particular, en el sector eléctrico, ambos tipos de control (Ley 26876).

El CPCE, evidentemente, es una herramienta de control *ex ante*, porque sujeta la operación de concentración empresarial a ciertos requisitos (umbrales) y al análisis de un órgano público que determinará si aquella afecta o no negativamente al mercado.

Algunos críticos a la implementación del CPCE en el país sostienen su postura en que el control *ex post* vigente en nuestro país a nivel general constituye una herramienta suficiente para evitar las prácticas abusivas de aquellas empresas que ostentan la posición de dominio en un mercado (Salinas, 2006). En consecuencia, un CPCE sería innecesario.

El *quid* de esta crítica, a mi entender, es que se asume que lo único que debe buscarse en el ordenamiento peruano es disuadir las prácticas anticompetitivas de las empresas, a través de sanciones o cargas impuestas *a posteriori*, esto es, una vez que la conducta en cuestión ya se ha desarrollado en la realidad (Salinas, 2006). Bajo esta premisa, no se entiende la necesidad de implementar un CPCE si tal objetivo ya se cumple a través de los controles *ex ante* regulados en la LRCA⁸⁴.

Lo cierto, sin embargo, es que el CPCE constituye un *verdadero complemento* de los controles *ex post* con el objetivo de asegurar los fines del Derecho de la competencia peruano. Por un lado, porque el CPCE tiene un fin inmediato distinto al control *ex post*. Este último busca castigar conductas anticompetitivas de las empresas. El primero, por su parte, es conservar una estructura de mercado en el que se conserve la competencia efectiva entre las

⁸⁴ Además, suele criticarse el hecho de que un control *ex post* solo se activa cuando el órgano competente encuentra indicios suficientes para determinar la existencia de una práctica anticompetitiva. En cambio, el control *ex ante* implica investigar *todas las operaciones de concentración relevante*, lo cual implica un mayor tiempo de análisis (Salinas, 2006).

empresas⁸⁵. No es, por tanto, una “sanción previa” o “sanción sin infracción”, como algún autor lo ha planteado⁸⁶.

Por otro lado, la CPCE es una herramienta que permite preservar los fines del Derecho de la competencia peruano a plenitud. Como se dijo, el art. 1 LRCD prevé, como finalidad de la ley, “*la protección del proceso competitivo*”. En ese sentido, el art. 1 LRCA establece, como finalidad de la ley, la de “*promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores*” y, por otro lado, la legislación atribuye al INDECOPI el deber de “*defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva*” (art. 2.2 b) ROF del INDECOPI).

Como se aprecia, *no es* finalidad del Derecho de la competencia en nuestro país *la de sancionar conductas anticompetitivas, sino preservar la competencia efectiva*. Por tanto, si tal es la finalidad, puede concluirse que aquella puede preservarse no solo “sancionando” conductas, sino “evitando” que el mercado sufra una distorsión radical tal (a través de un acuerdo entre empresas, *a priori*, competidoras) que no sea dable la existencia de una competencia efectiva ni, por tanto, la eficiencia económica.

De esta manera, teniendo el Estado el deber de proteger la competencia efectiva en un mercado y la potestad de sancionar conductas anticompetitivas para disuadirlas a futuro, ¿no es conveniente, en torno al referido deber, incorporar un medio que no solo “reaccione”, sino que “prevenga” eventuales infracciones al Derecho de la competencia? Aquí radica la complementariedad del control *ex ante* con relación al control *ex post* y, por ende, la conveniencia de incorporar un CPCE a nuestro ordenamiento.

3.1.2.3. ¿Es el CPCE un “acto de adivinación”?

Dado el carácter *ex ante* del CPCE, se argumenta que su incorporación y empleo en el ordenamiento jurídico peruano sería una especie de “acto de adivinación”⁸⁷, en la medida en que recae en manos de un conjunto de funcionarios públicos la facultad de predecir los efectos positivos o negativos de una concentración empresarial en el mercado⁸⁸. En ese sentido, si lo

⁸⁵ Quintana, Zúñiga y Granda (2013, p. 203) señalan que el CPCE es “un control de estructura de mercado, no es un control de comportamiento de los competidores en el mercado”.

⁸⁶ Bullard, Falla y Roldán (2012, p. 3) se preguntan: “¿Cómo sancionar una conducta que aún no ha sucedido?”.

⁸⁷ Bullard, Falla y Roldán (2012, p. 2) consideran al control previo de fusiones como una “bola de cristal” en manos de funcionarios públicos.

⁸⁸ Bullard, Falla y Roldán (2012, p. 3), para explicar el mecanismo del control, proponen el siguiente ejemplo: “¿Se imagina usted si cuando uno se va a casar, tuviera que pedir permiso al Estado para que evalúe (cuando le dé la gana y en la forma que le dé la gana) si el matrimonio será bueno o si hay riesgo con que los esposos se agarren a golpes o maltraten a sus hijos? ¿Con qué criterio podría el Estado limitar nuestra libertad con el

que la ley castiga no es la posición de dominio sino su *abuso*, tal conducta es algo que ocurriría en un futuro, lo cual explica el problema: ¿cómo sancionar una conducta que aún no ha sucedido? (Bullard, Falla y Roldán, 2012)

Por otro lado, estos mismos autores explican que un CPCE es una herramienta jurídica gravosa, ya que la información de la que dispone el funcionario público es, muchas veces, limitada y, por lo tanto, este tendrá que tomar una decisión con información insuficiente en el presente, para dar respuesta a lo que sucederá en el futuro. Se cuestiona, entonces, el hecho de atribuir a una entidad pública la potestad de predecir lo que sucederá con el mercado, cuando, muchas veces, ni siquiera las empresas que se concentran saben si dicha operación será o no exitosa (Bullard, Falla y Roldán, 2012).

Bajo esa misma idea, se critican los métodos empleados en los ordenamientos que cuentan con un CPCE, para determinar cuándo una operación de concentración resulta anticompetitiva⁸⁹. Se sentencia que ninguno es lo suficientemente preciso para determinar cuándo una autoridad administrativa debe autorizar o no las operaciones de concentración, ya que la información con la que se cuenta es muy limitada (Roldán, 2015).

Hay que aceptar, a mi juicio, que determinar los reales efectos que puede tener una concentración empresarial en el mercado constituye una tarea muy compleja⁹⁰. Sin embargo, es precisamente la experiencia en el Derecho comparado la que demuestra que los métodos empleados en un CPCE son útiles y, de hecho, permiten obtener resultados similares, aunque se utilicen herramientas distintas.

Por ejemplo, en el caso *MCI WorldCom/Sprint* (año 2000), la operación de fusión entre dos empresas norteamericanas de telecomunicaciones afectaba a la competencia con alcance global. Ello porque los mercados afectados –entre ellos, el acceso a Internet– tenían tal dimensión global. Dada la situación, la Comisión Europea prohibió la fusión, en aplicación del *test de dominancia*, según el cual se impide las concentraciones que refuercen o creen una posición dominante que permita a dos o más empresas actuar con independencia de sus

argumento que casarse puede ser riesgoso? Nadie discute que un matrimonio puede acabar mal. Pero de allí a limitar la libertad de casarse hay un buen trecho”.

⁸⁹ Los dos principales métodos empleados en el Derecho comparado para determinar cuándo una operación de concentración empresarial va a resultar anticompetitiva son, por un lado, el *test de dominancia* (utilizado hasta el año 2004 en la Unión Europea, aplicable a las concentraciones trasfronterizas, y hasta el año 2007 en España); y, por el otro lado, el *test de daño sustancial a la competencia* (empleado en EEUU y, a partir del 2004, en la Unión Europea) [García Pérez, 2002].

⁹⁰ En ese sentido, la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) advierte que el análisis que ha de hacerse en un CPCE es “sofisticado, desafiante y complejo”. Y es que “los plazos exigidos, recursos limitados y la necesidad de una gran cantidad de información fuerza a que las agencias deban planificar la estrategia de búsqueda de los hechos cuidadosamente. Identificar cuál es la información necesaria implica un análisis complejo, donde encontrarla y cómo obtenerla son decisiones muy importantes”. (OCDE, 2007b).

competidores y consumidores (García Pérez, 2002). A criterio de la Comisión, la combinación de las redes y clientelas de las empresas en cuestión conllevaría a la creación de una empresa de la cual dependerían tanto consumidores como proveedores de contenidos para el acceso a una conexión universal a Internet⁹¹.

A la misma conclusión llegó el Departamento de Justicia de los EEUU, en aplicación del *test de daño sustancial a la competencia*, según el cual se han de impedir las concentraciones que tenga como efecto una disminución considerable de la competencia o tiendan a crear monopolios (García Pérez, 2002). En opinión de dicha entidad, la creación de la empresa, resultado de la fusión, eliminaría a un competidor existente y tendría poder para disminuir la capacidad competitiva de otras empresas, sea a través de un ofrecimiento de conexión de baja calidad o a través del incremento de sus costos⁹².

También en el caso *AOL/TimeWarner* (año 2000), esta vez referido a una concentración vertical, existieron similitudes en el resultado de la Comisión Europea y la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) estadounidense. La operación consistía en la fusión de América Online Inc. (AOL), proveedor de acceso a Internet más grande en el mercado de EEUU y con presencia en toda Europa, y Time Warner, una de las mayores empresas a nivel mundial en el sector del entretenimiento (programación por cable, publicación y grabación, bibliotecas cinematográficas, etc.) y medios de comunicación. El efecto de la concentración, en este caso, era la integración vertical de los contenidos de Time Warner con los servicios ofrecidos por AOL. En Europa, en particular, era relevante que uno de los referidos contenidos era el acceso preferente a los producidos por Bertelsmann AG, en la época, la principal biblioteca musical europea. La Comisión Europea sostuvo que la concentración en cuestión *proporcionaría a la nueva empresa una posición de poder en el mercado emergente de la distribución de música en Internet*, ya que sería capaz de ofrecer grabaciones procedentes de Bertelsmann no accesibles a sus competidores. Finalmente, se aprobó la concentración, a condición de que las partes se comprometieran a romper los vínculos estructurales existentes con Bertelsmann⁹³.

Por su parte, la Comisión Federal de Comercio de los EEUU, en aplicación del test de daño sustancial a la competencia –esta vez, referido a la libertad de elección de los

⁹¹ Decisión de la Comisión Europea de 28 de junio de 2000, Caso N° COMP/M.1741 WorldCom/Sprint. Recuperado de <<https://goo.gl/tfUMhx>>

⁹² USA v. WorldCom and Sprint. Recurso interpuesto por el Departamento de Justicia, de fecha 27 de junio de 2000 ante el Tribunal del Distrito de Columbia. Recuperado de <<https://goo.gl/BwR2Zz>>

⁹³ Decisión de la Comisión Europea de 11 de octubre de 2000. Caso N° COMP/M.1845 – AOL/Time Warner. Recuperado de: <<https://goo.gl/xr8Rz9>>

Véase también la noticia publicada en la BBC de Londres el 11 de octubre de 2000. Recuperado de: <https://goo.gl/1eLN7j>

consumidores—, el mismo problema se solucionó con el compromiso de las partes de que los clientes abonados al servicio de televisión por cable de Time Warner podría elegir, para el acceso a Internet, entre el servicio proporcionado por AOL y el de otros competidores, en condiciones no discriminatorias⁹⁴.

Los citados son solo dos casos, de gran trascendencia, en el que dos evaluaciones realizadas desde métodos distintos –test de dominancia y test de daño sustancial a la competencia– sobre un mismo hecho han conllevado a un mismo resultado. En un caso, a la no autorización de la concentración y, en el otro, a la autorización bajo determinadas condiciones⁹⁵. Se demuestra, entonces, que el CPCE no es un “acto de adivinación”, sino uno razonado y analítico, con el fin de preservar la libre competencia.

No ha de negarse, en todo caso, que el análisis requerido para determinar los potenciales efectos de una concentración empresarial en la competencia resulta complejo. Sin embargo, es precisamente ese el motivo por el cual la entidad estatal encargada debe realizar una evaluación seria del diseño y análisis para ejecutar un CPCE cuando corresponda. La complejidad de este mecanismo, por tanto, no justifica que, en aras de proteger la libre competencia, debamos abstenernos de razonar (Quintana, Zúñiga y Granda, 2013 y Diez Canseco, Falla, Quintana y Távora, 2012).

Ahora bien, bajo la premisa de que los efectos reales de una concentración empresarial no se conocen a ciencia cierta y que, por ello, deberíamos abstenernos de incorporar al ordenamiento un CPCE, obtendríamos también como conclusión que no sería conveniente que las propias empresas se integren. ¿Acaso las empresas, en este caso, no estarían “adivinando” sobre lo que sucederá a futuro con el acuerdo de concentración? (Diez Canseco, Falla, Quintana y Távora, 2012) Es evidente que dos o más empresas, antes de decidir acordar una integración empresarial, analizan exhaustivamente si les resulta conveniente o no tal operación, porque lo que buscan es maximizar ganancias, aunque no siempre busquen maximizar eficiencias. Las empresas, por tanto, buscan predecir, aun con información “limitada”, que su decisión será exitosa.

En ese sentido, la idea con un CPCE es que las empresas interesadas en una concentración brinden al Estado la mayor información posible –dentro de lo razonable, claro

⁹⁴ “[P]revented from discriminating on the basis of affiliation in the transmission of content, or from entering into exclusive arrangements with other cable companies with respect to ISP services or interactive TV services”, según el comunicado de prensa de la FTC, de fecha 14 de diciembre de 2000. Recuperado de: <<https://goo.gl/c4GBwM>>

⁹⁵ García Pérez (2002, pp. 7 y ss.) hace un análisis jurídico de más casos en los que los resultados obtenidos por la Comisión Europea y la Comisión Federal de Comercio estadounidense son prácticamente los mismos.

está—, con el fin de que la entidad pública en cuestión aplique correctamente el mecanismo de control.

3.2. Análisis de algunos aspectos del *Dictamen 2018*: Texto sustitutorio propuesto por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República

Como se ha desarrollado en este trabajo, a diferencia de lo sucedido en otros ordenamientos, en la realidad jurídica peruana no ha habido grandes cambios a nivel legislativo con relación a las formas de control de afectaciones a la libre competencia. De hecho, la última gran reforma que se llevó a cabo en el Perú en esta materia sucedió en el año 2008, con la entrada en vigencia de la LRCA y la LRCD, cuerpos normativos que contienen, principalmente, controles *ex post* de la competencia. Por lo tanto, se ha conservado la tradicional regulación que sanciona las conductas anticompetitivas, en la medida en que estas se manifiesten en un abuso de posición de dominio o en prácticas colusorias que afecten al mercado.

Así pues, aun cuando desde el año 1998 se encuentra vigente un control previo de concentraciones en el sector eléctrico (a través de la Ley del Sector Eléctrico), tal herramienta jurídica no ha sido extendida a otros sectores del mercado. No obstante, han de resaltarse varias propuestas legislativas dirigidas en ese rumbo que, nutriéndose principalmente del Derecho comparado, han incorporado algunas figuras jurídicas como elementos integrantes de un eventual CPCE en el ordenamiento peruano⁹⁶. Sin embargo, se trata de propuestas con considerable tiempo en carpeta legislativa, ya que, por diversos motivos —principalmente políticos—, no han superado las barreras necesarias para, siquiera, ser debatidas en el pleno del Congreso de la República⁹⁷.

⁹⁶ Desde el año 2016, han sido presentados al Congreso de la República diez proyectos legislativos que proponen la incorporación de un CPCE al ordenamiento peruano:

- (i) El Proyecto 353/2016, propuesto por Yonhy Lescano Ancieta.
- (ii) El Proyecto 367/2016, propuesto por Marco Arana Zegarra.
- (iii) El Proyecto 2398/2017, propuesto por Luciana León Romero.
- (iv) El Proyecto 2431/2017, propuesto por Marisol Espinoza Cruz.
- (v) El Proyecto 2558/2017, propuesto por Miguel Castro Grández.
- (vi) El Proyecto 2567/2017, propuesto por Mario Mantilla Medina.
- (vii) El Proyecto 2604/2017, propuesto por Jorge Del Castillo Gálvez.
- (viii) El Proyecto 2634/2017, propuesto por Úrsula Letona Pereyra.
- (ix) El Proyecto 2654/2017, propuesto por Edwin Donayre Gotchz.
- (x) El Proyecto 2660/2017, propuesto por Gilmer Trujillo Zegarra.

⁹⁷ El ex congresista Jaime Delgado, autor del Proyecto de Ley 972/2011, ha señalado que, debido a obstáculos en el Poder Ejecutivo, dicho proyecto no fue debatido en la Comisión de Economía ni llegó al Pleno del Congreso de la República. Razón por la cual, quedó encarpeta (Diario La República, 2016).

Pese a lo anterior, recientemente, con fecha 4 de octubre de 2018, la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República ha emitido un dictamen en el que, analizando los diez proyectos de ley presentados al Parlamento y las opiniones de diferentes entidades públicas, propone un texto sustitutorio (*Dictamen*)⁹⁸. En ese contexto, considero útil analizar, aunque sea someramente, dicha propuesta legislativa, dirigida a incorporar el CPCE al ordenamiento peruano, con breves referencias a algunos de los proyectos legislativos originales.

El somero análisis que se expondrá a continuación, tomará como base la referencia a cuatro figuras jurídicas integrantes del CPCE en el Derecho comparado: (i) los umbrales de notificación; (ii) la consulta previa; (iii) el procedimiento bifásico; y, (iv) el silencio administrativo.

3.2.1. Los umbrales de notificación

Los *umbrales de notificación*, como se ha explicado en este trabajo, son los parámetros cuantificables, selectivos y objetivos a partir de los cuales una operación de concentración debe sujetarse al procedimiento de CPCE a través de una notificación a la autoridad competente. También se ha mencionado que, en el Derecho comparado, resaltan dos maneras de establecer estos umbrales de notificación: a) a través de las ventas totales en el último ejercicio contable y b) la concentración en el mercado de la empresa concentrada.

En el art. 6 del *Dictamen*, se ha optado por incluir, como umbral de notificación, el *criterio de ventas totales del ejercicio anterior*, dejando de lado el criterio de cuota de mercado. En sus propios términos:

“Una concentración empresarial debe sujetarse 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 100 000 (cien 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

⁹⁸ Disponible en: <<https://goo.gl/2ZUiLv>>

*ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 20 000 (veinte mil) Unidades Impositivas Tributarias cada una*⁹⁹.

En mi opinión, el haber recurrido a este criterio constituye una medida adecuada para regular los umbrales de notificación de operaciones de concentración¹⁰⁰. Ello principalmente por los varios problemas –ya referidos en este trabajo– que ha ocasionado, en el Derecho comparado, el empleo del criterio de cuota de mercado para determinar cuándo una operación debe ser notificada (Caviedes, 2012). Problemas derivados, principalmente, de la determinación del *mercado relevante* antes de la notificación y evaluación de la concentración por parte de la autoridad administrativa¹⁰¹.

En ese sentido, puede mencionarse lo sucedido en España, en donde el art. 8.1 LDC establece, como criterios concurrentes, tanto el de *ventas anuales* como el de *cuota de mercado*. Así pues, puede citarse lo sucedido en el caso *Bergé/Marítima Candina* contra la CNC. En el año 2010, el *Grupo Bergé* adquirió el control exclusivo de Marítima Candina, una empresa dedicada al sector del transporte marino. Esta concentración económica, sin embargo, no fue notificada a la CNC y, por ello, dicho órgano la sancionó con 76.000 € (setenta y seis mil euros), por tratarse de una concentración que superaba el umbral establecido por ley. Dentro de este caso, la CNC consideró que el *Grupo Bergé* cometió un error al momento de definir el mercado relevante, y por ésta razón, calculó una cuota de

⁹⁹ El inciso a) del art. 6 del *Dictamen* incorpora el criterio previsto en el art. 5.1 a) del Proyecto 367/2016 del parlamentario Marco Arana Zegarra, el cual prevé: “*Se encuentran sometidas al procedimiento de autorización previa todos aquellos actos de concentración empresarial en los que: a) Cuando las empresas involucradas en el acto de concentración empresarial registren, individual o conjuntamente, en el balance del año anterior ventas brutas anuales o volumen total de negocios en el país iguales o superiores a 100 000 UIT (cien mil Unidades Impositivas Tributarias) [...]*”.

Por su parte, el inciso b) del art. 6 del *Dictamen* incorpora el criterio previsto en el art. 6.1 b) del Proyecto 2605/2017 del congresista Jorge Del Castillo, que establece lo siguiente: “*Una concentración empresarial deberá sujetarse al procedimiento de evaluación previa cuando de manera concurrente se cumpla lo siguiente: [...] 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 20 000 (veinte mil) Unidades Impositivas Tributarias*”.

¹⁰⁰ En contraste, el Proyecto 2654/2017, propuesto por Edwin Donayre, combina el criterio de cuota de mercado con el de ventas anuales. El art. 8 establece: “*Están sujetas de manera obligatoria a procedimiento de autorización previa del órgano competente, aquellos actos de concentración a que se refiere el artículo 5° de la presente ley siempre que: a) La operación tenga por efecto que el grupo resultante obtenga como mínimo el 51% de la cuota de participación en uno o más mercados. b) Uno de los agentes participantes en el acto de concentración registre en el balance del año fiscal anterior ventas brutas anuales o volumen total de negocios iguales o superiores a 100 000 UIT*”. Hace lo mismo el art. 10 del Proyecto 2634/2017, propuesto por Úrsula Letona.

¹⁰¹ El *mercado relevante* es definido por Quintana (2013, p. 19) como aquel en donde la competencia puede verse afectada por el ejercicio sustancial de mercado, es decir, donde *una empresa podría imponer condiciones de venta* (aumento de precios, limitaciones de producción) *porque no existen alternativas para el comprador* (en términos de bienes sustitutos o de proveedores adicionales).

mercado menor a la que en realidad generaba la concentración, la cual superaba el umbral de concentración establecido en la LDC española¹⁰².

Sin embargo, en la Sentencia de 28 de setiembre de 2012 (JUR 2012\327328), la Audiencia Nacional anuló la sanción, considerando que la CNC no había delimitado claramente el mercado relevante, y que, por el principio de presunción de inocencia, no correspondía sanción alguna (González y Contreras, 2015).

A pesar de este antecedente, la misma polémica se suscitó en el año 2015 con la empresa *Griffols*. La CNMC le impuso una multa de 10.500 € (diez mil quinientos euros) al omitir la notificación de la operación de concentración consistente en el control exclusivo de activos empresariales de propiedad de *Novartis*, empresa dedicada al sector de fabricación de productos sanitarios. En este caso, *Griffols* alegó que había hecho un ejercicio de autoevaluación de la cuota de mercado, la cual no superaba el umbral establecido en la ley (50 %). Sin embargo, la CNMC sancionó igualmente a *Griffols*, pues determinó que la cuota de mercado era de 51,37%, ligeramente superior al umbral de notificación establecido¹⁰³.

Por tanto, se puede apreciar que, en un país donde se utiliza el criterio de cuota de mercado, la determinación del mercado relevante y de la cuota misma puede diferir entre las partes involucradas en la concentración y lo que resuelve la autoridad administrativa. Tal situación puede generar evidentes problemas de seguridad jurídica, en la medida en que las partes no siempre serán capaces de evaluar a ciencia cierta si una operación de concentración debe o no ser considerada riesgosa para la competencia y, por tanto, ser notificada. Por ello, determinar umbrales precisos de notificación se hace indispensable para el correcto funcionamiento de un CPCE (Caviedes, 2012).

Aun con todo lo anterior, sin embargo, el *criterio de ventas anuales* también tiene un punto débil que debe ser resaltado. Y es que resulta criticable que a *todos los sectores económicos se les aplique el mismo parámetro de ventas anuales* (la suma de ventas de todas las empresas sea igual o superior a 120 mil UIT y la suma de dos de las empresas sea superior a 20 000 UIT).

Por ejemplo, en el año 2016, en el sector agroindustria participaban 50 empresas, con ventas anuales acumuladas del sector ascendientes a S/ 11,125'999,958 soles. En este contexto, la empresa líder, que concentra el 9% del mercado, podría ser sujeto de CPCE si decidiera una concentración económica, porque sus ventas ascienden a S/ 2,489'999,999

¹⁰² Véase la Resolución CNC de 29 de julio de 2010 (Exp. SNC/0006/10). Recuperado de: <<https://goo.gl/np9UXM>>

¹⁰³ Véase la Resolución CNMC de 16 de octubre de 2015 (Exp. SNC/DC/0037/15, GRIFOLS). Recuperado de: <<https://goo.gl/CZG2nu>>

soles. En ese sentido, es evidente que esta empresa no tendrá una posición de dominio si acordara concentrarse con otra, por tratarse de un sector mercantil competitivo y poco concentrado. Por lo tanto, sería contraproducente el proceso de CPCE (Verástegui, Ortiz y Parra, 2018).

Otro tanto puede mencionarse en el sector de abogados, conformado por 37 empresas. Las ventas acumuladas de dicho sector ascienden a S/ 1,048'739,963 soles. Si consideramos que la empresa líder concentra solo el 10% del mercado, entonces puede concluirse que, al tratarse de un sector competitivo, no se requiere de un CPCE, aun cuando una o más empresas cumpla con los umbrales de notificación establecidos (Verástegui, Ortiz y Parra, 2018).

Y es que, a mi juicio, los umbrales de notificación han de estar diseñados con un *criterio de eficiencia*, esto es, de un modo tal que el CPCE sea un mecanismo efectivo para controlar aquellas concentraciones concertadas con plena potencialidad para afectar la libre competencia en un sector mercantil. En ese sentido, optar por una forma u otra de umbral de notificación exige conocer las características del mercado al que se pretende aplicar.

Por lo tanto, emplear un único parámetro de ventas anuales a todos los sectores económicos no es lo más recomendable, considerándose que cada sector del mercado tiene diferentes características. Por este motivo, se ha propuesto acotar los alcances de la regulación a determinados sectores (Osiptel, 2018b) o, en todo, caso, asignar un criterio distinto a cada sector económico (Verástegui, Ortiz y Parra, 2018). En mi opinión, dado que el CPCE constituye una herramienta adecuada para anticipar la afectación a cualquier sector mercantil, derivada de una concentración empresarial, lo más conveniente sería optar por la segunda alternativa: asignar un criterio distinto a cada sector económico, considerándose las peculiaridades de cada mercado.

De todo lo anterior, puede concluirse:

- (i) Los umbrales de notificación han de estar diseñados con un *criterio de eficiencia*, lo cual exige optar por unos parámetros cualitativa y cuantitativamente adecuados al sector del mercado al que se pretende aplicar un CPCE.
- (ii) El *criterio de ventas anuales*, como parámetro de notificación para los fines del CPCE, tiene como punto fuerte entregar una mayor seguridad jurídica, al ser un criterio objetivamente cuantificable, a diferencia de lo que sucede con el *criterio de cuota de mercado*.
- (iii) No obstante, deberá adaptarse el *criterio de ventas anuales* a cada sector económico, considerándose los distintos niveles de concentración de cada mercado.

3.2.2. *La consulta previa*

Como se ha explicado, los umbrales de notificación establecidos en la ley deben estar diseñados con un *criterio de eficiencia*, es decir, de un modo tal que el CPCE controle, de modo efectivo, aquellas operaciones de concentración con virtualidad para afectar negativamente al mercado. Tal criterio no solo exige que los umbrales se acoten a cada sector mercantil, con base en sus peculiaridades económicas (principalmente, sus niveles de concentración), sino también que los parámetros de notificación sean lo suficientemente claros para que los particulares conozcan, con certeza, cuando un proyecto de concentración concertada debe ser notificado a la autoridad competente para su correspondiente evaluación.

En ese sentido, un mecanismo que sin duda tiene mucha utilidad es el regulado, en el ordenamiento español (art. 55.2 LDC), el cual prevé la posibilidad de que los particulares formulen consulta a la autoridad administrativa competente sobre si una determinada operación es una concentración afectada por la ley o sobre si una determinada concentración supera los umbrales mínimos establecidos legislativamente para su notificación. Estamos hablando, por tanto, de la figura de *consulta previa*.

Esta herramienta tiene como finalidad aclarar a las partes las dudas generadas acerca de la superación de los umbrales que obligan a notificar su operación, sobre todo cuando la aplicación de la ley al caso concreto sea difícil de determinar (Fernández, 2008).

En España y en la Unión Europea, la consulta previa no solo es importante para absolver este tipo de dudas, sino, también, para prever la capacidad de negociación entre las partes. Ello se da en el caso en que los particulares que realizan la operación de concentración, al advertir potenciales problemas con relación a sus efectos para el mercado, presentan remedios y compromisos ante el órgano de competencia respectivo, de modo que dichos problemas puedan ser corregidos y, finalmente, pueda obtenerse la autorización de la concentración dentro del proceso de CPCE (Caviedes, 2012).

También en otros ordenamientos como el de Reino Unido, la consulta previa representa un elemento importante en su sistema de CPCE. Al respecto, Caviedes (2012, p. 47) señala que, “[a]ntes de la notificación propiamente tal y, con el objeto de asegurar el cumplimiento de la ley, el sistema británico permite a la OFT dar asesoramiento informal a las partes de una fusión para discernir la conveniencia o inconveniencia de notificarle. Es más, en caso se decida notificar la operación de concentración, la OFT está autorizada para contactarse con las partes con todos los medios (reuniones, llamadas telefónicas, correos electrónicos, etc.) antes que dicha notificación se haga, a efectos de discutir el contenido preliminar del borrador (*pre notification discussions*)”.

De hecho, la propia doctrina peruana ya recomendaba la introducción de la consulta previa (*quick review*) dentro del primer proyecto de ley que se presentó al Congreso de la República (Proyecto de Ley 972/2011-CR), con la finalidad de que las empresas y el Estado no incurran en costos adicionales por concentraciones que no era necesario notificar (Diez Canseco, Falla, Quintana y Távora, 2012). Sin embargo, pese a la enorme utilidad que representa esta herramienta jurídica, ninguno de los proyectos legislativos presentados ante el Congreso de la República incorporan, ni por asomo, a la *consulta previa*; lo cual se manifiesta también en el *Dictamen 2018*.

Por el contrario, el único texto pre legislativo que hace referencia a este mecanismo es el *Anteproyecto 2018*¹⁰⁴, en cuyo art. 2.6 se establece:

“Antes del inicio del procedimiento de evaluación previa los agentes económicos que participan en la operación de concentración empresarial pueden dirigir una consulta de manera individual o conjunta a la Comisión a fin de poder precisar si la operación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la presente ley. La respuesta a la consulta no implicará en ningún caso adelantar opinión sobre la autorización de la operación de concentración o sobre las condiciones para su autorización”.

De hecho, Osiptel (2018a, p. 18) ha tenido oportunidad de comentar este texto, haciendo hincapié en el hecho de que “las consultas previas a la Comisión que sean respondidas en el sentido que la operación no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la ley, *pueden configurar un eximente de responsabilidad*”, establecido en el art. 255 e) LPAG, el cual prevé como condición que exime de responsabilidad al “error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o legal”.

Lamentablemente, esta herramienta de *consulta previa* no ha sido recogida, con posterioridad, por ningún proyecto de ley ni por el *Dictamen 2018*, pese a que, curiosamente, este último es de la misma autoría que el citado Anteproyecto.

3.2.3. El procedimiento bifásico

El art. 16 del *Dictamen* prevé un sistema *bifásico* del procedimiento administrativo de CPCE. En la primera fase, la autoridad competente (según el *Dictamen*, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi) examina la operación de concentración notificada, pudiendo resolver de tres maneras distintas:

¹⁰⁴ Elaborado por el Grupo de Trabajo “ProInversión y generación del empleo” de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera.

- (i) declarando que la concentración notificada *no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley* (art. 16.2 a) del *Dictamen*);
- (ii) autorizando la concentración notificada, sin condiciones, por no plantear “serias preocupaciones sobre los efectos anticompetitivos en términos de restringir significativamente la competencia en el mercado relevante” (art. 16.2 b) del *Dictamen*); o
- (iii) resolviendo que se proceda con la segunda fase del procedimiento, por tratarse de una concentración que, comprendida dentro del ámbito de aplicación legal, plantea las serias preocupaciones aludidas anteriormente (art. 16.3 del *Dictamen*).

Ahora bien, pese a que se dispone el inicio de una segunda fase procedimental, el *Dictamen* no establece qué tipo de actividad es la que caracteriza a esta fase¹⁰⁵. De hecho, llama la atención que se prevea que, desde la sola presentación de la notificación por parte de los sujetos involucrados en la concentración (esto es, desde el inicio de la primera fase), el procedimiento administrativo se *publicite*, con el fin de recabar información por parte de terceros (art. 14.6 del *Dictamen*)¹⁰⁶ y de otras entidades públicas (art. 17 del *Dictamen*)¹⁰⁷.

Ello, en mi opinión, le quita el motivo fundamental por el que se configura un sistema de CPCE bifásico. En efecto, como se ha indicado cuando se analizó el sistema español, este ordenamiento también prevé un procedimiento de dos fases, que se distinguen principalmente lo siguiente:

- (i) la primera fase es esencialmente *privada*, por cuanto los únicos sujetos involucrados son las partes de la concentración concertada y la autoridad administrativa competente (art. 57 LDC española); mientras que,
- (ii) la segunda fase es esencialmente *pública*, pues al tratarse de una etapa en la que la autoridad requiere de mayor información para determinar, con más exactitud, los

¹⁰⁵ Únicamente prevé que la segunda fase procedimental no deberá exceder de 90 días hábiles, con posibilidad de prórroga justificada de 30 días hábiles adicionales, además de especificar que la resolución emitida por la Comisión da por concluida la primera instancia administrativa (art. 16.3 del *Dictamen*).

¹⁰⁶ Art. 14.6 del *Dictamen*: “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 contado a partir del día siguiente de la publicación”.

¹⁰⁷ De hecho, el art. 17.4 del *Dictamen* prevé que la oportunidad de requerimiento de información a otras entidades públicas por parte de la autoridad competente “tiene lugar tanto en la primera como en la segunda instancia administrativa”. Por tal motivo, se concluye que, dentro de la primera instancia administrativa, el órgano competente del CPCE puede requerir esta información tanto durante la primera fase como durante la segunda fase procedimental.

potenciales efectos de la operación notificada, resulta lógico recurrir, a los terceros interesados (art. 58 LDC española)¹⁰⁸.

Y es que la estructura bifásica de un CPCE se explica en la necesidad de aplicar un sistema deductivo, esto es, la evaluación debe iniciar desde los problemas más *generales* a los más *particulares*. En el marco de esta estructura, los órganos de competencia han de obtener, en la primera fase, una especie de *idea general de la concentración*, con el fin de que, posteriormente (en la segunda fase, si esta existiese), el análisis se enfoque exclusivamente en los *particulares problemas que producirían mayores efectos anticompetitivos en el mercado* (Caviedes, 2012).

Por estos motivos, considero criticable el diseño del procedimiento de CPCE establecido en el *Dictamen*¹⁰⁹, ya que no existen razones sustanciales para dividirlo en dos fases procedimentales. Pienso, por el contrario, que una fórmula legal más adecuada debe establecer, con detalle, todas y cada una de las actividades en qué consistirá cada fase. Ello no solo de cara al administrado sino, principalmente, de cara a los funcionarios que forman parte de la autoridad que resuelve el procedimiento de CPCE.

3.2.4. El silencio administrativo

Todo procedimiento administrativo supone la realización de una serie de actuaciones destinadas a la obtención de un resultado: el acto administrativo. Sin embargo, el problema se presenta cuando el órgano administrativo competente no emite una resolución expresa (el acto administrativo) que finalice el procedimiento en los plazos previstos legalmente, pese a que existe una obligación impuesta en la ley (en el ordenamiento peruano, el art. 35 LPAG). En estos casos, con el fin de garantizar el derecho al recurso, el derecho al acceso a la jurisdicción y otros derechos sustantivos que pudieran resultar afectados por la inactividad administrativa, la ley atribuye al silencio de la Administración el valor de una decisión, las cuales podrán tener carácter desestimatorio –silencio administrativo negativo– o carácter estimatorio –silencio administrativo positivo– (Martín Pastor, 2015b).

Como se ha explicado, el CPCE implementado como un sistema de notificación obligatoria implica la solicitud, por parte de uno o más particulares, a la Administración, con

¹⁰⁸ Como enseña Navarro Varona (2015d, p. 1179), las personas físicas y jurídicas que puedan resultar afectadas por la concentración deben solicitar tener la condición de interesados, y solo lo podrán hacer una vez iniciada la segunda fase del procedimiento.

¹⁰⁹ Se trata de una incorporación casi literal de lo previsto en el art. 16 del Proyecto 2604/2017, propuesto por el congresista Jorge Del Castillo.

el fin de que esta autorice la operación de concentración económica proyectada. Dentro de este contexto, la norma que regule esta herramienta de control debe establecer el plazo máximo del procedimiento administrativo y, además, las consecuencias jurídicas que corresponden al transcurso de dicho plazo (Martín Pastor, 2015b).

Considerándose lo anterior, el art. 21 del *Dictamen 2018* previó lo siguiente:

“Si dentro del plazo legal previsto el órgano competente no emite pronunciamiento expreso, corresponderá la aplicación del silencio administrativo negativo, dando por concluido el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial”¹¹⁰.

Sobre este tema, se ha dicho que la aplicación de un silencio administrativo positivo o negativo no genera mayor importancia, por cuanto en los sistemas obligatorios, esta figura no es incentivo alguno para que las empresas notifiquen la operación de concentración. Ello porque la notificación *no es voluntaria* (Caviedes, 2012).

En mi opinión, sin embargo, incorporar un silencio administrativo estimatorio o desestimatorio en la regulación de un CPCE tiene especial relevancia, principalmente por los intereses que están en juego: por un lado, los intereses particulares de los administrados que integran la operación de concentración notificada; y, por otro lado, el interés general manifestado en la defensa de la libre competencia y en el bienestar de los consumidores.

Precisamente, bajo el argumento de los eventuales efectos negativos que una concentración económica puede ocasionar al interés general es que se ha defendido que, en caso de inactividad administrativa, la figura jurídica a implementarse debe ser el *silencio administrativo negativo*. En ese sentido se ha pronunciado Osiptel (2018b), tomando en cuenta las posibles afectaciones al “bienestar del consumidor, el interés público y la eficiencia de los mercados”.

No obstante, a mi juicio, la inactividad de la Administración pública en esta materia no puede afectar negativamente a los particulares que notifican una operación de concentración económica; algo que, sin duda alguna, sucedería con la incorporación de la figura de *silencio administrativo negativo*. Y es que esta institución jurídica, como lo ha manifestado la doctrina, es una ficción legal originada en el hecho de que *la Administración*

¹¹⁰ Se trata de una incorporación casi literal de lo previsto en el art. 21 del Proyecto 2604/2017-CR, propuesto por Jorge Del Castillo Gálvez, el cual establece: “*Si dentro del plazo legal previsto el órgano competente no haya emitido pronunciamiento expreso, corresponderá la aplicación del silencio administrativo negativo, dando por concluido el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial*”.

pública no ha cumplido con su deber de dar respuesta y notificación a una solicitud que se le ha formulado. Es, por tanto, un remedio ante el incumplimiento administrativo (Alonso Ibáñez, 2012). Así pues, considero que no cabe atribuir una eventual consecuencia negativa (la denegación de la autorización solicitada) a los particulares, cuando la causa de dicha afectación le corresponde exclusivamente a la Administración.

Por otro lado, debe considerarse que, en el marco de un CPCE, el *silencio administrativo positivo* contribuye a reducir los gastos y costos en que incurrirían las empresas que deseen llevar a cabo operaciones de concentración (Távora y Díez Canseco, 2003). Por el contrario, de aplicarse el *silencio administrativo negativo*, el escenario sería el siguiente: como se entiende que no se autoriza la concentración, las partes involucradas tendrían que apelar ante una segunda instancia. Este escenario, sin duda alguna, sería gravoso para las empresas, puesto que se añaden los gastos en dinero de las tasas de apelación, abogados y personal encargado de recolectar la información necesaria para demostrar (tal como ya lo habían hecho en primera instancia) que su concentración no es negativa para el mercado. Por lo tanto, la incorporación de un *silencio administrativo negativo* supone la desaparición de todo incentivo para cumplir con el deber de notificar la operación.

Además, no se debe olvidar que la idea base sobre la que recae un control como el CPCE es que la mayoría de operaciones de concentración son, en inicio, pro competitivas, es decir, como regla general, una concentración produce eficiencias que mejoran el mercado. Bajo esa premisa, si se aplicara el *silencio administrativo negativo*, quedaría el mensaje según el cual toda operación de concentración notificada respecto de la cual la Administración *no se ha pronunciado* debe ser considerada negativa para el mercado.

Por último, debe prevalecer el *silencio administrativo positivo*, tomándose en cuenta la naturaleza de *autorización* del CPCE. En este tipo de procedimiento, la Administración pública actúa dentro de la base de que los particulares tienen los derechos de autonomía privada y libertad de empresa (Laguna de Paz, 2016 y Folguera y Vidal, 2015a). Por lo tanto, dentro del contexto de una economía de mercado, la actuación estatal debe estar sujeta a un criterio de razonabilidad que permita resguardar la seguridad jurídica de los operadores económicos dentro de un sector del mercado.

Por estas razones, considero que, lo más conveniente para una eventual regulación del CPCE en el ordenamiento peruano, sería adoptar la fórmula legal que se propone en el Proyecto 367/2016, del parlamentario Marco Arana Zegarra, cuyo art. 15.3 establece lo siguiente:

*“La omisión de pronunciamiento de la Comisión al vencimiento del plazo de treinta (30) días hábiles dará lugar a la aprobación tácita de la solicitud por **silencio administrativo positivo, quedando la concentración automáticamente autorizada**”.*

Así pues, además de proponer como plazo razonable 30 días hábiles para que la Comisión resuelva una solicitud de autorización en el marco de un CPCE, esta fórmula prevé que, si la Administración no resolviera, se aplicará el *silencio administrativo positivo* y se considerará autorizada la concentración.

Conclusiones

Primera. Una concentración empresarial es toda estructura económica dentro de la cual dos o más empresas quedan sujetas a una dirección económica unitaria, produciéndose su eliminación del mercado como operadores autónomos. *A priori*, este tipo de operaciones se consideran positivas para el mercado, porque se fortalecen las empresas, generando eficiencias y sinergias, ampliándose la capacidad productiva a un menor costo.

Segunda. Pese a lo anterior, no puede desconocerse que una concentración empresarial también puede distorsionar sustancialmente la competencia practicable, ya que puede provocar que dejen de existir variedad de compradores o vendedores, libre circulación de factores de producción o la libre entrada y salida de agentes económicos. De ese modo, la empresa resultada de la concentración puede obtener una capacidad de actuación tal que pueda desenvolverse con total independencia de sus competidores y de sus consumidores.

Tercera. Según la Constitución económica, en nuestro ordenamiento existe una economía social de mercado, la cual se caracteriza porque, aunque se trata de una economía liberal, admite la posibilidad de que el Estado actúe incluso más allá de lo estrictamente *pro mercado*, aunque siempre bajo la sujeción de un *principio de subsidiariedad*. A ello hay que añadir que el Derecho de la competencia peruano tutela el interés de *todos los intervinientes en el mercado* (empresarios, consumidores y Estado), a través de la protección del *proceso competitivo*, esto es, protegiendo el modelo de *competencia practicable y operativa*.

Cuarta. El control previo de concentraciones empresariales es una forma de intervención estatal que consiste en el análisis estructural y funcional de un negocio de concentración empresarial, de manera previa a su puesta en ejecución, según los referentes predispuestos legalmente, para determinar su mayor o menor afectación a la libre competencia de un sector mercantil, con el fin de autorizar plena o condicionalmente o de denegar su eficacia.

Quinta. El control previo de concentraciones empresariales es un mecanismo compatible con el marco jurídico peruano actual, por cuanto sirve como una herramienta de control de *ex ante*, complementaria a los ya vigentes controles *ex post*, con el fin de determinar, antes de su ejecución, cuándo una concentración empresarial tiene potenciales efectos para afectar significativamente la libre competencia dentro de un sector mercantil.

Sexta. Desde un punto de vista económico, se puede constatar que son varios los sectores del mercado peruano en donde se percibe un alto nivel de concentración. Esta característica facilita la posibilidad de que, a través de una integración empresarial

concertada, la competencia practicable en un determinado sector se vea significativamente menguada. Por ello, el control previo de concentraciones empresarial aparece como un mecanismo idóneo para evitar tal perjuicio al mercado.

Séptima- También se ha demostrado en este trabajo que la institucionalidad del eventual organismo público competente para ejercer el control previo de concentraciones (Indecopi), permite que esta herramienta jurídica no sea empleada con fines políticos. Por otro lado, la experiencia internacional demuestra que este tipo de controles no desincentivan la inversión privada. Por el contrario, generan más seguridad jurídica.

Octava. Es necesario, sin embargo, afinar algunos elementos de significativa importancia en el diseño de un control previo de concentraciones empresariales para su incorporación en el mercado peruano. En efecto, de un análisis del *Dictamen 2018*, así como de algunos proyectos legislativos, se ha considerado mejorables aspectos como los umbrales de notificación (a través de la especificación de umbrales para cada sector económico), la consulta previa (mecanismo no previsto en el *Dictamen*), el procedimiento bifásico (el cual ha de estar mejor definido en una eventual regulación) y el silencio administrativo (el cual debe ser positivo, con el fin de no afectar los derechos de los privados que forman parte de la operación de concentración).

Referencias bibliográficas

- Abruña, A. (2010). *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*. Lima: Palestra Editores.
- Abruña, A. (2017a). *Notas al curso de Derecho administrativo. Lección décimo primera, pro manuscrito*. Piura: Universidad de Piura.
- Abruña, A. (2017b). *Notas al curso de Derecho administrativo. Lección novena, pro manuscrito*. Piura: Universidad de Piura.
- Alonso Ibáñez, R., (2012). El incumplimiento de la obligación de resolver. *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Arbulú, J. (2008). El control previo en las concentraciones empresariales como sistema de defensa de la competencia. *Ita Ius Esto*, 2. Recuperado de: <<https://goo.gl/H7Np1Z>>
- Armengol, O. y De Blas, J. (2017). Procedimiento administrativo ante las autoridades nacionales de la competencia: el procedimiento de control de concentraciones empresariales. En Beneyto J. y Maillo, J. (Dir.). *Tratado de Derecho de la competencia. Unión Europea y España*. Barcelona: Bosch.
- Beaumont, R. (1998) *Comentarios a la ley general de sociedades: análisis artículo por artículo*, Lima: Gaceta Jurídica.
- Beneyto, J. (2005). *Control de concentraciones empresariales. Reforma de las normativas comunitarias y española. Análisis Sectorial*. Madrid: Dykinson.
- Bezir Chamorro, R. (2014). Ética y moral en mercados concentrados: el caso de los países de la Alianza del Pacífico. *Revista científica Hermes*, 11. Recuperado de: <<https://goo.gl/JVTcWr>>

- Bris, A. y Cabolis, C. (2002). Merger Laws, Globalization, and Corporate Value. Recuperado de: <<https://goo.gl/ynzk3b>>
- Brunetti, A. (1960). *Tratado del Derecho de las sociedades*, Buenos Aires: UTEHA.
- Bullard González, A., Falla Jara, A. y Roldán Barraza, N. (2012). In god we trust, all other bring data. ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú?, *THEMIS Revista de Derecho*, 62, pp. 83-122. La versión que se cita en este trabajo se ha recuperado de <https://goo.gl/JmC9YQ> con una numeración distinta, ya que la versión de la Revista THEMIS no se encuentra disponible en línea.
- Calvo, C y Goñi N. (1999) *El Control de Concentraciones de Empresas en Europa*, Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Carrillo, P. (2012). El control de fusiones económicas o de cómo existe aún el arte de mantener el equilibrio. *THEMIS Revista de Derecho*, 61.
- Caviedes, C. (2012). *Sistemas de control preventivo de fusiones en Derecho comparado*, Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Cidoncha, A. (2006). *La libertad de empresa*, Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- Diez Canseco, L, Falla Jara, A, Quintana Sánchez, E. y Távora Martín, J. (2012). Mesa redonda: Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú. *Ius et Veritas*, 44.
- Durand, F. (2017). *Mercados concentrados: ¿falla el mercado y falla el Estado?* Escuela de Gobierno y Políticas Públicas, PUCP. Documento de trabajo de la Plataforma para la reflexión Democrática. Ya no disponible en la web.
- Elías, E. (2002). *Derecho societario peruano: la ley general de sociedades del Perú*, Trujillo: Normas Legales.

- Fernández, C. y Vila, C. (2012). Procedimientos administrativos en materia de control de concentraciones económicas. *Cuatrecasas Gonçalves Pereyra* (artículo web). Recuperado de <<https://goo.gl/Arxkfa>>
- Fernández, F. (2009). El procedimiento de control de concentraciones y la supervisión por organismos reguladores de las ofertas públicas de adquisición. *Derecho de los negocios*, 221.
- Folguera Crespo, J., y Vidal Martínez, P. (2015a). Artículo 8. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Folguera Crespo, J., y Vidal Martínez, P. (2015b). Artículo 9. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Folguera Crespo, J., y Vidal Martínez, P. (2015c). Artículo 10. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Galán Corona, E. (1995). Concentración económica. *Enciclopedia jurídica básica*. Madrid: Civitas.
- García Pérez, M. (2002), Test de dominancia versus test de disminución sustancial de la competencia: a debate el criterio para prohibir una concentración. *II Seminario de expertos del Centro de Política de la Competencia: "Test de dominancia versus test de disminución sustancial de la competencia: Debate sobre el criterio para prohibir una concentración"*, Universidad San Pablo – CEU.
- González, A. y Huneeus, F. (2015). Hacia un sistema de control preventivo de fusiones para Chile. *Trabajos de Investigación en Políticas Públicas*, 19. Recuperado de: <<https://goo.gl/J4R22k>>
- González, H. y Contreras, M. (2015). ¿Dudas en relación con el umbral de cuota de mercado? La CNMC exige mayor diligencia en la determinación de la obligación de notificación. Herberth, Smith Freehills. Recuperado de: <<https://goo.gl/HBoKYT>>

International Competition Network (2010). Prácticas recomendables para procedimientos de notificación de concentraciones. Recuperado de: <<https://goo.gl/WQKQSS>>

Jiménez, F. (2012). *Elementos de teoría y política macroeconómica para una economía abierta*. Lima: PUCP.

Khenami, R. (1993). Objetivos de la política de competencia. *Planeación y desarrollo*, 24(2).

Kresalja, B. (1993). Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 47.

Laguna de Paz, J. (2006). *La autorización administrativa*. Cizur Menor: Aranzadi.

Laguna de Paz, J. (2016). *Derecho administrativo económico*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Martín Pastor, J. (2015a). Artículo 36. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Martín Pastor, J. (2015b). Artículo 41. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Monsalve, F. (2005). *Temario de Economía Industrial, pro manuscrito*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.

Navarro Varona, E. (2015a). Artículo 55. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Navarro Varona, E. (2015b). Artículo 56. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Navarro Varona, E. (2015c). Artículo 57. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

- Navarro Varona, E. (2015d). Artículo 58. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Nehme, Z. y Mordoj, B. (2012). Diseños institucionales de control de concentraciones, *Estudios Públicos*, 125.
- OCDE (2007a), *Derecho y política en América Latina. Exámenes inter pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú*. OECD Publishing.
- OCDE (2007b). Managing complex mergers cases. *Organización for Economic Co-operation and Development*. Recuperado de: <<https://goo.gl/wB5QH4>>
- OCDE (2014). *Evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile. Informe del Secretariado de la OCDE*. Recuperado de <<https://goo.gl/YUVWXS>>
- Olivos, M. (2012). El control previo de las concentraciones empresariales en una economía social de mercado: Análisis del caso peruano. *Contexto Revista de Derecho y Economía*, 36.
- OSINERG, (2003). Concentraciones horizontales en la actividad de generación eléctrica: El caso peruano. Documento de Trabajo N° 2. Recuperado de <<https://goo.gl/8Dt8zY>>
- OSIPTTEL (2018a). *Comentarios al Anteproyecto de Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia*. Recuperado de <<https://goo.gl/aHsBgY>>
- OSIPTTEL (2018b). Comentarios al Proyecto de Ley N° 2604/2017-CR. Recuperado de: <<https://goo.gl/Hu4Twt>>
- Pachas, C. (2005). ¿Dudar? Quizás: El control de las concentraciones y las fusiones empresariales. *Derecho y Cambio social*, 6. Recuperado de: <<https://goo.gl/Zw981i>>
- Pérez Gómez, A. (2002). *El control de las concentraciones de medios de comunicación: Derecho español y comparado*. Madrid: Dykinson.

- Pérez, N. (2016). Control de concentraciones en el sector eléctrico y gasista, *Revista Peruana de Energía*, 5.
- Quintana, E., Zúñiga, T., Granda, C. (2013). Mesa Redonda: Derecho de la Competencia versus fusiones y adquisiciones: el Estado de Cuestión en el Perú, *Derecho y Sociedad*, 41.
- Quiroga, M. y Rodríguez, M. (1997). *La concentración de empresas y libre competencia*. Lima: Cultural Cuzco.
- Rebaza, A. (1997). El control de adquisiciones y fusiones en la Nueva Ley Antimonopolio del Sector Eléctrico, *THEMIS: Revista de Derecho*, 36.
- Rojas, J. (2006). El Control de las Concentraciones Empresariales en la Perspectiva del Derecho de la Competencia. En Ramírez L. (Coord.), *Temas Actuales de Derecho de la Empresa: IX Jornadas de Derecho de la Empresa. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Piura 11 y 12 de noviembre de 2005*, Lima: Palestra Editores.
- Roldán, N. (2012). Control de fusiones: evaluando la conveniencia de su aplicación en el Perú. *RAE Jurisprudencia*, diciembre.
- Salinas Rivas, S. (2006). La Ley antimonopolio y antioligopolio en el sector eléctrico: ¿sobreregulando el mercado?, *Ius et veritas*, 33.
- Sánchez, M. (2017). *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Tecnos.
- Soto, J. (2016). Aportes comunes de las escuelas de Chicago y Harvard en materia de libre competencia. El aporte del Neoinstitucionalismo. *Working paper*. Recuperado de: <<https://goo.gl/jSv6aD>>
- Távora, J. y Diez Canseco, L. (2003). Estabilizando el péndulo: control de fusiones y concentraciones en el Perú. *THEMIS: Revista de Derecho*, 47.

Verástegui Corrales, C, Ortiz Burga, A, y Parra Rivera, R. (2018). El proceso de evaluación previa en las fusiones y adquisiciones empresariales en el Perú. *Quipucamayoc*, 26. Recuperado de: <<https://goo.gl/sKvKXc>>

Wolter Kluvers (2018). *Guías jurídicas*. Voz: “Policía (Derecho administrativo)”. Recuperado de: <<https://goo.gl/tCmxG>>

Zegarra, A. (2015), *Notas de Derecho Mercantil. Parte general, pro manuscrito*. Piura: Universidad de Piura.