



Inicio > Pólemos > El largo camino hasta llegar a la ley de control previo de las operaciones de concentración empresarial

PÓLEMOS

El largo camino hasta llegar a la ley de control previo de las operaciones de concentración empresarial

12 febrero, 2021 | 124 vistas

Hugo R. Gómez Apac

Profesor en la Maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico.

La defensa de la libre competencia aparece con propiedad en el Perú en noviembre de 1991[2] con la dación del Decreto Legislativo 701 – Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia[3], que era una ley de competencia incompleta, pues si bien albergaba el “control *ex post* de las conductas anticompetitivas” (el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales), carecía del “control *ex ante* de las concentraciones empresariales anticompetitivas” (**control de estructuras**).

Dos años después entró en vigencia la Constitución Política del Perú de 1993, cuyo artículo 60 establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia, y combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas; asimismo, que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. Ante un mandato constitucional tan contundente para la defensa de la libre competencia, pudo pensarse que en breve se aprobaría el ausente control de estructuras, lo que no ocurrió. Desde la década de los noventa del siglo pasado, algunos funcionarios del Indecopi se opusieron tenazmente al control de estructuras. Ya en el nuevo siglo, siguieron oponiéndose pero desde fuera del Indecopi[4], con el apoyo de funcionarios del MEF[5]. Su argumento principal, que la economía peruana era pequeña y que necesitaba campeones nacionales, es decir, que a través de fusiones y otras formas de concentración debía permitirse a las empresas crecer, adquirir economías de escala y enfrentar el comercio internacional con un ropaje más competitivo.

Lo que no pudo evitarse fue la dación del control de estructuras en el sector eléctrico. En la referida década se fragmentó (desintegración vertical) a las empresas públicas de electricidad en empresas de generación, de transmisión y de distribución de electricidad, y se privatizaron muchas de ellas. Sin embargo, a mediados de dicha década, la empresa Endesa de España empezó a revertir la desintegración al tomar el control de diversas empresas de generación y distribución eléctrica, lo que obligó al Congreso a expedir la Ley 26876 – Ley Antimonopolio y Antilolopolio del Sector Eléctrico de noviembre de 1997[6].

Una década después, con el objeto de generar un entorno más competitivo que permita aprovechar de mejor manera el mercado ampliado derivado del acuerdo de libre comercio suscrito con Estados Unidos de América, se reformó la legislación de competencia. El Decreto Legislativo 701 fue sustituido por el Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de junio de 2008. Esta vez los funcionarios del Indecopi, desde donde se proyectó la mencionada ley[7], sí estaban de acuerdo con introducir el control de estructuras, pero el MEF se opuso.

En los años que vinieron se acentuó la presión para la aprobación de un régimen general de control de estructuras. Diversos proyectos de ley se elaboraron con ese propósito, pero la negativa del MEF frustró dichas iniciativas. En marzo de 2013 entró en vigencia el acuerdo de libre comercio suscrito con la Unión Europea, cuyo art. 259 establece que los países partes considerarán incompatible con dicho tratado las concentraciones de empresas que obstaculicen significativamente la competencia efectiva, en particular como resultado de la creación o fortalecimiento de una posición de dominio. En el 2015, la OCDE[8], en un estudio sobre la competencia en el Perú[9], recomendó introducir el control de estructuras.

La presión dio fruto en noviembre de 2019. El Poder Ejecutivo expidió el Decreto de Urgencia 013-2019[10] (**DU 013-2019**), que aprobó el control previo de operaciones de concentración empresarial. Una norma de control de estructuras completa, que recogía las recomendaciones sobre la materia emitidas por la OCDE y la International Competition Network, con umbrales objetivos (las ventas o ingresos brutos anuales de las empresas intervinientes) excesivamente altos, con un procedimiento de doble fase y con la tipificación adecuada de medidas correctivas y sanciones. Sin embargo, la oposición que había existido por décadas pasó factura; aún quedaban rastros de escepticismo sobre las bondades del referido control. Se establece que el DU 013-2019 iba a entrar en vigencia en un plazo de 9 meses y únicamente por un período de 5 años. En plena pandemia de la COVID-19, en mayo del año pasado, se expidió el Decreto Legislativo 1510[11] con el objeto de postergar la vigencia del decreto de urgencia para el 1 de marzo de 2021. Parecía que nunca iba a entrar en vigencia el control de estructuras.

Meses después, el Congreso decidió que el control de estructuras no podía esperar más. Aprobó una ley que recogía el texto del DU 013-2019 con dos cambios relevantes: (i) la intervención de oficio del Indecopi para conocer las operaciones de concentración que, si bien se encontraban por debajo de los umbrales, podían crear posición de dominio o afectar la competencia efectiva; y, (ii) que tratándose de operaciones de concentración que comprometían la solidez o estabilidad del sistema financiero, el control previo lo efectuaría el Indecopi, y no la SBS[12], la que simplemente daría una opinión no vinculante. Estos dos cambios fueron criticados por el Indecopi, el MEF y la SBS, por lo que el Presidente observó la ley.

El Congreso, en ejercicio de sus facultades constitucionales, optó por la insistencia de la propuesta legislativa, pero cediendo en lo relativo a la competencia de la SBS, de modo que el texto en este extremo quedó tal como lo había planteado el DU 013-2019, es decir, que en caso de riesgo relevante e inminente que comprometa la solidez o estabilidad de las empresas financieras involucradas, solo se requerirá el control previo de la SBS. Es así que la Presidenta del Congreso promulgó el 6 de enero de este año la Ley 31112 – Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, publicada al día siguiente en el diario oficial El Peruano. Esta ley debería entrar en vigencia el 21 de febrero de 2021[13]; sin embargo, el retraso en la aprobación de su reglamento hace prever que entrará en vigor con posterioridad a dicha fecha.[14]

Para terminar, veamos brevemente algunos puntos relevantes de la Ley 31112. Su finalidad, promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Constituyen operaciones de concentración, la fusión de empresas, la adquisición del control de un agente económico a través de la compra de acciones o activos productivos, la constitución de una empresa común por parte de dos o más agentes económicos, etc. Una operación de concentración deberá ser notificada al Indecopi si supera, de manera concurrente, los siguientes umbrales objetivos: (i) si la suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de las empresas involucradas, durante el año anterior, fue igual o superior a 118.000 UIT (142 millones de dólares); y, (ii) si el valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de al menos dos de las empresas involucradas, durante el año anterior, fue igual o superior a 18.000 UIT (21 millones de dólares). Independientemente de los umbrales, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia podrá actuar de oficio en los casos que haya indicios razonables para considerar que una operación de concentración puede generar posición de dominio o afectar la competencia efectiva en el mercado relevante. Es claro que dicha facultad debe ser ejercida de manera oportuna, por lo que se espera que el reglamento de la Ley establezca el plazo[15] en el que dicha secretaria técnica podrá actuar de oficio, y así evitar generar inseguridad jurídica en los agentes económicos.

Para analizar la operación de concentración, el Indecopi deberá tomar en consideración la estructura del mercado involucrado, la competencia real o potencial de los agentes económicos, la evolución de la oferta y la demanda de los productos o servicios de que se trate, las fuentes de distribución y comercialización, las barreras legales, el poder económico y financiero de las empresas involucradas, la creación o fortalecimiento de una posición de dominio, y la generación de eficiencias económicas. La autoridad aprobará la operación si las eficiencias económicas compensan los efectos restrictivos de la competencia, o podrá autorizarla con condiciones. Si no es posible establecer condiciones que eviten o mitiguen los efectos restrictivos, no se autorizará la operación.

Antes del inicio del procedimiento de control previo, los agentes económicos pueden realizar consultas de carácter orientativo. El procedimiento consta de dos fases. Con relación a la primera fase, una vez que la solicitud esté completa —que se hayan subsanado las observaciones, de haberlas—, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia tendrá 30 días hábiles (**dh**) para evaluar si la operación de concentración se encuentra bajo la aplicación de la ley y si genera serias preocupaciones para la competencia. Si no se da lo primero, concluirá el procedimiento; y si no se da lo segundo, se autorizará la operación. Si advierte tales preocupaciones, comunicará a los interesados los riesgos detectados, iniciando la segunda fase, que dura 90 dh (prorrogable por 30 dh adicionales), en la que se analizará con mayor profundidad los efectos positivos y negativos de la operación. En cualquier fase se puede solicitar la realización de una audiencia, caso en el cual el plazo previsto en cada fase se ampliará hasta por 15 dh. En caso de que los solicitantes presenten propuestas de compromiso destinados a evitar o mitigar los posibles efectos anticompetitivos, el plazo de cada fase quedará suspendido conforme a lo establecido en el núm. 8.4 del art. 8 de la Ley 31112.

El régimen sancionador prevé la imposición de multas en caso de que el obligado no presente la solicitud de autorización previa de la operación de concentración; se ejecute una operación de concentración antes de que se emita la resolución de la autoridad; se incumplan o contravengan las condiciones establecidas en la autorización; se ejecute una operación de concentración pese a la denegatoria de la autorización; se niegue injustificadamente a suministrar la información requerida o se suministre información incompleta, incorrecta, adulterada, engañosa o falsa; entre otros.

El Perú tendrá al fin un régimen general de control previo de las concentraciones empresariales. La política de competencia peruana tendrá los cuatro pilares necesarios para asegurar una competencia efectiva en los mercados: control de conductas, control de estructuras, abogacía de la competencia y control de las barreras burocráticas. Estos pilares se levantan para garantizar la libertad económica, promover la eficiencia económica y lograr el mayor bienestar de los consumidores.

Quito, 10 de febrero de 2021.

Referencias

[1] Un antecedente más remoto podría ser la Ley 8951 de octubre de 1939, que prohibió la concertación de *trusts*, cárteles, consorcios, convenios, alianzas y pactos conducentes a producir el alza de los precios de los artículos de primera necesidad, de materias primas y otros que afecten el interés social. Sin embargo, dicha ley, más que buscar defender la libre competencia, limitaba la libertad de comercio e industria con la finalidad de abaratar los productos de subsistencia durante la Segunda Guerra Mundial.

[2] Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 7 de noviembre de 1991.

[3] El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

[4] El Ministerio de Economía y Finanzas.

[5] La Ley 26876 se encuentra vigente a la fecha de redacción del presente artículo.

[6] El autor del presente artículo era Secretario Técnico de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, y estuvo a cargo del grupo de trabajo que elaboró el anteproyecto de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

[7] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD).

[8] OECD, *Multi-dimensional Review of Peru: Volume I. Initial Assessment*, OECD Development Pathways, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 128.

[9] Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 19 de noviembre de 2019.

[11] Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de mayo de 2020.

[10] La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

[11] En el supuesto de que se hubiesen cumplido los plazos establecidos en su sexta, novena y duodécima disposiciones complementarias finales.

[12] Recién con la entrada en vigencia de la Ley 31112 quedarán derogados la Ley 26876 (con excepción de su art. 13), el DU 013-2019 y el Decreto Legislativo 1510.

[13] Un plazo razonable podría ser de un año a partir del momento del cierre o ejecución de la operación de concentración.

📖 ❤️ ♡ 🔍 in

Publicación anterior: Los derechos a fundar una familia y a contraer matrimonio, con independencia de la orientación sexual | Siguiente publicación: En las orillas del Estado: los superhéroes y el Derecho

ARTÍCULOS RELACIONADOS



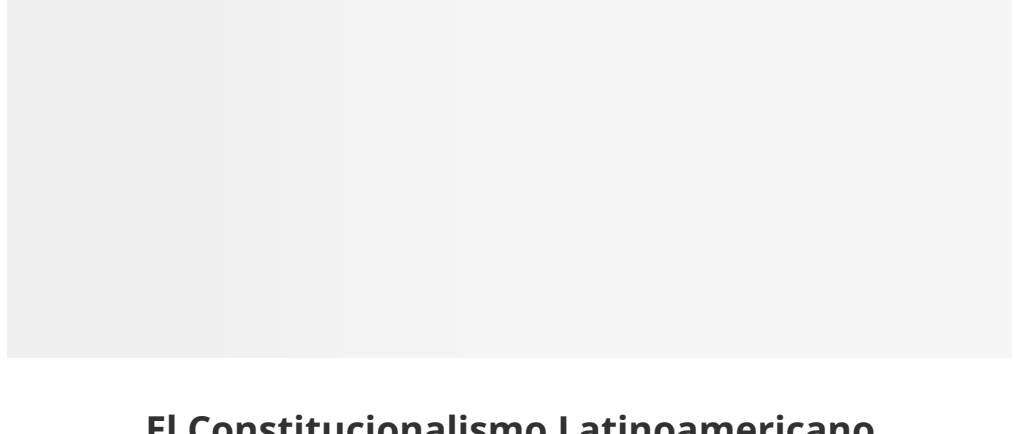
¿Cambio de nombre o cambio de paradigma? La prevención como fundamento de la JPRD

25 noviembre, 2025



El camino de Andrés Gallego: Una vida dedicada al anuncio del Evangelio

18 noviembre, 2025



El Constitucionalismo Latinoamericano Contemporáneo: Entre la Democratización y la Concentración del Poder

4 noviembre, 2025

¿Quieres publicar en Pólemos? Envía tu artículo y revisa nuestras Políticas de Publicación antes de enviarlo.

Tu nombre | Tu correo | Seleccionar archivo | ningun archivo seleccionado | ENVIAR

DESCARGAR POLÍTICAS DE PUBLICACIÓN

El Portal Jurídico-Interdisciplinario «Pólemos» es un espacio académico orientado al análisis de temas jurídicos y de actualidad. Nos distinguimos por tratar el Derecho desde un enfoque interdisciplinario, integrando conocimientos de distintas disciplinas para ofrecer una comprensión más integral y enriquecedora.



EQUIPO EDITORIAL

Directora: Mariana Isabel García Jiménez

Consejo Editorial:

Camila Alexandra Infante García
Luis Sebastián Cabrejos Vilcarino
María Fernanda Rojas Linares
Luz Violeta Arce Castro
Alessandro Paredes Chumplitazi
Geraldine Chuquillanqui Guerra
Ariana Delia Aleman Benites

SELECCIONADO POR EDITORES

Reflexiones en torno al término del ciclo negocial en el sector público. ¿Es...

La intangibilidad de las Áreas Naturales Protegidas frente a la promoción de hidrocarburos...

Protección de Datos Personales y IA: ¿Es suficiente la Ley 29733 para proteger...

ÚLTIMOS ARTÍCULOS

Reflexiones en torno al término del ciclo negocial en el sector público. ¿Es legal que el trato directo, la conciliación o el arbitraje termine indefectiblemente el 30 de junio de cada año?

La intangibilidad de las Áreas Naturales Protegidas frente a la promoción de hidrocarburos: El principio de no regresión en el caso Bahujá Sonene

Protección de Datos Personales y IA: ¿Es suficiente la Ley 29733 para proteger los datos personales en contextos de IA?

El ambiente y su protección en la denominada “Constitución ecológica” del sistema jurídico peruano

