



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho

**La evaluación previa a las concentraciones
empresariales en el Perú: análisis desde la economía
social de mercado**

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogada

AUTOR

Nataly Ivonne HILARIO FLORES

ASESOR

Juan Francisco ROJAS LEO

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Hilario, N. (2023). *La evaluación previa a las concentraciones empresariales en el Perú: análisis desde la economía social de mercado*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Nataly Ivonne Hilario Flores
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	72630436
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0003-4600-7032
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Juan Francisco Rojas Leo
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	08050134
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0003-0768-0216
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Jorge Guillermo Gutierrez Tudela
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06155396
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Juan Gualberto Chavez Marmanillo
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	10282120
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Jaime Niltong Lara Marquez
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	09074101
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Pedro Enrique Bernui Ore
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08204622

Datos de investigación	
Línea de investigación	No aplica.
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	Universidad Nacional Mayor de San Marcos País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Cercado de Lima (WWV8+G5Q, Lima 15081) Latitud: -12.05819215 Longitud: -77.0189181894387
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2020 - 2022
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01 Administración pública https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.06.02



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**ACTA DE EXAMEN ORAL PARA EL OTORGAMIENTO
DEL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA CON
PRESENTACIÓN, SUSTENTACIÓN Y
APROBACIÓN DE TESIS**

N° 005

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores, doctores:

1.-PRESIDENTE: **Mg. JORGE GUILLERMO GUTIERREZ TUDELA**
Mg. JUAM GUALBERTO CHAVEZ MARMANILLO
Dr. JAIME NILTONG LARA MARQUEZ
Abg. JUAN FRANCISCO ROJAS LEO
Abg. PEDRO ENRIQUE BERNUI ORE

La postulante al Título Profesional de Abogada, bachiller doña:

Nataly Ivonne Hilario Flores

Procedió la sustentación de su Tesis, titulado:

**LA EVALUACIÓN PREVIA A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL
PERÚ: ANÁLISIS DESDE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO**

En la redacción de la pieza jurídica la graduanda fue aprobada con la nota de:

QUINCE (15)

Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando la candidata:

APROBADA POR UNANIMIDAD CON LA NOTA DIECISEIS (16)

Y para constancia se le extiende la presente acta, en Lima a los DIECISIETE Días del mes de MAYO del año 2023

Presidente del Jurado



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Universidad del Perú. DECANA DE AMÉRICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Escuela Profesional de Derecho

INFORME DE EVALUACIÓN DE ORIGINALIDAD

IOTT N° 002-EPD-2023-FDCP/UNMSM

1. Facultad : FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
2. Escuela : ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO
3. Autoridad académica que emite el informe de originalidad :
DIRECTOR DE LA ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO
4. Apellidos y Nombres de la autoridad académica:
Dr. CHEDORLAOMER RUBÉN GONZALES ESPINOZA
5. Operador del programa informático de similitudes:
SOFIA FELICIA MARTINEZ RAYMONDI
6. Documento evaluado (Tesis para Optar el Título Profesional de Abogado):
**LA EVALUACIÓN PREVIA A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL PERÚ:
ANÁLISIS DESDE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO**
7. Autor del documento: **Nataly Ivonne Hilario Flores**
8. Fecha de recepción de documento : 09/01/2023
9. Fecha de aplicación del programa informático de similitudes : 01/02/2023
 - **Software utilizado: Turnitin**
10. Configuración del programa detector de similitudes
 - Excluye textos entrecorridos
 - Excluye bibliografía
 - Excluye cadenas menores a 40 palabras
11. Porcentaje de similitudes según programa detector de similitudes: **07% (siete por ciento)**
12. Fuentes originales de las similitudes encontradas (Detalles en el Anexo I):

LA EVALUACIÓN PREVIA A LAS CONCENTRACIONES
EMPRESARIALES EN EL PERÚ: ANÁLISIS DESDE LA ECONOMÍA
SOCIAL DE MERCADO

INFORME DE ORIGINALIDAD

7%	5%	6%	3%
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE
13. Observaciones: Ninguna
14. Calificación de originalidad
 - **Documento cumple criterios de originalidad, sin observaciones.**
15. Fecha del Informe: 02 de febrero de 2023



Sofia Felicia Martínez Raymondi
Evaluador / DNI 07471620

A mis padres, Ivonne e Isaías, por haberme brindado una familia y permitirme gozar de su verdadero significado, cimiento inspirador fundamental de los pasos que daré a lo largo de los próximos años en cada aspecto de mi vida.

A mis hermanos, Eillyn y Brayton, por ser mis mejores amigos de la vida, al haber aportado en gran parte de mi formación integral gracias al sinfín de experiencias compartidas.

«Las únicas sociedades que han sido capaces de crear una prosperidad relativa ampliamente extendida han sido aquellas que han confiado principalmente en los mercados capitalistas».

Milton Friedman

«Pienso que modificando el capitalismo, sabiamente, puede volverse probablemente más eficiente para alcanzar los fines económicos que todos los sistemas alternativos hasta el momento, pero este sistema es, en muchos aspectos, extremadamente criticable».

John Maynard Keynes

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL	v
AGRADECIMIENTOS	ix
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE: MARCO METODOLÓGICO	5
CAPÍTULO I: PROTOCOLO DE LA INVESTIGACIÓN	6
1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	6
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
2.1. Problema general (principal)	7
2.2. Problemas específicos (secundarios)	7
3. OBJETIVOS	7
3.1. Objetivo general	7
3.2. Objetivos específicos.....	7
4. JUSTIFICACIÓN	8
4.1. Relevancia jurídica y legal	8
4.2. Relevancia político-social.....	8
4.3. Implicancias prácticas	8
4.4. Valor teórico	8
4.5. Utilidad metodológica	9
5. HIPÓTESIS	9
5.1. Hipótesis general (principal)	9
5.2. Hipótesis específicas (secundarias).....	9
6. VARIABLES	9
7. INDICADORES	10
8. ANTECEDENTES	10
9. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	13
9.1. Diseño	13
9.2. Tipología de la investigación	13
9.3. El método a aplicarse en la investigación (enfoques metodológicos)	14
9.4. Ámbito y tiempo	14

9.5.	Técnicas e instrumentos de investigación.....	14
9.6.	Viabilidad y limitaciones para la investigación.....	15
SEGUNDA PARTE: MARCO TEÓRICO		16
CAPÍTULO II: LIBERALISMO ECONÓMICO Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.....		17
1.	DESARROLLO DEL PENSAMIENTO ECONÓMICO LIBERAL.....	17
1.1.	El Estado en el liberalismo clásico: Adam Smith	18
1.2.	El Estado en la doctrina intervencionista: John Maynard Keynes.....	21
1.3.	El Estado en el surgimiento del neoliberalismo: Ludwig von Mises y Friedrich von Hayek.....	25
1.4.	El Estado en el monetarismo: Milton Friedman.....	30
2.	CONTEXTO PARA EL SURGIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ...	33
3.	EVOLUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA Y ABORDAJE DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	41
3.1.	El liberalismo clásico en las constituciones del siglo XIX	42
3.2.	La Constitución económica peruana de 1979	46
3.3.	La Constitución económica peruana de 1993	57
3.4.	Desarrollo doctrinal del Tribunal Constitucional en cuanto al concepto de economía social de mercado	73
4.	TOMA DE POSTURA: LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SUS LÍMITES EN ARAS DE LA PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA	88
CAPÍTULO III: EL ROL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO		104
1.	LA ESCUELA DE FRIBURGO Y LAS BASES DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	104
2.	PRINCIPIOS DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	122
2.1.	Principios socio-políticos.....	124
2.1.1.	Principio del Estado social	124
2.1.2.	Principio de responsabilidad personal	125
2.1.3.	Principio de compensación social.....	126
2.1.4.	Principio de solidaridad	127
2.1.5.	Principio de subsidiariedad.....	130
2.1.6.	Principio de consenso.....	133
2.2.	Principios económicos.....	134
2.2.1.	Principios estructurales y reguladores	134
2.2.2.	Principio de proceso de mercado e intervención	142

2.2.3.	Principio de política de ordenamiento y política de procesos	143
2.2.4.	Principio de un Estado fuerte y limitado	144
3.	TOMA DE POSTURA: ¿ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN EL PERÚ?....	144
CAPÍTULO IV: EVALUACIÓN PREVIA A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES DENTRO DEL MARCO TEÓRICO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y EXPERIENCIAS INTERNACIONALES		
1.	DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	163
1.1.	Definición, finalidad y bien jurídico protegido	163
1.2.	Principio de libre competencia económica.....	168
1.3.	Políticas de protección de la libre competencia	177
2.	CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL Y PODER DE MERCADO.....	196
2.1.	Definición y origen de las concentraciones empresariales.....	196
2.2.	Mecanismos (formas) de concentración empresarial: horizontal, vertical y de conglomerado	206
2.3.	Medición de la concentración empresarial: el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI)	209
3.	EXPERIENCIAS INTERNACIONALES	211
3.1.	ESTADOS UNIDOS.....	214
3.2.	UNIÓN EUROPEA.....	226
3.3.	LATINOAMÉRICA.....	247
4.	TOMA DE POSTURA: ESTÁNDAR DE EN QUÉ CONSISTE EL ABORDAJE DE LA EVALUACIÓN PREVIA A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES	274
CAPÍTULO V: EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO PERUANO APLICABLE A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES		
1.	DOS DE LOS CASOS QUE HAN PASADO DESAPERCIBIDOS: BACKUS E INRETAIL	282
2.	DESARROLLO CRONOLÓGICO NORMATIVO	285
2.1.	Ley N.º 26876: incipiente aproximación a la regulación de concentraciones empresariales (sector eléctrico).....	287
2.2.	Decreto de Urgencia N.º 013-2019: apresuramiento innecesario y la constitucionalidad de un decreto de urgencia	290
2.3.	Decreto Legislativo N.º 1510: modificación e incorporación de disposiciones al Decreto de Urgencia N.º 013-2019	308
2.4.	Ley N.º 31112 y Decretos Supremos N.º 039 y 121-2021-PCM: vigente control a las concentraciones empresariales.....	310
3.	TOMA DE POSTURA: ¿PODEMOS DECIR QUE EL PROBLEMA YA ESTÁ RESUELTO?	322

3.1. ¿Solo para postular a la OCDE? No tuvimos ley por una cuestión ideológica	324
3.2. ¿Los umbrales de notificación establecidos enfrentan al problema?	338
3.3. La debilidad del modelo del Indecopi y su necesidad de reforma	339
TERCERA PARTE: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	343
1. CONCLUSIONES	344
2. RECOMENDACIONES	347
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	348
LIBROS	348
ARTÍCULOS	361
TESIS	392
NORMAS Y JURISPRUDENCIA	395
ANEXOS	399
ANEXO 1: Matriz de consistencia	400
ANEXO 2: Ley N.º 26876: «Ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico»	402
ANEXO 3: Decreto de Urgencia N.º 013-2019: «Decreto de urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial»	407
ANEXO 4: Decreto Legislativo N.º 1510: «Decreto legislativo que modifica e incorpora disposiciones al Decreto de Urgencia N.º 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial»	416
ANEXO 5: Ley N.º 31112: «Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial»	421
ANEXO 6: Decreto Supremo N.º 039-2021-PCM: «Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 31112»	431
ANEXO 7: Decreto Supremo N.º 104-2021-PCM: «Decreto Supremo que aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual»	442
ANEXO 8: Resolución N.º 000060-2021-PRE/INDECOPI: «Aprueban la Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)»	445
ANEXO 9: Decreto Supremo N.º 121-2021-PCM: «Aprueban la modificación del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI por la incorporación de los procedimientos administrativos regulados en la Ley N.º 31089 y en la Ley N.º 31112 y su Reglamento»	447

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, agradezco a Dios por haberme permitido contar con las condiciones necesarias para la realización de la presente investigación, a pesar de las dificultades suscitadas durante el proceso.

Del mismo modo, doy infinitas gracias a mis padres, Ivonne Fanny Flores Bullón e Isaías Habraam Hilario Quispe, por confiar en mí y por su incondicional soporte en todo momento, brindándome la tranquilidad y el regocijo familiar que reconforta tanto frente a los desafíos de la vida.

Igualmente, agradezco a mis hermanos, Eillyn Fanny y Brayton Elison Hilario Flores, por su respaldo y apoyo emocional durante esta etapa, siendo magníficos partícipes de las risas que necesitaba en momentos de tensión.

De manera especial, quiero agradecer a Juan Ernesto Muñoz Moore, mi compañero de vida y cómplice de aventuras, por ser quien me animó a asumir el reto de realizar la presente investigación y por alentarme a luchar para cumplir mis sueños.

Asimismo, estoy agradecida con mi asesor, Juan Francisco Rojas Leo, por su predisposición desde el primer momento en el que le propuse que fuera el asesor de esta tesis. De igual modo, por haberme brindado la oportunidad de ser su ayudante y asistente de cátedra como parte de mi formación académica, experiencia de la que aprendí mucho. Muchas gracias por sus consejos, recomendaciones y ejemplo de probidad profesional, querido maestro.

Por último, gracias a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por ser mi segundo hogar siempre. Más allá de los profesores que conocí y las clases impartidas, aprendí a mantenerme firme en mis convicciones y a salir de mi zona de confort para alcanzar mis objetivos: sin límites.

RESUMEN

La presente investigación aborda la importancia de la implementación del procedimiento de evaluación previa a las concentraciones empresariales en el Perú. Para dicho efecto, se ha tomado en cuenta los aspectos propios de la economía social de mercado, ya que —en ocasiones— se han contravenido sus conceptos con los de concentración empresarial.

Precisamente, debido a este tipo de confusiones por desconocimiento de lo que significa el régimen de economía social de mercado, nos animamos a tratar el presente tema enfocándonos desde dicha perspectiva. Más aún, con la vigencia de la Ley N.º 31112, lo cual conlleva a preguntarnos si hay motivos justificados para su promulgación.

En ese sentido, se aterrizará en establecer si podemos decir que el problema ya está resuelto; es decir, si la ley vigente está dirigida a que se cumpla su finalidad o si solo se trata de una función simbólica.

Palabras clave: control de concentraciones empresariales, economía social de mercado, libre competencia, constitución económica.

ABSTRACT

This investigation is about the importance of the implementation of merger control in Peru. For this purpose, we have considered the aspects of the social market economy, since there are authors who contravene the concepts of social market economy and merger.

Precisely, thanks to these confusions due to ignorance of what the social market economy regime means, we will talk from that perspective. Even more so, with the validity of Law N.º 31112, which leads us to ask ourselves if there are justified reasons for its enactment.

In that sense, we will conclude if the problem is already solved; that is, if the current law is aimed at fulfilling its purpose or if it is only a symbolic function.

Keywords: merger control, social market economy, free competition, economic constitution.

INTRODUCCIÓN

Cada uno de nosotros, en algún momento, ha acudido directamente a la cadena (comercialmente conocida) de farmacias más cercana a comprar un medicamento. Sin pensarlo dos veces. ¿Acaso hacemos esta elección sin darnos cuenta? Peor aún: ¿qué sucede si, aparentemente, hay distintas de estas cadenas de farmacias cerca cuando, en realidad, todas estas pertenecen a un mismo propietario? ¿Acaso están afectando nuestro derecho a elegir dónde compramos?

Pues bien, constantemente, se dice que Perú está siendo parte de un altisonante crecimiento económico. Por ende, los escenarios de fusiones, adquisiciones y demás tipos de concentraciones empresariales en los diversos sectores económicos están a la orden del día. Ahora, ¿cómo debe desempeñarse el Estado frente a esta coyuntura? ¿Qué rol le corresponde cumplir? Siguiendo los lineamientos del derecho de la competencia, sabemos que se debe ejercer un adecuado control como parte de las políticas de defensa de la competencia.

Se trata del control previo a las operaciones de concentración empresarial, para ser más precisos. Y es que en el 2019 la coyuntura política conllevó a que se apruebe el Decreto de Urgencia N.º 13-2019, el cual establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, tema que estuvo pendiente por varios años en la agenda del Congreso. Luego, el 7 de enero de 2021 fue publicado en el Diario Oficial «El Peruano» la anhelada Ley N.º 31112 («Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial»).

En ese sentido, la conveniencia o no de adoptar un sistema de control previo de las concentraciones empresariales en nuestro país se ha suscitado como una de las controversias más voceadas en los planos político, jurídico y económico, sobre todo durante las últimas décadas. Para no ir muy lejos,

recordemos la compra de Inretail a Química Suiza S.A. (Quicorp) en enero de 2018. Retrocediendo un poco más nos encontraremos con la compra del número considerable de acciones que efectuó el Grupo El Comercio al Grupo Epsa en el año 2013 (tema de álgido debate por tratarse del mercado de prensa escrita). Es más, situaremos al sonado y enquistado caso del mercado cervecero.

Es por ello que diversos proyectos de ley aprobados, hasta ese entonces, por la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso de la República volvieron a traer a la palestra esta situación, recordando —además— que, a pesar de que nuestro país aplique políticas de competencia y normas de libre competencia mediante el Decreto Legislativo N.º 1034, el control previo de las concentraciones empresariales solo fue regulado para el sector eléctrico a partir del año 2007 (Ley N.º 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico).

Esta necesidad de regulación general motivó a que especialistas nacionales e internacionales expongan sus pareceres en función a sus experiencias y a su formación académica, mostrándose posiciones a favor o en contra de su implementación.

Y ya que es menester un análisis otorgándole un poco más de protagonismo a las bases de la economía social de mercado, en esta oportunidad nos interesa considerar las implicancias que esta genera como punto de referencia para justificar por qué es idónea la regulación del control previo a las concentraciones empresariales en el Perú. Y no solo por qué es idónea, sino también cómo debe ser.

Bajo ese tenor, hemos dividido la presente investigación en tres partes: marco metodológico, marco teórico y resultados de la investigación. El primer capítulo se encarga de desarrollar el protocolo de la investigación. Por ende, del segundo al quinto capítulo son los correspondientes al marco teórico, los cuales han sido ordenados enfocados en una comprensión paulatina.

El segundo capítulo versa acerca de la constitución económica, empezando el abordaje con una breve reseña del desarrollo del pensamiento económico liberal, el cual consideramos pertinente tratar para explicar bajo qué contexto surgió la necesidad de regular el control previo a las concentraciones empresariales. Del mismo modo, expondremos acerca de la libertad de empresa como derecho fundamental y sus límites en aras de la protección del principio de libre competencia.

En el tercer capítulo abordaremos de qué se trata el modelo de economía social de mercado, cómo y dónde surgió, los principios que lo rigen, así como si Perú cumple con el respeto a sus principales lineamientos, en función al rol del Estado en la economía social de mercado.

En el cuarto capítulo, ya aterrizando en el tema de fondo, describiremos el marco del derecho de la competencia, ya que es bajo este de donde parte la regulación del control previo a las operaciones de concentración empresarial. Además, señalaremos cuáles son los mecanismos de concentración empresarial, así como mayores especificaciones del control previo en sí: a qué se refiere, cómo debe ejercerse, etc. En adición a ello, reseñaremos cómo se ha desarrollado el control previo en la legislación comparada, tomando en cuenta el país de origen de esta institución (Estados Unidos), así como lo sucedido en la Unión Europea y parte de las experiencias latinoamericanas (en concreto, Colombia, Argentina y Chile).

En el quinto capítulo abordaremos la evolución del marco jurídico peruano que se presentó hasta el momento en dicha materia (desde la Ley N.º 26876 [«Ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico»] en 1997 hasta la Ley N.º 31112 [«Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial»] en 2021, con el fin de tener en cuenta cómo hemos llegado al escenario normativo actual. Asimismo, responderemos si, a pesar de que ya existe una ley de concentraciones empresariales, el problema está resuelto o no.

Finalmente, después del desarrollo del marco teórico, aterrizaremos en unas conclusiones y recomendaciones, dando pie a seguir con futuras investigaciones conforme veamos cómo empieza a resultar su aplicación en la realidad peruana.

PRIMERA PARTE: MARCO METODOLÓGICO

CAPÍTULO I: PROTOCOLO DE LA INVESTIGACIÓN

1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

La conveniencia o no de adoptar un sistema de control previo de las concentraciones empresariales en nuestro país se ha suscitado como una de las controversias más voceadas en los planos político, jurídico y económico, sobre todo durante la última década. Para no ir muy lejos, recordemos la compra de un número considerable de acciones que efectuó el Grupo El Comercio al Grupo Epsa en el año 2013.

Es por ello que diversos proyectos de ley aprobados por la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso de la República volvieron a traer a la palestra esta situación, recordando —además— que, a pesar de que nuestro país aplique políticas de competencia y normas de libre competencia mediante los Decretos Legislativos N.º 701 y 1034, el control previo de las concentraciones empresariales no estuvo regulado sino hasta hace poco, a excepción de la regulación para las empresas del sector eléctrico (Ley N.º 26876: «Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico»).

Esta falta de regulación general incentivó que especialistas de talla nacional e internacional expongan sus opiniones acorde a sus experiencias y a su recorrido académico, mostrándose posiciones a favor o en contra de su implementación. Y ya que es importante un análisis desde la economía social de mercado, por ser el modelo político-económico fijado en nuestra Constitución, tendremos en cuenta las implicancias que dicho modelo genera como punto de referencia para justificar por qué es idónea la regulación del control previo a las concentraciones empresariales en el Perú.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. Problema general (principal)

¿Por qué la ausencia de la evaluación previa a las concentraciones empresariales en el Perú contraviene al principio de libre competencia desde la economía social de mercado?

2.2. Problemas específicos (secundarios)

- ¿Cuáles son los factores que determinan la necesidad de la evaluación previa a las concentraciones empresariales desde la economía social de mercado?
- ¿Para qué las concentraciones empresariales necesitan ser reguladas desde la economía social de mercado?

3. OBJETIVOS

3.1. Objetivo general

Explicar por qué la ausencia de la evaluación previa a las concentraciones empresariales en el Perú contraviene al principio de libre competencia desde la economía social de mercado.

3.2. Objetivos específicos

- **Identificar** cuáles son los factores que determinan la necesidad de la evaluación previa a las concentraciones empresariales desde la economía social de mercado.
- **Determinar** para qué las concentraciones empresariales necesitan ser reguladas desde la economía social de mercado.

4. JUSTIFICACIÓN

4.1. Relevancia jurídica y legal

La presente investigación brindará fundamentos puntuales como parte de la propuesta para apostar por la evaluación previa a las concentraciones empresariales en aras de preservar la libre competencia dentro de adecuadas interpretaciones acorde a los alcances de lo que significa una economía social de mercado.

4.2. Relevancia político-social

Esta investigación busca explicar la interconexión entre los factores económicos, políticos y sociales que confluyen para que se presente este tipo de escenario (concentración empresarial) y la influencia de las políticas del Estado para la facilidad de la presentación de este panorama.

4.3. Implicancias prácticas

La presente investigación será de utilidad práctica toda vez que los operadores del derecho encargados de tratar este tipo de casos, tanto desde la perspectiva del sector público como la del sector privado, tengan en cuenta los parámetros de la economía social de mercado a la hora de analizar cada uno de sus componentes y determinar las restricciones a la competencia que se presenten.

4.4. Valor teórico

Esta investigación pretende brindar una alternativa para tratar los casos de concentraciones empresariales con mayor asidero jurídico, tomando en cuenta los distintos factores que deben ser involucrados en un análisis acorde a las implicancias de la economía social de mercado. A su vez, reforzar las razones para que, en función de las políticas de defensa de la competencia económica, se apele a la implementación de un adecuado control previo a las concentraciones empresariales en nuestro país.

4.5. Utilidad metodológica

Se apelar  a un enfoque multidisciplinario; es decir, la economía, política y otras disciplinas interrelacionadas a la jurídica serán las idóneas para abordar el tema planteado. Si bien es cierto, se trata de una tesis de derecho, es fundamental y necesario efectuar el análisis teniendo en cuenta los demás aspectos para lograr un razonamiento concatenado.

5. HIPÓTESIS

5.1. Hipótesis general (principal)

La ausencia de la evaluación previa a las concentraciones empresariales en el Perú contraviene al principio de libre competencia desde la economía social de mercado porque esta busca confluir la libre competencia económica como garantía y el bienestar de los consumidores, y es lo que, precisamente, no genera un escenario de concentración empresarial.

5.2. Hipótesis específicas (secundarias)

- Los factores que determinan la necesidad de la evaluación previa a las concentraciones empresariales desde la economía social de mercado son económicos, políticos y sociales.
- Las concentraciones empresariales necesitan ser reguladas desde la economía social de mercado para que se evite el perjuicio al bienestar de los consumidores.

6. VARIABLES

✓ Independiente (V.I.)

- Economía social de mercado

- ✓ **Dependientes (V.D.)**
 - Evaluación previa
 - Concentraciones empresariales

7. INDICADORES

- ✓ **Economía social de mercado (V.I.)**
 - Constitución económica
 - Libre competencia
 - Bienestar del consumidor
- ✓ **Evaluación previa (V.D.)**
 - Libertad de empresa
 - Políticas de competencia
 - Condiciones de competencia
- ✓ **Concentraciones empresariales (V.D.)**
 - Control de estructuras
 - Marco jurídico peruano
 - Experiencias internacionales

8. ANTECEDENTES

El control previo a las concentraciones empresariales en el Perú se ha planteado desde hace décadas. Diversos artículos¹, libros², mesas redondas³,

¹ ROJAS LEO, Juan Francisco. "El control de las concentraciones empresariales en la perspectiva del derecho de la competencia". En RAMÍREZ, Lorena (coordinadora). *Temas actuales de derecho de la empresa*. Lima: Palestra, 2006, pp. 43-63. / DURAND, Julio. "Construyendo un sistema de control de fusiones para evitar distorsiones en la libre competencia". *Derecho & Sociedad*. Lima, número 28, 2007, pp. 153-160. / SANTIVÁÑEZ, Roberto. "Concentración en el sector eléctrico: ¿es posible un control previo?". *Ius et Veritas*. Lima, volumen 9, número 18, 1999, pp. 136-143. / ARBULÚ, Juan. "El control previo en las concentraciones empresariales como sistema de defensa de la competencia". *Ita Ius Esto*. Piura, año 2, número 2, 2012, pp. 147-161. Consulta: 6 de setiembre de 2017. <http://www.itaiusesto.com/el-control-previo-en-las-concentraciones-empresariales-como-sistema-de->

etc. han tratado al respecto no llegando —como era de esperarse— al ansiado consenso.

Cabe resaltar que la evaluación previa a las concentraciones empresariales es un tema que no ha sido tratado muchas veces. Es por ello que su análisis sigue siendo un tanto inédito.

A continuación, las principales tesis nacionales e internacionales que abordan lo planteado.

8.1. Tesis nacionales

Luis Alberto Sarango Seminario, autor de «Control o no control de fusiones en la industria regulada: extendiendo el caso del sector eléctrico al mercado de gas natural» (2010), propuso en dicha tesis de maestría en Derecho de la Empresa con mención en Regulación de Servicios Públicos, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, que el control de concentraciones también abarque una evaluación ex ante a efectos de mitigar las concentraciones que limiten el acceso al ducto de gas restringiendo el acceso y perjudicando la competencia.

Por su parte, Lidia Campos Cueva en «Necesidad de regular un control de concentraciones empresariales en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú» (2018), su tesis para optar el título de abogada por la Universidad Señor de Sipán, mostró una propuesta legislativa para

defensa-de-la-competencia/ LAMA, Héctor. “El origen y control de las concentraciones económicas”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, número 76, 2007, pp. 263-275. / TÁVARA, José y Luis DIEZ CANSECO. “Estabilizando el péndulo. Control de fusiones y concentraciones en el Perú”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 47, 2003, pp. 159-173.

² BRIONES, Juan. *El control de concentraciones en la Unión Europea*, 1999, Madrid: Marcial Pons. / QUIROGA, María del Rosario. *La concentración de empresas y la libre competencia*, 1997, Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Cultural Cuzco S. A.

³ DIEZ CANSECO, Luis, Alejandro FALLA, Eduardo QUINTANA y José TÁVARA. “Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú” (mesa redonda). *Ius et Veritas*. Lima, número 44, 2012, pp. 416-437. QUINTANA, Eduardo, Tania ZÚÑIGA y Carlos GRANDA. “Derecho de la competencia versus fusiones y adquisiciones: el estado de la cuestión en el Perú” (mesa redonda). *Derecho & Sociedad*. Lima, año XXIV, número 41, 2013, pp. 201-211.

regular las operaciones de concentración empresarial en el mercado de telecomunicaciones.

Asimismo, en su tesis para optar el título de abogado por la Universidad de Piura, titulada «Apuntes sobre el control previo de concentraciones empresariales y su posible incorporación al ordenamiento peruano» (2019), Luis Vigo-Chafloque mencionó que es necesario definir ciertos elementos para el control previo de concentraciones empresariales, como los umbrales de notificación especificados para cada sector económico, la consulta previa, el procedimiento bifásico y el silencio administrativo.

Por último, Luis Fernando Castellanos Sánchez resaltó la importancia del análisis de impacto regulatorio al cual deba someterse la norma de control de concentraciones empresariales, donde se midan los costos y beneficios de su implementación. Esto sucedió en su tesis para optar el grado académico de magíster en Regulación de los Servicios Públicos, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulada «¿Será posible una implementación eficiente del control de operaciones de concentración empresarial en el Perú?», y sustentada en el año 2020.

8.2. Tesis internacionales

Milton Fernando Montoya Pardo, autor de su tesis doctoral «El control de las concentraciones empresariales en el sector eléctrico» (2015) para obtener dicho grado por la Universidad Complutense de Madrid, manifestó su desacuerdo respecto a la intervención del Estado en el sistema colombiano de control de concentraciones empresariales.

Por su lado, en «La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la unión europea» (2015), tesis para obtener el grado académico de doctor por la Universidad de Córdoba, Mario Antonio Pérez Molina concluyó que «el Reglamento 139/2004 no es, en rigor, una norma de control de las operaciones de concentración de empresas restrictivas de la competencia, sino una norma de control de estas operaciones en todas aquellas hipótesis en que

no compensen las restricciones concurrenciales de ellas derivadas con eficiencias beneficiosas para los consumidores y usuarios».

9. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

9.1. Diseño

✓ **Cualitativo**

Las investigaciones con diseño cualitativo «tratan de identificar, básicamente, la naturaleza profunda de las realidades, su estructura dinámica, aquella que da razón plena a su comportamiento y manifestaciones»⁴. Lo cual significa que al ser las concentraciones empresariales un estudio complejo, necesitamos integrar un sinnúmero de aspectos para analizar los aspectos señalados.

✓ **No experimental**

Debido a que, sencillamente, no se han utilizado grupos experimentales ni pruebas estadísticas⁵.

9.2. Tipología de la investigación

- Explicativa. Ya que el presente trabajo va más allá de una somera descripción de conceptos⁶: nos centramos en explicar el porqué la necesidad de una adecuada regulación de las concentraciones empresariales en el Perú.
- Descriptiva. Al señalar datos y sucesos que han determinado el contexto actual en el que nos encontramos.

⁴ ARANZAMENDI, Lino. *Investigación jurídica*. Lima: Grijley, 2010, p. 101.

⁵ SOLÍS, Alejandro. *Metodología de la investigación jurídico social*. Tercera edición. Lima: editores ByB, 2008, p. 95.

⁶ ARANZAMENDI, Lino. Óp. Cit., p. 165.

9.3. El método a aplicarse en la investigación (enfoques metodológicos)

- Enfoque dogmático. Debido a que lo expuesto «debe ser interpretado en función de los conceptos que forman redes teóricas en un sistema integrado y, en consideración, a que no se hallan desconectadas, sino como conformantes de un sistema normativo cerrado, unitario y autosuficiente estableciendo entre ellas relaciones lógico-normativas que le dan coherencia y jerarquía interna»⁷.

Métodos generales:

- Método deductivo. Derivan implicaciones de una ley general, las cuales son pasibles de ser contrastadas en la realidad⁸.
- Método de análisis. «El análisis es la operación intelectual que consiste en considerar por separado las partes de un todo. Las nociones de parte y todo son correlativas; el todo supone las partes, las partes suponen el todo»⁹.

9.4. Ámbito y tiempo

- **Delimitación temporal:** desde la década de los sesenta hasta la actualidad.
- **Delimitación espacial:** Estados Unidos, Unión Europea y la realidad latinoamericana.
- **Delimitación cuantitativa:** un promedio de 370 fuentes bibliográficas.

9.5. Técnicas e instrumentos de investigación

- Análisis de expertos (doctrina y consultas).
- Análisis de datos obtenidos mediante fuentes bibliográficas.
- Técnica de fichaje bibliográfico, textual, de paráfrasis y de resumen.

⁷ Ídem, p. 169.

⁸ Ídem, p. 193.

⁹ Ibídem.

9.6. Viabilidad y limitaciones para la investigación

Resulta viable realizar la presente investigación, debido a que se cuenta con los recursos indispensables (económico, tiempo y humano) para desarrollar cada uno de los aspectos señalados.

Por otra parte, la limitación fue el contexto pandémico generado por el Covid-19, el cual conllevó al cierre de bibliotecas, establecimientos, y al desgaste emocional propio de la incertidumbre.

SEGUNDA PARTE: MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO II: LIBERALISMO ECONÓMICO Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

1. DESARROLLO DEL PENSAMIENTO ECONÓMICO LIBERAL

El desarrollo del liberalismo económico¹⁰ ha sido crucial para el actual contexto de neoliberalismo en el cual se presenta los casos de concentraciones empresariales. Es por eso que hemos visto conveniente tratar, de manera puntual y panorámica, cómo ha ido cambiando la concepción sobre el papel del Estado en la economía desde fines del siglo XVIII hasta hoy.

Los años treinta (consternación mundial por la Gran Crisis de 1929), sesenta («motivada por el desarrollismo y la tecnocracia, en su esfuerzo de mantener una prosperidad creciente»¹¹) y ochenta (la liberalización económica) del siglo XX marcaron hitos decisivos para repensar el papel del Estado en la economía y la relación entre estos dos. Y ya que la intervención del Estado en la economía fue un asunto central, no se llegaba a las mismas conclusiones porque los objetivos de cada periodo fueron distintos: «no es lo mismo luchar contra una depresión mundial que tratar de ordenar y prolongar el desarrollo o liberar fuerzas económicas reprimidas»¹².

En efecto, en el presente apartado describiremos estas etapas traducidas en los aportes de los principales representantes doctrinarios de cada una de ellas, centrándonos —únicamente— en sus planteamientos respecto a cuál fue

¹⁰ «El movimiento liberal tiene su antecedente en la idea fisiocrática del orden natural y del respeto por la libertad en materia económica, que convergerá con las posturas individualistas de Hume, Locke y Hobbes para ser desarrolladas, con posterioridad, por la Escuela Clásica de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. El enfoque individualista del Liberalismo es una respuesta al excesivo intervencionismo estatal que recomendaran los mercantilistas, es la contrapartida de las tendencias del Mercantilismo. Si antes se afirmaba la necesaria intervención del Estado, con esta corriente se tiene como indispensable su abstención, en términos generales, salvo las actividades que no interesaban o escapaban a las posibilidades de los particulares. [...] La libertad que recomiendan estos pensadores dio lugar al postulado de la libre competencia, según el cual en el mercado deben concurrir multitud de oferentes y demandantes, lo que ocasionaría que el precio se fijara tomando en cuenta la ley de la oferta y la demanda». HERRERÍAS, Armando. *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*. Quinta edición. México, D. F.: LIMUSA, Noriega Editores, 2003, pp. 113-114.

¹¹ ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Lima: Cordillera, 2003, p. 38.

¹² *Ibidem*.

el nivel de intervención estatal en la economía, puesto que el legado doctrinario de cada uno de ellos es amplísimo y no es materia de la presente investigación.

1.1. El Estado en el liberalismo clásico: Adam Smith

Definitivamente, fue con Adam Smith con quien el pensamiento económico —en general— cobró una crucial importancia. Su libro cumbre¹³, cuyo título original es *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations* (traducido como *Una investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*), publicado en 1776, significó el nacimiento de la «ciencia económica»¹⁴, motivo por el cual se considera a su autor como el fundador del liberalismo económico: «muchas de las aportaciones de Smith constituyen las ideas centrales del pensamiento económico contemporáneo»¹⁵.

Al igual que sus predecesores, su mayor preocupación consistió en revelar cómo se enriquece a una nación, y concluyó que es mediante el trabajo¹⁶. Este trabajo implica que el propio interés de los individuos sea el principal empuje para lograr satisfacer el interés general de la sociedad. De esta manera, desarrolló su teoría de la división del trabajo «en torno a la necesidad de intercambios de productos y servicios por un precio aceptado por los ciudadanos, de modo que las personas dependen unas de otras, procuran su propio interés, pero sirven al bien común»¹⁷.

¹³ El mismo que reflejó el llamado *orden económico natural* propugnado en ese entonces.

¹⁴ «[...] es una suerte de partida de nacimiento de la ciencia económica. No sólo fue la referencia fundamental de la escuela clásica de economía, que agrupa a figuras como Malthus, Say, Ricardo, John Stuart Mill e incluso Karl Marx. Desde entonces hasta hoy los economistas lo han leído y existe un amplio consenso en que el primero y más ilustre de sus colegas fue el escocés Adam Smith». SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones*. Traducción de Carlos Rodríguez Braun. s/l: Epublibre, 2015, p. 1.

¹⁵ MANKIW, N. Gregory. *Principios de Economía*. Traducción de New World Spanish by Pros. Quinta edición. México D.F.: Cengage Learning, 2009, p. 11.

¹⁶ «No es el excedente de la balanza comercial, como habían pensado muchos autores antes que él —en lo que a partir de Smith se llamaría “mercantilismo”—, y tampoco es el excedente agrícola, como creían sus contemporáneos, los fisiócratas franceses. Además, es claro que para Smith la riqueza que cuenta es la que está repartida entre los habitantes de un país, lo que hoy se denomina la renta o el PIB per cápita». SMITH, Adam. Óp. Cit., pp. 4-5.

¹⁷ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009, p. 59.

En ese sentido, Smith propugnaba que el Estado, en principio, no debe intervenir en la economía debido a que la «mano invisible»¹⁸ del mercado es la que provoca que a través del propio interés de los individuos (su interés personal) se llega al bienestar general de la sociedad¹⁹. «Al perseguir su propio interés frecuentemente fomentará el de la sociedad mucho más eficazmente que si de hecho intentase fomentarlo»²⁰.

Smith resumió el sistema de la libertad natural de la siguiente manera:

Toda persona, en tanto no viole las leyes de la justicia, queda en perfecta libertad para perseguir su propio interés a su manera y para conducir a su trabajo y su capital hacia la competencia con toda otra persona o clase de personas. El soberano queda absolutamente exento de un deber tal que al intentar cumplirlo se expondría a innumerables confusiones, y para cuyo correcto cumplimiento ninguna sabiduría o conocimiento humano podrá jamás ser suficiente: el deber de vigilar la actividad de los individuos y dirigirla hacia las labores que más convienen al interés de la sociedad²¹.

Del mismo modo, el sistema de libertad natural asigna tres deberes que debe cumplir el soberano: el de protección frente a la violencia e invasión de otras sociedades; el de protección a los miembros de la sociedad a través de una adecuada administración de justicia; y el de construir y mantener obras e instituciones públicas²².

Es por ello que, a raíz de Smith, la competencia fue considerada pilar y principio de las sociedades capitalistas, atribuyéndole la responsabilidad de que

¹⁸ «La metáfora más famosa de la historia del pensamiento económico, la mano invisible de Adam Smith, hace referencia a la complejidad de los órdenes sociales, e invita por tanto a la prudencia a la hora de intervenir». RODRÍGUEZ, Carlos. «Otro problema de Adam Smith: el liberalismo». En COLE, Julio (editor). *A Companion to Adam Smith*. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín, 2016, p. 257.

¹⁹ «Para SMITH, el mejor “balance social” es el balance económico: cuanto más éxito se obtiene en los negocios, más se está contribuyendo al bienestar general, pues ello quiere decir que sus productos y/o servicios satisfacen a los ciudadanos compradores de los mismos a un precio aceptado por éstos, siempre, claro es, que las transacciones sean libres y estén informadas. Para ello, es fundamental la libertad y, así, el sistema jurídico debe tratar de no perturbar la mano invisible, es decir, el orden natural económico». ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Óp. Cit., p. 56.

²⁰ SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones*. Óp. Cit., p. 318.

²¹ Ídem, p. 377.

²² Ibídem.

mediante ella se puede garantizar el mejor funcionamiento posible de la economía. Por el contrario, no aprobaba que la sociedad anónima, institución que junto al propio Estado podrían aplacar la competencia, tenga privilegios monopolistas²³. Incluso, manifestó su repudio contra los empresarios, ya que en su obra demuestra cómo los grupos económicos consiguen privilegios del Estado mediante una aparente preocupación sobre los intereses de la sociedad²⁴.

En conclusión, el liberalismo clásico de Adam Smith se caracterizó por mostrar a un Estado no interventor en la economía debido a que es la «mano invisible» del mercado la que se encarga de proporcionar el bienestar general a la sociedad mediante el interés personal de los individuos que la conforman. Por lo tanto, la libre competencia fue considerada como garantía de un buen funcionamiento de la economía, puesto que sus planteamientos estuvieron a favor de una intervención del Estado siempre que no se vulnere el principio fundamental de la libre competencia como muestra de su preocupación por “el acrecentamiento del poder del Estado que hacía peligrar la libertad individual”²⁵. «El escepticismo ante el Estado y la defensa de la libertad individual integran el gran legado liberal de Adam Smith»²⁶.

²³ En palabras de John Kenneth Galbraith, «Smith quedaría aterrado ante un medio en el cual, como en Estados Unidos, un millar de sociedades anónimas dominan el panorama industrial, comercial y financiero, y son dirigidas por administradores asalariados, algo que para Smith debía deplorarse especialmente». GALBRAITH, John. *Historia de la Economía*. Traducción de Hernán Rodríguez-Campoamor. Buenos Aires: Ariel, 1991, p. 85.

²⁴ «El interés de los empresarios en cualquier rama concreta del comercio o la industria es siempre en algunos aspectos diferente del interés común, y a veces su opuesto. El interés de los empresarios siempre es ensanchar el mercado pero estrechar la competencia. La extensión del mercado suele coincidir con el interés general, pero el reducir la competencia siempre va en contra de dicho interés, y sólo puede servir para que los empresarios, al elevar sus beneficios por encima de lo que naturalmente serían, impongan en provecho propio un impuesto absurdo sobre el resto de sus compatriotas. Cualquier propuesta de una nueva ley o regulación comercial que provenga de esta categoría de personas debe siempre ser considerada con la máxima precaución, y nunca debe ser adoptada sino después de una investigación prolongada y cuidadosa, desarrollada no sólo con la atención más escrupulosa sino también con el máximo recelo. Porque provendrá de una clase de hombres cuyos intereses nunca coinciden exactamente con los de la sociedad, que tienen generalmente un interés en engañar e incluso oprimir a la comunidad, y que de hecho la han engañado y oprimido en numerosas oportunidades». SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones*. Óp. Cit., p. 191.

²⁵ O'Brien, D. *Los economistas clásicos*. Madrid: Alianza, 1989, p. 377.

²⁶ RODRÍGUEZ, Carlos. “Otro problema de Adam Smith: el liberalismo”. Óp. Cit., p. 272.

1.2. El Estado en la doctrina intervencionista: John Maynard Keynes

El pensamiento clásico predominó hasta que se manifestó la Gran Depresión²⁷. Fue en ese momento en el cual hubo un cambio de paradigma gracias al surgimiento del pensamiento keynesiano. Del mismo modo, la característica fundamental del aporte de John Maynard Keynes fue que desarrolló su teoría como una crítica al liberalismo desde el propio liberalismo²⁸, ya que le dio otra mirada al capitalismo: «[...] sin demérito de la libre competencia, advierte que para que el capitalismo opere eficientemente tiene que atribuirse una mayor competencia al gobierno, a través de la manipulación de la política fiscal, crediticia y presupuestal»²⁹.

La Gran Depresión de 1929³⁰ desatada en Estados Unidos, la cual afectó a la economía mundial dejando sin empleo a millones de personas, fue el factor crucial para que la teoría de Keynes sea una realidad³¹. Aun así, los economistas clásicos siguieron firmes en su convicción de que «la depresión debía seguir libremente su curso, única forma en que llegaría a curarse, de

²⁷ «Durante cien años, la política económica había estado marcada por el *laissez-faire* y la teoría de la “mano invisible” de Adam Smith. Ambas ideas partían de la base de un juego sin ataduras de las fuerzas del mercado, que debía conseguir el equilibrio de forma automática, también en caso de que hubiera desempleo. Según esta opinión ultraliberal, se puede hacer desaparecer el desempleo bajando los sueldos, para que así suba la oferta de trabajo». LÜCHINGER, René (editor). *Los doce economistas más importantes de la historia. De Soto: entre Smith y Stiglitz*. Traducción de Mariana Dimópulos. Lima: Norma, 2010, p. 79.

²⁸ «Sin dejar de ser Keynes un verdadero capitalista, no se le escapó que los capitalistas tradicionales estaban equivocados y buscó dar los remedios, no para destruir el capitalismo sino para fortalecerlo y hacer que operara con mayores márgenes de eficiencia. En lo fundamental Keynes es un capitalista, pues rechaza que el gobierno sea el propietario de los medios de producción y rechaza, también, la planeación central». HERRERÍAS, Armando. *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*. Óp. Cit., p. 282.

²⁹ Ídem, p. 281.

³⁰ «La Bolsa de Nueva York, el mayor mercado de valores del mundo, se hundió y arrastró a la ruina a miles de inversores desatando una crisis que condujo a la depresión de los años treinta. [...] La crisis del 29 ha sido la crisis más estudiada de todas las acaecidas tras la revolución industrial. Se manifestó en todos los campos de la economía y de la sociedad y su principal consecuencia fue la dislocación del sistema económico con la quiebra en cadena de todos los sectores. Se produjo un crecimiento espectacular del paro y apareció la pobreza en una nación que había vivido años de prosperidad. En pocos meses llegaría la depresión». SERRANO, María. “La crisis económica de 1929: Roosevelt y el New Deal”. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche*. Alicante, volumen I, número 6, 2010, p. 115.

³¹ LÜCHINGER, René (editor). *Los doce economistas más importantes de la historia. De Soto: entre Smith y Stiglitz*. Óp. Cit., p. 78.

modo espontáneo»³². Es en este contexto que surgió la obra de Keynes, como respuesta a «liberar a la política antidepresiva de sus restricciones clásicas»³³.

Ante tal situación, y ya que la escuela clásica no preveía una teoría sobre las depresiones económicas³⁴, John Maynard Keynes se presentó con un punto de partida distinto: el rol activo del Estado en materia económica. Dicho en otros términos, como señala María Serrano, «ya no era aquel Estado que, siguiendo los postulados propios del liberalismo económico, no debía de intervenir en la economía, dejando que fueran las libres fuerzas del mercado las que resolvieran la crisis, sino que, muy al contrario, era necesario el empleo de los fondos públicos hasta el momento en que los recursos privados se recuperaran»³⁵.

Dicho ello, tres fueron sus obras más representativas³⁶: *The End of Laissez-faire*³⁷ (*El fin del Laissez-faire*) de 1926, en el cual se despidió del autocontrol de la economía, fijando al Estado como regulador para que haya una mejor relación entre las empresas, el mercado y el Estado; *A Treatise on Money* (*Tratado sobre el dinero*) de 1930, donde descartó al ahorro como la opción más adecuada, ya que —según su postulado— en un contexto de depresión el ahorro empeora la situación debido a la reducción de la demanda;

³² GALBRAITH, John. *Historia de la Economía*. Óp. Cit., p. 211.

³³ Ídem, p. 242.

³⁴ «Esto no significa que durante los años anteriores a la Gran Depresión no se hayan dedicado estudios al ciclo comercial. De ninguna manera. Pero lo que pasaba era que el estudio y la enseñanza en la materia no formaban parte del núcleo central del pensamiento económico. Se trataba de una rama separada de investigación y docencia, llamada “los ciclos económicos”, o simplemente “los ciclos”. Y no había ningún consenso respecto a las causas de las fluctuaciones económicas». Ídem, pp. 211-212.

³⁵ SERRANO, María. “La crisis económica de 1929: Roosevelt y el New Deal”. Óp. Cit., p. 120.

³⁶ LÜCHINGER, René (editor). *Los doce economistas más importantes de la historia. De Soto: entre Smith y Stiglitz*. Óp. Cit., p. 79.

³⁷ «Favorable inicialmente al libre cambio y a la política económica liberal, Keynes cambió más adelante sus opiniones al producirse cambios en la política económica mundial y al agudizarse muchas dificultades económicas y sociales, que exigían distinta orientación práctica y teórica. Con *The End of Laissez-faire*, rechaza la concepción clásica de la economía y se muestra más favorable a una política proteccionista y a la necesidad de moderar y guiar el libre juego de las fuerzas económicas, de controlar los factores del desarrollo económico y de integrar la iniciativa privada por medio de la intervención gubernativa». GRIZIOTTI, Jenny. *Historia de las doctrinas económicas modernas*. Traducción de Carlos Gerhard. México, D. F.: UTEHA (Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana), 1961, p. 90.

y *The General Theory of Employment, Interest and Money*³⁸ (*Teoría general del empleo, el interés y el dinero*) de 1936, que tuvo como antecesoras a las dos obras ya mencionadas y donde se reconoce al Estado su papel activo en la economía, destacando la manera arbitraria e inequitativa en que se distribuía la riqueza y el ingreso: «esto significaba que el Estado no debía seguir manteniéndose apartado de las responsabilidades sobre la economía, sino que debía poner la política económica en el centro de la política en general»³⁹.

La publicación de *The General Theory of Employment, Interest and Money* revolcó las conclusiones de los clásicos respecto a la demanda, la producción, el empleo y la política correspondiente. A diferencia de los clásicos, quienes se centraban en la producción, Keynes señaló que la causa de la crisis era el exceso de producción debido a la falta de demanda⁴⁰. Por ello, expuso que era necesaria la intervención del Estado, sustituyendo el *laissez faire* por un rol más activo en aras de lograr el equilibrio económico⁴¹: «la actividad del gobierno debería estimular el gasto privado y en momento de recesión, para lograrlo, recomienda que se bajen las tasas impositivas y las tasas de interés, además de que se aumente el gasto público»⁴²; lo cual dio lugar a la estatización amplia de las inversiones, lo que para Keynes significaba acercarse más al pleno empleo⁴³.

³⁸ «En esta obra, Keynes hace la diagnosis del capitalismo contemporáneo y hace el señalamiento de algunas fórmulas que permitirán erradicar, o por lo menos atenuar, sus deficiencias estructurales como es la de la desocupación». HERRERÍAS, Armando. *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*. Óp. Cit., p. 292.

³⁹ LÜCHINGER, René (editor). *Los doce economistas más importantes de la historia. De Soto: entre Smith y Stiglitz*. Loc. Cit.

⁴⁰ «Es evidente que en una época de depresión las mercancías se acumulan por falta de compradores, y los trabajadores permanecen inactivos, pues habiendo existencias más que suficientes y con los almacenes repletos, ¿quién necesita más producción?». GALBRAITH, John. *Historia de la Economía*. Óp. Cit., p. 211.

⁴¹ ZAVALA, José y Joaquín MORALES. *Derecho económico*. Tercera edición. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2010, p. 5.

⁴² HERRERÍAS, Armando. *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*. Óp. Cit., p. 281.

⁴³ «Pero las inversiones —y esto es lo nuevo y destacable en Keynes— también dependen de las expectativas a futuro. Es la entrada de la psicología en la Economía. Si el inversor cree que obtendrá rendimientos más altos, invertirá. Si no es así o son demasiado pocos, se abrirá entonces un “vacío de inversión”. Allí es donde deberá intervenir el Estado, haciendo bajar las tasas de interés y/o lanzando programas de inversión. En este marco, el Estado debería poder endeudarse, llevando adelante una

Y fue así que, en 1933, Franklin Delano Roosevelt asumió la presidencia de los Estados Unidos y con él su gran programa gubernamental para hacerle frente a la crisis: el New Deal (1933-1937)⁴⁴, el cual consistía en una serie de medidas para socorrer y recuperar la economía producto de la gran depresión, basadas en los postulados de John Maynard Keynes⁴⁵ y con el propósito de defender la necesidad de la adopción de una nueva política «intervencionista»⁴⁶.

Por último, cabe mencionar que, a raíz de la Gran Depresión —además de las inquietudes económicas ya señaladas— surgieron nuevos problemas políticos y sociales, los cuales la teoría clásica se veía incapaz de poder

política de *Deficit Spending* bajo la condición de volver a reducir las deudas cuando haya mejorado la coyuntura. Esta idea también representó un alejamiento radical respecto de la política financiera del “buen padre de la casa” que se había ejercitado hasta el momento: el Estado tenía que comportarse como un padre de familia y no gastar, bajo ningún concepto, más de lo que ganaba. Keynes estaba convencido de que “una estatización relativamente amplia de las inversiones se probará como el único medio para acercarse al pleno empleo”. Debido a la promoción de estas intromisiones estatales, el libro de Keynes fue insultado por el sector burgués liberal y lo catalogaron de socialista. Y ocurrió lo contrario por parte de los socialistas de entonces, que aspiraban a superar el capitalismo y que se burlaron de él, tachándolo de salvador del capitalismo». LÜCHINGER, René (editor). *Los doce economistas más importantes de la historia. De Soto: entre Smith y Stiglitz*. Óp. Cit., pp. 80-81.

⁴⁴ «En virtud de la situación desesperada, el gobierno de Roosevelt emprendió el New Deal con la presencia doctrinal de Keynes. El gobierno norteamericano emprendió un ambicioso programa de inversión pública, con el propósito de estimular la actividad económica y controló la tasa de interés a fin de que se conservara en un límite prudencial». HERRERÍAS, Armando. Óp. Cit., p. 291.

⁴⁵ «Con Franklin Roosevelt llegaron finalmente a producirse importantes desviaciones de la ortodoxia clásica, por más que no hubieran sino prometidas en absoluto durante su campaña electoral de 1932. La depresión revestía tres facetas visibles. La primera, una incontenible deflación de los precios, con la consiguiente ola de quiebras en la industria y en la agricultura. La segunda, el desempleo. Y la tercera, los padecimientos que la depresión acarreó para los grupos sociales especialmente vulnerables: los ancianos, la juventud, los enfermos y los que se encontraron sin vivienda o mal alojados, conjuntamente con los parados en general. El primer tipo de medidas aplicadas por Roosevelt trataban de aliviar el problema de los precios; el segundo, prestar ayuda a los desempleados, suministrándoles trabajo, y el tercero, mitigar los sufrimientos de la población más necesitada. Esta última categoría de medidas fue la génesis del estado de bienestar, que ya había hecho su aparición en Europa y que ahora comenzaba a implantarse en Estados Unidos». GALBRAITH, John. *Historia de la Economía*. Óp. Cit., pp. 213-214.

⁴⁶ «El moderno Estado keynesiano, también llamado impropiamente “intervencionista” (pues supondría erróneamente que el liberal no “intervenia”) ha surgido, en consecuencia, de una crisis integral que afectó profundamente a la civilización burguesa y cuyos hitos fundamentales fueron la primera guerra mundial, la Revolución rusa y la gran depresión de 1929. El derrumbe del capitalismo, que muchos llegaron a ver como inminente, no se produjo, pero en su lugar ocurrieron una serie de transformaciones que alteraron significativamente su morfología y funcionamiento». BORÓN, Atilio (1983). “Mercado, Estado y democracia. Reflexiones en torno a una propuesta paleoliberal”. En GREEN, Rosario (compiladora). *Los mitos de Milton Friedman*. México, D. F.: Ceestem (Centro de Estudios Económicos y Sociales del Tercer Mundo) y editorial Nueva Imagen, pp. 87-88.

satisfacer debido a su carácter abstracto⁴⁷. Este fenómeno es conocido como el estado de bienestar (*welfare state*), el cual, en palabras de John Kenneth Galbraith, «sería la creación más perdurable de la revolución rooseveltiana»⁴⁸.

En conclusión, la doctrina intervencionista de John Maynard Keynes reflejó la capacidad del Estado para estabilizar la economía y que sea este quien se encargue de resolver los problemas de la crisis económica dentro de la estructura del Estado liberal; es decir, buscó fortalecer al capitalismo para este que actúe con mayor eficiencia frente a la Gran Depresión. Por ello, fue necesario el empleo de los fondos públicos mientras los recursos privados se recuperaban; así como la estatización amplia de las inversiones, postulados keynesianos que se tradujeron en el New Deal de Franklin Roosevelt.

1.3. El Estado en el surgimiento del neoliberalismo: Ludwig von Mises y Friedrich von Hayek

En las siguientes décadas del siglo XX⁴⁹ (después de la Segunda Guerra Mundial), empezando por los planteamientos de Ludwig von Mises, hubo una

⁴⁷ «Después de la primera Guerra Mundial, y sobre todo después de la gran crisis de los años 1929-32, surgieron al lado de graves preocupaciones económicas nuevos problemas políticos y sociales, que exigían solución urgente, tanto en el campo teórico como en el práctico. La teoría clásica ya no podía satisfacer, porque era demasiado abstracta, y las nuevas investigaciones se concentraron alrededor del problema del bienestar social y de las condiciones necesarias para su realización. La idea del bienestar social, del “social welfare”, se convirtió en centro de las discusiones económicas en Inglaterra y en objetivo de la política social inglesa». GRIZIOTTI, Jenny. *Historia de las doctrinas económicas modernas*. Óp. Cit., p. 77.

⁴⁸ Sin embargo, cabe resaltar que el estado de bienestar ya había nacido medio siglo antes en Alemania con el conde Otto von Bismarck como respuesta del temor a una revolución encabezada por la clase obrera industrial: «Lo que se consideraba como principal peligro de la época era la activa militancia de la clase obrera industrial en rápido crecimiento, con su ostensible proclividad a las ideas revolucionarias, y en particular, a las que provenían de su [del] compatriota [de Bismarck] recientemente fallecido, Karl Marx. Proporcionando el más claro ejemplo de temor a la revolución como incentivo para la reforma, Bismarck urgió a que se mitigaran las más flagrantes crueldades del capitalismo». GALBRAITH, John. *Historia de la Economía*. Óp. Cit., p. 229.

⁴⁹ Si bien es cierto, en el siglo XX hubo una mayor organización y un despegue a nivel mundial, los planteamientos propugnados por von Mises muestran sus orígenes en la Escuela Austriaca de Economía, a la cual Ludwig von Mises pertenece: «La Escuela de Viena, también llamada Escuela Austríaca o Escuela Psicológica de Viena, es una escuela de pensamiento surgida en torno al trabajo de Karl Menger. Dicha escuela se declara seguidora de los filósofos liberales John Locke (1632-1704) y David Hume (1711-1776), y entre sus principales representantes hay que citar a Friedrich von Wieser (1851-1926), Eugen von Böhm-Bawerk (1851-1914), Ludwig von Mises (1881-1973) y Friedrich August von Hayek (1899-1992), los cuales se acabaron convirtiendo en un núcleo ideológico fundamental del pensamiento económico liberal en su lucha contra la política económica keynesiana y, sobre todo, contra los planteamientos

crítica al intervencionismo estatal propia del keynesianismo debido a los niveles de inflación producidos y se dio el regreso a aquella preponderancia de la libertad del hombre. En este sentido, el Estado tuvo que «redefinir su rol en la economía, siendo este esencialmente estabilizador del ciclo económico, lo menos regulador e interventor, dejando un amplio espacio para los agentes económicos privados, configurándose así el Estado subsidiario»⁵⁰.

Los albores del neoliberalismo empezaron a surgir y con ellos los aportes de von Mises contra el comunismo y el intervencionismo estatal de corte redistribucionista⁵¹: «para Mises la función del Estado no es la de un ingeniero que lo planifica todo, sino la de un jardinero que crea el ambiente adecuado para que florezcan los órdenes espontáneos»⁵². En otras palabras, la iniciativa privada es la protagonista del desarrollo económico y el Estado es solo el protector del mercado⁵³.

socialistas». ALBURQUERQUE, Francisco. “La formación del pensamiento económico neoliberal”. Madrid: Instituto de Investigaciones PRAXIS, 2016, p. 6.

⁵⁰ ZAVALA, José y Joaquín MORALES. *Derecho económico*. Óp. Cit., pp. 6-7.

⁵¹ «Numerosos autores dedicados al estudio del desarrollo y expansión del neoliberalismo señalan dos hitos centrales en su proceso de gestación, organización política y expansión. El primero, el Coloquio Walter Lippmann, una reunión convocada en Francia en el año 1938. El segundo la conformación en el año 1947 en Suiza de una organización de extensión internacional que perdura hasta la actualidad, *Mont Pèlerin Society*. Ambas instancias congregaron intelectuales, políticos y empresarios y han tenido como objetivo central escribir un nuevo liberalismo, difundirlo e instaurarlo en toda la extensión del globo, ello, en respuesta y en confrontación real al avance, en términos generales, de las opciones comunistas, socialistas, keynesianistas, estatal bienestarristas, populistas y sus similares». DE BÜREN, María. “Ludwig von Mises, en la construcción discursiva neoliberal”. Ponencia presentada en el *I Congreso Latinoamericano de Teoría Social*. Instituto de Investigaciones Gino Germani. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 19 de agosto, 2015, pp. 2-3.

⁵² RAVIER, Adrián. “Ludwig von Mises y su Planificación para la libertad”. *Laissez-Faire*. Madrid, número 38-39, 2013, p. 32.

⁵³ «El sistema hállase gobernado por el mercado. El mercado impulsa las diversas actividades de las gentes por aquellos cauces que mejor permiten satisfacer las necesidades de los demás. La mecánica del mercado funciona sin necesidad de compulsión ni coerción. El Estado, es decir, el aparato social de fuerza y coacción, no interfiere en su mecánica, ni interviene en aquellas actividades de los ciudadanos que el propio mercado encausa. El imperio estatal se ejerce sobre las gentes únicamente para prevenir situaciones que perjudiquen o puedan perturbar el funcionamiento del mercado. Se protege y ampara la vida, la salud y la propiedad de los particulares contra las agresiones que, por violencia o fraude, enemigos internos o externos puedan ingeniar. El Estado crea y mantiene así un ambiente social que permite a la economía de mercado operar pacíficamente». MISES, Ludwig von. *La acción humana. Tratado de Economía*. Traducción de Joaquín Reig Albiol. Cuarta edición. Madrid: Unión Editorial, 1986, p. 397.

En suma, von Mises buscaba que se instaure el capitalismo extremo (neoliberalismo) y se mostró en contra de toda aquella forma alternativa de organización social que, según él, atentara frente a él: comunismo, socialismo, Estado de bienestar, keynesianismo, etc.⁵⁴. Es por ello que en 1922 publicó *Socialism: An Economic and Sociological Analysis (El Socialismo: un análisis económico y sociológico)*, donde reflejó su teoría monetaria y del ciclo económico, la cual explicaba una alternativa distinta a la keynesiana acerca de la Gran Depresión⁵⁵.

Además, con la publicación de *Human Action: A Treatise on Economics (La acción humana. Tratado de Economía)* en 1949, detalló el significado de la economía de mercado⁵⁶, las implicancias de quienes compiten en la competencia cataláctica⁵⁷ (desarrolló el concepto de proceso de mercado [cataláctica] como alternativa a los modelos de equilibrio [competencia perfecta]) y la preocupación de esta para que se brinde la mayor satisfacción a los consumidores (soberanía del consumidor como gobierno de la actividad productiva), la libertad como resultado de la competencia, las desventajas de la planificación económica frente a la economía de mercado; entre otros aspectos

⁵⁴ DE BÜREN, María. "Ludwig von Mises, en la construcción discursiva neoliberal". Óp. Cit., p. 27.

⁵⁵ Ídem, p. 28.

⁵⁶ «La economía de mercado es un sistema social de división del trabajo basado en la propiedad privada de los medios de producción. Cada uno, dentro de tal orden, actúa según su propio interés le aconseja; todos, sin embargo, satisfacen las necesidades de los demás al atender las propias. El actor se pone, invariablemente, al servicio de sus conciudadanos. Estos, a su vez, igualmente sirven a aquel. El hombre es, al tiempo, medio y fin; fin último para sí mismo y medio en cuanto coadyuva con los demás para que puedan alcanzar sus personales objetivos». MISES, Ludwig von. *La acción humana. Tratado de Economía*. Óp. Cit., p. 397.

⁵⁷ «La competencia cataláctica se plantea entre gentes que desean mutuamente sobrepasarse. No estamos, pese a ello, ante una pugna, aun cuando es frecuente, en sentido metafórico, al aludir a la competencia de mercado, hablar de "guerras", "conflictos", "ataques" y "defensas", "estrategias" y "tácticas". Conviene destacar que quienes pierden en esa cataláctica emulación, no por ello resultan objeto de aniquilación; quedan simplemente relegados a otros puestos, más conformes con su ejecutoria e inferiores, desde luego, a aquellos que habían pretendido ocupar. Bajo un orden social de índole totalitaria surge también la competencia: las gentes pugnan entre sí por conseguir los favores de quienes detentan el poder. En la economía de mercado, por el contrario, brota la competencia cuando los diversos vendedores rivalizan los unos con los otros por procurar a las gentes los mejores y más baratos bienes y servicios, mientras los compradores porfían entre sí ofreciendo los precios más atractivos. Al tratar de esta competencia social, que podemos denominar competencia cataláctica, conviene guardarse de ciertos errores, por desgracia, hoy en día, hartamente extendidos». Ídem, pp. 421-422.

que se resumen en la crítica al intervencionismo y a la función empresarial como impulsora del proceso del mercado⁵⁸.

A su vez, Friedrich von Hayek, quien fue el principal discípulo de Ludwig von Mises, «se dedicó a una reflexión filosófica sobre las ventajas del liberalismo y contra la intervención del Estado»⁵⁹, encargándose, de esta manera, de profundizar lo contribuido por Mises, desbaratando la teoría económica keynesiana; aduciendo, así, que el orden del mercado no se planifica, sino que este es espontáneo⁶⁰. En consecuencia, se convirtió en el teórico más reconocido del orden espontáneo del mercado⁶¹ durante el siglo XX⁶². Tomó a la propiedad privada⁶³ como eje central de sus argumentos.

Así, Hayek, siguiendo con la tradición liberal clásica, defendió la intervención mínima del Estado, ya que —para él— «el Estado mínimo es un medio para escapar al poder de la clase media que controla el proceso democrático a fin de obtener la redistribución de las riquezas mediante el fisco,

⁵⁸ «La tercera generación de economistas austriacos está encabezada por Ludwig von Mises (1881-1973), sin duda alguna el más importante de todos ellos y al que se deben las aportaciones teóricas y prácticas más trascendentales de la Escuela [Austriaca] (teoría de la imposibilidad del socialismo, teoría del ciclo económico, teoría de la función empresarial, crítica del intervencionismo, y sistematización metodológica) y el tratado de economía austriaca más conocido *La acción humana* publicado en múltiples ediciones en todos los idiomas». HUERTA DE SOTO, Jesús. «La esencia de la escuela austriaca y su concepto de eficiencia dinámica». *ICE (Información Comercial Española)-Revista de Economía*. Madrid, número 865, 2012, p. 58.

⁵⁹ ALBURQUERQUE, Francisco. «La formación del pensamiento económico neoliberal». Óp. Cit., p. 8.

⁶⁰ VARGAS, Rafael. *Apuntes sobre el pensamiento liberal económico: de Smith al nuevo modelo de libre mercado*. Cusco: Instituto de Investigaciones en Ciencias Económicas de la Facultad de Economía de la Universidad Nacional de San Antonio de Abad del Cusco, 2011, p. 56.

⁶¹ «En Hayek, el mercado (catalaxia) expresaría el orden extenso donde se establecen relaciones de cooperación interpersonal y prácticas que se transmiten de generación en generación. El mercado sería resultado de un proceso de auto ordenación y espontánea estructuración, que, como estructura compleja de interacción humana, entra en la categoría de funcionamiento de los órdenes sociales extensos autoorganizados. Retoma la idea de que el mercado es un mecanismo impersonal que propicia el interés general sin que los individuos fueran conscientes de ese propósito». Ídem, pp. 56-57.

⁶² Pese a que, en un inicio, lo propuesto por Hayek no fue tomado en cuenta y, por el contrario, la política económica keynesiana y la planificación económica indicativa fueron cruciales para que se dé el crecimiento económico de posguerra, en los ochenta los planteamientos de Hayek cobraron importancia para «aglutinar las posiciones de los nuevos grupos de poder que se sentían amenazados por los avances logrados por la Economía del bienestar, la socialdemocracia y la fortaleza de los sindicatos obreros». HUERTA DE SOTO, Jesús. «La esencia de la escuela austriaca y su concepto de eficiencia dinámica». Loc. Cit.

⁶³ VARGAS, Rafael. *Apuntes sobre el pensamiento liberal económico: de Smith al nuevo modelo de libre mercado*. Óp. Cit., p. 53.

menciona que el papel de este Estado mínimo se reduce a brindar un marco jurídico que garantice las reglas elementales del intercambio»⁶⁴. Por ello, criticó la idea de «justicia social» por considerar que esa noción disimula la protección de los intereses corporativos de la clase media⁶⁵.

A continuación, nos referiremos, brevemente, a sus dos obras cumbres⁶⁶: *The Road to Serfdom (Camino a la servidumbre)* de 1944 y *The Constitution of Liberty (Los fundamentos de la libertad)*, publicada en 1960. En la primera, la misma que no fue acogida ni aplaudida en la fecha de su publicación porque sus opiniones sobre individualismo y economía de mercado no eran acordes a lo que se vivía en aquel entonces, Hayek expuso los peligros del socialismo explicando que cualquier forma de colectivismo conduce a una reducción de la libertad individual⁶⁷ y que la planificación central de la economía destruye el bienestar y la justicia. En la segunda, expuso su repudio por el Estado de bienestar, al cual acusó de obstáculo para el progreso y el aumento de la riqueza⁶⁸.

Por todo lo anterior, es dable llegar a la conclusión de que con los aportes de Ludwig von Mises y Friedrich von Hayek el Estado tuvo que redefinir su rol en la economía, tornándose lo menos regulador e interventor posible (un Estado subsidiario) y dejando, más bien, una amplia libertad al sector privado. Ludwig von Mises, por su parte, anhelaba la instauración del neoliberalismo

⁶⁴ Ídem, pp. 54-55.

⁶⁵ Ídem, p. 54.

⁶⁶ LÜCHINGER, René (editor). *Los doce economistas más importantes de la historia. De Soto: entre Smith y Stiglitz*. Óp. Cit., p. 102.

⁶⁷ «Las diversas clases de colectivismo: comunismo, fascismo, etc., difieren entre sí por la naturaleza del objetivo hacia el cual desean dirigir los esfuerzos de la sociedad. Pero todas ellas difieren del liberalismo y el individualismo en que aspiran a organizar la sociedad entera y todos sus recursos para esta finalidad unitaria, y porque se niegan a reconocer las esferas autónomas dentro de las cuales son supremos los fines del individuo. En resumen, son totalitarias en el verdadero sentido de esta nueva palabra que hemos adoptado para describir las inesperadas, pero, sin embargo, inseparables manifestaciones de que en teoría llamamos colectivismo». HAYEK, Friedrich von. *Camino a la servidumbre*. Traducción de José Vergara Doncel. Madrid: Unión Editorial, 2008, pp. 145-146.

⁶⁸ «Únicamente en una sociedad libre es posible que la riqueza se incremente. Pues una administración central solo es capaz de disponer de una fracción del conocimiento relevante y necesario para llevar a cabo una planificación exitosa». LÜCHINGER, René (editor). *Los doce economistas más importantes de la historia. De Soto: entre Smith y Stiglitz*. Óp. Cit., p. 102.

contradiendo a los postulados del keynesianismo y Friedrich von Hayek, como principal discípulo de von Mises, profundizó las contribuciones de su maestro apelando a la espontaneidad del orden del mercado y defendiendo la intervención mínima del Estado.

1.4. El Estado en el monetarismo: Milton Friedman

A inicios de la década de los ochenta —como reacción al fracaso de las políticas redistributivas y proteccionistas del Estado— volvió a surgir los principios del liberalismo económico (ahora denominado *neoliberalismo*⁶⁹), teniendo como referencia a Gran Bretaña y Estados Unidos⁷⁰, con la intención de expresar que la intervención del Estado es innecesaria⁷¹.

En ese contexto, se vivía una estanflación (recesión más inflación) a nivel mundial, motivo por el cual se dejó de lado los postulados keynesianos⁷² y se tomó en consideración los planteamientos del norteamericano Milton Friedman, resumidos en lo que él ya en los sesenta había denominado “monetarismo”, convirtiéndose en «una guía para la política de la mayor parte de los bancos centrales y para el Fondo Monetario Internacional (FMI)»⁷³. Entre sus obras más conocidas —«en defensa de la libertad de empresa y en favor de una sociedad menos restrictiva en materia económica»⁷⁴— están *Capitalism and*

⁶⁹ Los dos pilares donde se sustenta la teoría neoliberal son los siguientes: «primero, la defensa de la eficacia del mercado como mecanismo de asignación óptima de los recursos, junto con la crítica de la intervención pública en las actividades económicas por cuanto genera distorsiones; el segundo, la insistencia en las ventajas de una participación plena en el comercio internacional, junto con la crítica al modelo de industrialización por sustitución de importaciones». VARGAS, Rafael. *Apuntes sobre el pensamiento liberal económico: de Smith al nuevo modelo de libre mercado*. Óp. Cit., p. 60.

⁷⁰ Margaret Thatcher y Ronald Reagan fueron quienes aplicaron la teoría de Friedman en las políticas económicas de Gran Bretaña y Estados Unidos, respectivamente.

⁷¹ VARGAS, Rafael. *Apuntes sobre el pensamiento liberal económico: de Smith al nuevo modelo de libre mercado*. Óp. Cit., p. 59.

⁷² «Friedman escribió sus obras más importantes en los años cincuenta y sesenta, cuando el keynesianismo estaba por alcanzar su punto más alto. En aquella época, sus teorías no tenían gran resonancia, pero su momento llegó cuando, contra los supuestos de los keynesianos, en los años setenta tanto el desempleo como la inflación comenzaron a moverse en alturas vertiginosas». LÜCHINGER, René (editor). *Los doce economistas más importantes de la historia. De Soto: entre Smith y Stiglitz*. Óp. Cit., p. 126.

⁷³ Ídem, p. 123.

⁷⁴ HERRERÍAS, Armando. *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*. Óp. Cit., p. 311.

freedom (Capitalismo y libertad) en 1962 y *Free to choose (La libertad de elegir)*, obra en coautoría con su esposa Rose Friedman en 1980⁷⁵.

La inflación se articuló como el origen de la teoría monetarista de Friedman. A su vez, señaló al Estado como el responsable de producirla⁷⁶, pues es este el único que puede emitir dinero, lo cual resume su pensamiento monetarista: «la inflación, definida como el incremento sostenido de los precios, es el resultado de la existencia de mucho dinero en circulación (emitido por el Estado), que presiona sobre la oferta de bienes y servicios, y esta presión hace que los precios de esos bienes y servicios suban. Por lo tanto, una reducción en la cantidad de dinero en circulación llevará a una baja en los precios»⁷⁷.

Por ende, ya que la libertad económica fue traducida en libertad individual y, así, la intervención estatal en la esfera privada sería la mayor amenaza a esta libertad⁷⁸, el monetarismo buscó que el Estado se mantenga refrenado mediante la privatización, desregularización, reducción del presupuesto social, de salud y de educación, propugnando que será mejor cuanto menor sea la influencia del Estado en la economía⁷⁹. Es más, para

⁷⁵ Quien fue catedrática de la UNAM (Universidad Autónoma de México), Rosario Green Macías, sintetizó lo esbozado en *La libertad de elegir* en las siguientes líneas: «La tesis central del libro de los Friedman es que la libertad económica, expresada en el funcionamiento no obstaculizado del mercado y de los precios, constituye el prerequisite de la libertad política (lo cual no es necesariamente cierto según queda amplia y recientemente demostrado en el caso de la actual dictadura chilena, cuyo estudio es motivo de un importante artículo en este libro), y del mejoramiento de la libertad general, de donde toda interferencia en el equilibrio natural del mercado tendrá repercusiones de índole general, afectando a la sociedad en su conjunto. A la manera clásica, el Estado aparece aquí, como en toda obra de Milton Friedman, como el “principal foco de interferencias con el sistema de mercado libre” y el mercado como el símbolo de la libertad». GREEN, Rosario. “¿Para quién la libertad de elegir? Ideología, fundamentos y políticas del modelo de Milton Friedman”. En GREEN, Rosario (compiladora). *Los mitos de Milton Friedman*. México, D. F.: Ceestem (Centro de Estudios Económicos y Sociales del Tercer Mundo) y editorial Nueva Imagen, 1983, p. 20.

⁷⁶ «El reconocimiento de que una inflación importante es siempre y en todos los sitios un fenómeno monetario representa sólo el inicio de una comprensión de las causas y soluciones de la inflación. La cuestión más importante es la siguiente: ¿Por qué los estados modernos aumentan la cantidad de dinero tan rápidamente? ¿Por qué provocan la inflación cuando conocen el daño potencial que puede ocasionar?». FRIEDMAN, Milton y Rose FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*. Traducción de Carlos Rocha Pujol. Barcelona: Grijalbo, 1980, p. 353.

⁷⁷ GREEN, Rosario. Óp. Cit., pp. 44-45.

⁷⁸ LÜCHINGER, René (editor). *Los doce economistas más importantes de la historia. De Soto: entre Smith y Stiglitz*. Óp. Cit., p. 131.

⁷⁹ Ídem, p. 124.

Milton Friedman, el Estado debería limitarse a sus funciones clásicas de defensa de la nación y protección de sus ciudadanos, dejando a la iniciativa privada que se encargue de manejar la economía⁸⁰.

Sin embargo, como tampoco es dable una libertad absoluta, la función del Estado consiste en fijar, arbitrar y hacer cumplir las reglas de juego del mercado: «las funciones básicas del Estado en la sociedad libre son: ofrecer un medio por el que se puedan modificar las reglas, mediar en las diferencias que surjan entre nosotros en cuanto al significado de las reglas e imponer el cumplimiento de las reglas sobre aquellos que decidieran romperlas»⁸¹.

Dentro de la concepción de orden social que propugna Friedman, el mercado y el Estado son dos núcleos fundamentales y opuestos: «el primero no solo es importante en términos de desempeño económico sino que es a su vez el núcleo fundamental que preserva la libertad, tanto económica como política y social. El segundo, por el contrario, es el depositario, al menos tendencialmente, de la coerción y el autoritarismo: es la cuna de la opresión, tanto como el mercado lo es de la libertad»⁸².

En ese aspecto, «considera la propiedad privada, la libertad económica y la libre competencia como requisitos indispensables para un país que quiera desarrollar su economía»⁸³. Además, se opuso a la organización centralmente planificada de la sociedad⁸⁴, pues —según él— la Historia⁸⁵ ha demostrado que

⁸⁰ GREEN, Rosario. Óp. Cit., pp. 28-29.

⁸¹ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo y libertad. Ensayos de política monetaria*. Selección y estudio preliminar a cargo de Francisco Cabrillo. Madrid: Fundación ICO (Instituto de Crédito Oficial), 2012, pp. 37-38.

⁸² BORÓN, Atilio. "Mercado, Estado y democracia. Reflexiones en torno a una propuesta paleoliberal". En GREEN, Rosario (compiladora). *Los mitos de Milton Friedman*. México, D. F.: Ceestem (Centro de Estudios Económicos y Sociales del Tercer Mundo) y editorial Nueva Imagen, 1983, p. 57.

⁸³ HERRERÍAS, Armando. *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*. Óp. Cit., p. 312.

⁸⁴ «Los límites que Friedman establece para la intervención estatal pueden extenderse más allá de las funciones clásicas, pero siempre en actitud "residual". El Estado puede entrar, cuando la iniciativa privada no quiera entrar; pero sobre todo, nada de planificación central». GREEN, Rosario. "¿Para quién la libertad de elegir? Ideología, fundamentos y políticas del modelo de Milton Friedman". Óp. Cit., pp. 32-33.

⁸⁵ «Al analizar las obligaciones del Estado, el autor considera que la realización de obras y servicios públicos por parte de este, ha crecido enormemente y abarca cada día más sectores de la economía sin obtener los beneficios económicos que se pretendían y sin mantener una organización administrativa

cuando las empresas y medios de producción son administrados por el Estado, este no cuenta con la capacidad de abastecer de beneficios sociales a sus ciudadanos, lo cual sí se logra —incluso en mejores condiciones— en países con una economía de libre mercado⁸⁶.

En conclusión, el monetarismo de Milton Friedman —el mismo que fue considerado a raíz de la estanflación producida en los ochenta por responsabilidad del Estado— propugnó la no intervención del Estado en la economía porque la intervención estatal significa atentar contra la libertad económica; en ese sentido, la teoría de Friedman reprimió al Estado a través de la privatización, desregularización, reducción del presupuesto social, de salud y de educación, con el único fin de procurar la menor influencia del Estado en la economía. Así, impulsó que el país que pretenda alcanzar un desarrollo económico solo lo logrará defendiendo la propiedad privada, la libertad económica y la libre competencia, dejando atrás a la planificación central efectuada por el Estado.

2. CONTEXTO PARA EL SURGIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Ya que la presente investigación parte de lo que consideramos por *constitución económica*, es menester conocer el origen de su terminología, así como sus primeras apariciones doctrinarias.

Partiremos por recordar que cuando hablamos de la construcción del derecho económico debemos tomar en cuenta las nociones de *orden público*

incosteable. El moderno Estado de bienestar (Welfare), arranca de la Alemania de Bismarck y se prolonga a los Estados modernos, principalmente en los EU a través del “New Deal” rooseveltiano especialmente por las ideas keynesianas. Sin embargo, con el paso de los años los resultados no han sido los esperados y en algunos casos contraproducentes como en Inglaterra. Friedman no niega los ataques que se le hacen a la libre empresa, pero considera que lo que ha hecho el Estado para mejorar esa situación ha resultado más problemático que si se dejara actuar libremente las fuerzas del mercado. El efecto de la participación estatal se refleja en mayores impuestos y aumento de la emisión de circulante para financiar el gasto público; el estado de bienestar pretende (vía impuestos) trasladar “beneficios sociales” a los menesterosos, pero según Friedman en este proceso traslativo las únicas beneficiadas son amplias áreas administrativas del Estado». HERRERÍAS, Armando. *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*. Óp. Cit., p. 313.

⁸⁶ Ídem, p. 312.

económico y de constitución económica, provenientes de distintas vertientes: la primera (*ordre public économique*) de las nociones privatistas del derecho francés y la segunda (*Wirtschaftsverfassung*) del derecho alemán⁸⁷.

De ahí que la constitución económica ha significado una «encrucijada de las ciencias sociales» tras albergar la capacidad de hacer que expertos del derecho, la politología y la economía concentren sus conocimientos y discrepen respecto a sus concepciones. En palabras de Oscar De Juan, esta encrucijada alude más a un lugar de paso que a un lugar de encuentro.

Una encrucijada puede representar un lugar de encuentro... o un lugar de paso. A decir verdad, el terreno de la constitución económica ha sido más lo segundo que lo primero. Parece como si los politicólogos y economistas se sintieran incómodos en una materia que no trata del ser, sino del deber ser, remitiéndola a los juristas, los cuales, a su vez, se han desentendido de ella por considerarla mera recopilación de preceptos programáticos desprovistos de fuerza jurídica⁸⁸.

Evidentemente, el término *constitución económica* fue producto de una evolución⁸⁹ e, incluso, la doctrina⁹⁰ señala que fue empleado, en un primer

⁸⁷ AIMONE, Enrique y Adolfo SILVA. “La noción de derecho económico”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, número XLIV, 2015, p. 394.

⁸⁸ DE JUAN, OSCAR. *La Constitución económica española: iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 11.

⁸⁹ Raúl Chanamé citando a Omar Cairo Roldán: «[Omar Cairo] se refiere incluso a los precedentes de las modernas constituciones, los que se encontrarían en la Edad Media, en los pactos entre el monarca y los estamentos sociales, para obtener privilegios y derechos patrimoniales, uno de ellos en la Carta Magna (1215), la cual, por las características particulares del movimiento que la originó en Inglaterra, y por su contenido, fue muy importante en la limitación al poder absoluto. Asimismo señala que con relación al Bill of Rights de 1689 originado luego de la Revolución de 1688 contiene un claro cambio en la perspectiva de la economía en la Constitución en la cual ya no contenía «privilegios» con valor económico sino «derechos con relevancia económica». CHANAMÉ, Raúl. “Constitución económica”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 40, 2013, p. 44.

⁹⁰ «En sus orígenes el concepto de Constitución Económica no tiene conexión con el mundo del derecho; refiere el fundamento, la ordenación, la base misma del sistema económico, a los principios y reglas fundamentales por los que se rige. Pero durante la época de la República de Weimar recibe otro significado, que es el que aquí interesa: el de ordenación jurídica de la actividad económica». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. “Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional”. *Pensamiento Constitucional*. Lima, año VI, número 6, 1999, p. 731. Del mismo modo, Sebastián Martín-Retortillo Baquer pronunció lo siguiente: «El concepto, en su formulación inicial, es exclusivamente un concepto económico. Ninguna, absolutamente ninguna referencia ni conexión tiene con el mundo del derecho. [...] Constitución económica no tiene aquí significado jurídico alguno. Refiere, simplemente, el fundamento,

momento, por economistas como sinónimo de «orden económico», «sistema económico» o «modelo económico» (sin alguna acepción jurídica) y luego recién se refirió al derecho aludiendo a una «decisión global sobre el orden de la vida económica de una comunidad»⁹¹. Cabe resaltar que las constituciones económicas involucran una serie de dispositivos que marcan la relación entre los agentes económicos, los individuos, las empresas y el comportamiento de estas en el mercado⁹².

El constitucionalismo moderno, el cual nace con Constitución Norteamericana de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia (1789), no se caracterizó por referirse expresamente a los aspectos económicos, sino únicamente al territorio, la organización del Estado (división de poderes) y a los derechos civiles de los ciudadanos⁹³. Ya en el siglo XIX (durante la denominada etapa liberal) las disposiciones constitucionales en materia económica fueron solo implícitas. Finalizando el

la ordenación, la estructura, la base misma del propio sistema económico; en definitiva, los principios y reglas fundamentales por los que se rige. Expresión, pues, de un orden económico determinado, perspectiva desde la que se habla de la constitución económica capitalista, de su crisis, de democracia económica, etc. El término Constitución económica, sin embargo, recibiría, también durante la época de Weimar, un significado del todo distinto al que se acaba de referir al llevarse a cabo su juridificación. Un significado que es el que aquí interesa. En tal sentido, habrá que recordar, como es comúnmente admitido, que fue la Constitución de Weimar la que, rompiendo la trayectoria de los textos constitucionales precedentes, referidos básicamente a la sanción y garantía, más o menos formal, de los derechos individuales de carácter político, asumió también, junto a estos planteamientos, el reconocimiento de los llamados derechos sociales y económicos: a nivel de ley fundamental se establece así una incipiente ordenación jurídica de la actividad económica. Un planteamiento en el que, juridizado ya el término de Constitución económica, —que se integra y forma parte del concepto, también jurídico, de Constitución política— aquel ofrece un nuevo y distinto significado. La Constitución económica, desde esta perspectiva, es la expresión del marco y de los principios *jurídicos* de la ley fundamental —Derecho constitucional económico— que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica». MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. *Derecho administrativo económico*. Madrid: La Ley, 1988, pp. 26-27.

⁹¹ Alberto Dalla Vía citado en CHANAMÉ, Raúl. "Constitución económica". Óp. Cit., p. 44.

⁹² KRESALJA, Baldo. "Constitución económica: la libertad de empresa como fundamento del sistema económico constitucionalizado". En INDECOPI. *Legislación y políticas de competencia en la Comunidad Andina*. Lima: Indecopi, 2005, p. 32.

⁹³ En el mismo sentido, Vicente Acosta se refiere así: «Cabe advertir que no siempre se aceptó y, que aun es tema de debate, la inclusión y tratamiento de aspectos económicos en una Constitución del Estado. El mismo García Belaúnde nos recuerda que la materia económica estuvo ausente en constituciones tan importantes como la de Estados Unidos de 1787 o la Carta Francesa de 1791, en las cuales sólo se trataban los derechos de la persona y la delimitación del ejercicio del poder, criterio que prevaleció —salvo algunas excepciones— a través del siglo XIX». ACOSTA, Vicente. *La Constitución económica en el Perú y en el derecho comparado*. Tesis de doctorado en Derecho. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela de Posgrado, 2003.

siglo XIX, el Estado adoptó una regulación económica mucho más extensa donde la protagonista fue la concesión de servicios públicos. No obstante, recién en la primera década del siglo XX es que se incrementó la regulación económica, lo cual empoderó el rol del Estado en la economía⁹⁴.

En efecto, de una inicial posición de árbitro, fruto de una concepción en la que se considera a lo económico como un fenómeno natural y en la cual parece sólo necesario reconocer a la propiedad y la libre contratación como base de todo el sistema, se pasa a otra en la cual el Estado comienza a tener una presencia cada vez mayor dentro del proceso que va del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho. Cabe subrayar que, en este proceso histórico, la Constitución mexicana de 1917, Carta de Querétaro, fue la primera en romper con el liberalismo clásico. Así, esta Constitución coadyuva al nacimiento del llamado constitucionalismo social, al introducir conceptos tales como la propiedad originaria de la nación sobre las tierras yaguas, el derecho de propiedad privada con función social, la protección de los recursos naturales, y el régimen de economía mixta⁹⁵.

Dicho esto, las primeras constituciones que consagraron reglas económicas y derechos sociales fueron la constitución mexicana de Querétaro (1917), seguida por la constitución alemana de Weimar (1919)⁹⁶.

La Carta de Querétaro «incorporó en su texto un vasto catálogo de derechos sociales y concibió un Estado benefactor, asistencialista, encargado de su cumplimiento»⁹⁷. Además, fue el primer intento constitucional para afianzar los derechos civiles y políticos con la nueva concepción de los derechos sociales: «la Constitución mexicana de 1917 reconoce la obligación del Estado de impartir educación gratuita, de facilitar protección a la niñez, se

⁹⁴ Cf. KRESALJA, Baldo y César OCHOA. "Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional". Óp. Cit., p. 730.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 89.

⁹⁷ *Ídem*, p. 163.

establecieron normas relativas al trabajo y a la previsión social y se encuentra reconocido el derecho a la huelga»⁹⁸.

Del mismo modo, en el contexto europeo, la Primera Guerra Mundial implicó que la realidad económica experimentara grandes cambios impulsados por la mayor intervención del Estado en la economía y por las reglamentaciones jurídicas que limitaron la autonomía privada de los individuos a consecuencia de ello. Sin embargo, se considera a la Alemania de la posguerra como el hito que marcó origen a toda la corriente de la constitución económica que conocemos hoy en día. La Constitución de Weimar (1919) garantizó el derecho de propiedad con límites legales apelando al bien general o a la función social⁹⁹.

Este proceso [de la constitución económica] será más acentuado al término de la Segunda Guerra, época en la que se inicia una nueva etapa en el derecho constitucional, fruto de un compromiso político y social, consagrándose normas de principio de carácter declarativo sobre fines sociales, o bien de rechazo del orden económico liberal sin trabas. Así, se incorporan en los textos constitucionales catálogos de derechos sociales, entendidos como prestaciones u obligaciones a asumir progresivamente por el Estado y medidas de nacionalización de sectores productivos, entre otras normas, que pretenden concretar este nuevo rol del Estado y su mayor compromiso con las necesidades económicas y sociales de la población¹⁰⁰.

Es así que fue a partir de la dación de esta constitución que, a nivel occidental, fueron apareciendo disposiciones en materia económica debido a diversos factores socioeconómicos¹⁰¹. La Carta de Weimar representó el primer

⁹⁸ CHANAMÉ, Raúl. "Constitución económica". Óp. Cit., p. 45.

⁹⁹ Cf. Ídem, p. 44.

¹⁰⁰ VIERA, Christian, Jaime BASSA y Juan FERRADA. "Una aproximación a la idea de 'Constitución económica' y sus alcances en la Constitución chilena". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Ciudad de México, volumen XLIX, número 145, 2016, p. 5.

¹⁰¹ «El jurista español Herrera de Miñón ha señalado que ello tiene que ver porque el Estado debe posibilitar la actividad económica, orientarla y limitarla; porque los ciudadanos y los políticos ven en la Constitución una especie de zona de seguridad; es decir, desean que se incorporen normas que consideran vitales, muy importantes para la vida en común y que, en algún momento, pueden estar en peligro por los vaivenes políticos; por ejemplo, insistir en la libertad religiosa, o en la intangibilidad de determinadas propiedades. Pero también lo hacen para señalar al más alto nivel jurídico, cuáles son las metas económicas y cuáles los procedimientos legítimos para transformar la economía. Pueden surgir así

aporte europeo al constitucionalismo económico en un marco democrático, «cuyo objetivo fue la socialización de la riqueza, introduciendo conceptos tales como la nacionalización de empresas, racionalización y planificación de la producción, reconocimiento de la función social de la propiedad, derecho a la vivienda y constitucionalización de sindicatos y organizaciones patronales»¹⁰².

En consecuencia, ya que la aparición del término *constitución económica* —como tal— se dio con la República de Weimar, se atribuye a Carl Schmitt¹⁰³ (1931), a Beckerath¹⁰⁴ y (1932) a Wilhelm Röpké¹⁰⁵ (1942) ser los pioneros al haberla citado en sus respectivas producciones académicas.

varias opciones: las ya derogadas constituciones de los llamados países del socialismo real y otras que, prácticamente, no quieren saber nada con la actividad empresarial del Estado». KRESALJA, Baldo. “Constitución económica: la libertad de empresa como fundamento del sistema económico constitucionalizado”. Óp. Cit., p. 31.

¹⁰² KRESALJA, Baldo y César OCHOA. “Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional”. Óp. Cit., p. 731.

¹⁰³ «Fue Carl Schmitt quien lo incorpora a la literatura jurídica, con la aparición de su obra *La Defensa de la Constitución* en 1931, en la cual se menciona el término mostrando su preocupación por la adopción de un régimen político que posea una fundamentación económica». CHANAMÉ, Raúl. “Constitución económica”. Óp. Cit., p. 45. Asimismo, esta cita relevante de Carl Schmitt refleja lo señalado: «...naturalmente, toda Economía y toda “Sociedad” como cualquier otra manifestación de la convivencia humana, reclaman una “Constitución”, es decir, una ordenación cualquiera, de modo que en otro sentido distinto, impreciso y expuesto a error, puede hablarse de una Constitución social y económica en cuanto se separan entre sí Estado y sociedad, política y economía, y se consideran sectores reales distintos. Ahora bien, semejante “Constitución”, ya sea “económica” o “social”, no es precisamente la Constitución del Estado. En la organización y en la estructura política del Estado no se valoran estructuras y elementos económicos como tales; pero, además, el ciudadano individual no ocupa su posición política ni ejerce sus derechos cívicos en su condición de sujeto económico, por ejemplo como patrono o como obrero, como productor o como contribuyente, o por razón de otra calidad o prestación económica; para semejante Constitución sigue siendo tan sólo un *citoyen* y no un *producteur*». SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983, p. 163.

¹⁰⁴ «Se atribuye a BECKERATH (1932) la introducción del término Constitución económica en su trabajo *Politische und Wirtschaftsverfassung*, al referirse “a la ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como la organización y técnica de la producción y distribución”. Dicha definición tuvo resistencia entre los juristas contemporáneos por considerarla un concepto impreciso. Por ello, la doctrina alemana, a partir de esa inicial noción desarrolló el concepto en la década del 50. Así, autores como Strauss o Nipperdey la identificaron con el modelo económico de la Economía Social de Mercado concebida por MÜLLER ARMACK como “programa de política económica basada en una síntesis de concepciones ideológicas». FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 90. De modo semejante: «Al decir de Francisco Fernández Segado siguiendo a Ignacio María Lojendio, es Beckerath quien en 1932, en Alemania, en su trabajo *Politische und Wirtschaftsverfassung*, realiza un rescatable esfuerzo por definir la Constitución Económica, entendiéndola como una manera de ordenar lo que hoy podríamos denominar el fenómeno económico, en cuanto se expresa en los elementos propiedad, contrato y trabajo, así como en la intervención del Estado en la economía y en la regulación de lo que hace a la organización y a la técnica

La importancia de la Constitución de Weimar recae en que fue ahí donde se hizo el reconocimiento expreso necesario de preceptos económicos dentro de una constitución, no apuntando a un modelo para la utilización de recursos en aras del sostenimiento del Estado, sino que estuvo dirigido a la protección del individuo como el sujeto de derechos económicos; «es decir, le da un sentido a la economía como ciencia social que se vincula directamente al bienestar de los ciudadanos»¹⁰⁶.

Ahora bien, antes de aterrizar en lo que entendemos por *constitución económica*, es importante señalar que, evidentemente, el concepto no es el mismo que el de la década de los veinte en Alemania, ya que este ha evolucionado «de la idea de sistema económico subyacente al ordenamiento jurídico a la de orientación general del texto constitucional sobre el terna económico (especialmente, sobre el rol del Estado y de los agentes económicos), para pasar a la del sistema económico recogido en el texto constitucional»¹⁰⁷.

Pese a la referida evolución, no existe un concepto universal de constitución económica, muy aparte de reconocerse su dimensión dual: como contenido y como norma jurídica suprema. En palabras de Domingo García Belaunde, citado por Ernesto Blume, la primera de estas dimensiones se identifica con una constitución económica material, o sea, como el

de la producción y de la distribución». BLUME, Ernesto. "La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia". *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 36, 1997, p. 30.

¹⁰⁵ «En 1942 el economista Wilhelm Ropke, de la Escuela de Friburgo, publica un trabajo sobre la crisis social de su tiempo, en el cual se refiere a la Constitución Económica, con el fin de fundamentar su posición neoliberal frente a los peligros que acarrea el comunismo. En tal sentido, desarrolla un símil o paralelismo con implicancias e interrelaciones mutuas entre la Constitución Política y la Constitución Económica, en cuya virtud, si se quiere garantizar un mundo de libertad, tolerancia, respeto y contrapesos, la economía debe darse en un marco que reúna tales características también, porque, de lo contrario, un modelo económico que no responda a estos principios a la larga acabará con ellos en el propio ámbito político. Vale decir, que para Ropke la estructura económica y la estructura política son como dos caras de una misma moneda y, es más, la una condiciona a la otra. Por ello sostiene con énfasis que "Constituye una ingenuidad casi indiscutible creer que un Estado puede ser totalitario en el dominio económico, sin serlo simultáneamente en el político y espiritual y al revés"». BLUME, Ernesto. "La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia". Óp. Cit., p. 30.

¹⁰⁶ CHANAMÉ, Raúl. "Constitución económica". Loc. Cit.

¹⁰⁷ BLUME, Ernesto. "La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia". Óp. Cit., p. 31.

ordenamiento de la economía de una comunidad en específico; a su vez, la segunda se equipara a una constitución económica formal, es decir, «la manera cómo la constitución escrita recoge, reconoce o regula esta realidad»¹⁰⁸.

De manera similar, cuando Lourdes Flores cita a Rittner, alude a la distinción entre un concepto amplio y un concepto estricto de constitución económica: «la noción amplia está referida al conjunto de principios jurídicos que determinan la organización o el funcionamiento del proceso económico de un modo fundamental y estable; mientras la noción estricta se refiere a “la determinación de la constitución sobre la ordenación de la vida económica”»¹⁰⁹.

Por su parte, García Pelayo atribuye el término de constitución económica a «las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico»¹¹⁰. Además, especifica las tres materias que deben integrarla de modo esencial: «(i) el establecimiento de los tipos de propiedad; (ii) la forma de relación entre los actores económicos y (iii) la distribución de atribuciones entre el Estado y los actores y entidades económicas de la sociedad»¹¹¹.

De lo anterior podemos concluir que cuando hablamos de constitución económica nos referimos a aquel «sistema económico consagrado en la Constitución de un determinado Estado, que comprende la regulación de la propiedad, de la economía pública y privada, de la actuación de los agentes económicos, de las reglas del mercado, de la empresa y, en general, del fenómeno económico»¹¹². En otras palabras, entendemos por constitución económica al marco general (conjunto de normas) y a los principios jurídicos (económicos y sociales¹¹³) que ordenan y regulan el funcionamiento de las

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 91.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² BLUME, Ernesto. “La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia”. Loc. Cit.

¹¹³ «A nuestro juicio, la labor exegética y sistemática de los preceptos de contenido económico que configuran el sistema económico real constitucionalizado es fundamental para apreciar el verdadero

actividades económicas de un país¹¹⁴ y en virtud de los cuales se determinan los derechos, deberes y responsabilidades de cada uno de los participantes¹¹⁵: «en nuestros días se encuentra arraigada la convicción de que, al igual que lo es la organización política, social y jurídica del Estado, el orden económico establecido en la Constitución forma parte de su contenido esencial»¹¹⁶.

3. EVOLUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA Y ABORDAJE DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Cuando nos referimos a la constitución económica peruana¹¹⁷ hacemos referencia al conjunto de disposiciones en materia económica constado en la Constitución Política, el cual regula y sirve de parámetro al desarrollo de las actividades económicas de nuestro país. Y ya que de la constitución económica parte el marco regulatorio de libre competencia económica, hemos visto conveniente exponer la evolución de la constitución económica en el Perú,

grado de ambigüedad, disipar la pseudo-ambigüedad, y aprehender la esencialidad básica del sistema económico de nuestra Constitución. Un sistema económico que —como ha observado DUQUE— “no surge directamente de una declaración formal en el documento constitucional... sino de la consideración conjunta y sistemática de los principios que la inspiran en el terreno económico y social, de los derechos que se atribuyen a los participantes en la actividad económica (empresarios, trabajadores, consumidores, Estado...), de las limitaciones que se imponen a estos derechos, de los modos de actuación del Estado en este específico campo...”». FONT, Juan. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 141.

¹¹⁴ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. “Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional”. Óp. Cit., p. 731.

¹¹⁵ «Así, el Estado deja de ser árbitro neutral de la actividad privada de los particulares, que sólo establece reglas dentro de las cuales los particulares pueden actuar libremente. Al contrario, se hace responsable de que se mantengan las condiciones de las que depende el mercado y la libre determinación de los particulares junto a un equilibrio social. [...] No se trata sólo de regular los derechos económicos y sociales de los ciudadanos, sino también de construir una orgánica genérica que regule la economía nacional, estableciendo sus bases y principios esenciales para su desarrollo». VIERA, Christian, Jaime BASSA y Juan FERRADA. “Una aproximación a la idea de ‘Constitución económica’ y sus alcances en la Constitución chilena”. Óp. Cit., p. 8.

¹¹⁶ RENGIFO, Leoncio. “La Constitución económica”. *Vista Fiscal-Revista Jurídica del Ministerio Público del Distrito Judicial de Lima Norte*. Lima, año 6, número 5, 2009, p. 256.

¹¹⁷ Académicamente hablando, es César Ochoa Cardich quien introduce el término en la literatura constitucional peruana en su artículo “Constitución y economía de mercado”, el cual fue publicado en diciembre de 1985 en *Derecho*, anuario de la Facultad de Derecho de la PUCP. Tiempo después, es Carlos Torres y Torres Lara quien lo emplea en su artículo titulado “Los derechos fundamentales de las personas jurídicas y la Constitución económica” publicado en marzo de 1986 en *Revista peruana de derecho de la empresa*. El tercero en emplearlo es Domingo García Belaúnde en su ponencia “La Constitución económica peruana” presentada en el simposio internacional *Modernas tendencias del derecho constitucional en España y América Latina*, llevado a cabo en noviembre de 1986. Cf. BLUME, Ernesto. “La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia”. Óp. Cit., p. 32.

resaltando que fue con la Constitución de 1979 que se instauró lo que en la Constitución de 1993 se denominó —propiamente— *constitución económica*.

3.1. El liberalismo clásico en las constituciones del siglo XIX

Pese a que fue en la Constitución de 1979 donde se incluyó un conjunto orgánico de normas económicas (una constitución económica propiamente dicha), las constituciones anteriores —de por sí— han contenido normas económicas. Por una cuestión de síntesis (porque desarrollar cada norma económica de todas las constituciones del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX implicaría un detenimiento extenso), en los siguientes párrafos resumiremos de qué manera se han presentado estas normas económicas a lo largo de aquellos años: nos centraremos en el derecho de propiedad y en la libertad de industria y comercio¹¹⁸, antecedente clave del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa.

Comenzaremos por desarrollar —a modo general— lo estipulado en las constituciones del siglo XIX, o sea, en las Cartas de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860 y 1867. Debemos recordar que, como señalan Baldo Kresalja y César Ochoa, las constituciones del siglo XIX estuvieron inspiradas en el liberalismo clásico, «pero en el marco de un proceso de reestructuración precapitalista, esto es, un sincretismo que adapta relaciones sociales basadas en una estratificación étnica estamental con un ordenamiento jurídico liberal, sin modificaciones de fondo en las estructuras socioeconómicas heredadas del periodo colonial»¹¹⁹.

¹¹⁸ «La libertad económica, formulada inicialmente en las nuevas repúblicas americanas latinoamericanas bajo el enunciado de la libertad de comercio y más adelante también como libertad de industria, deberá pasar por un complejo proceso político y legislativo para afirmarse, pues el sistema económico va poco a poco consolidándose. Y continúa señalando que el incipiente capitalismo necesitaba del afianzamiento de la libertad económica y la consiguiente formulación de un sistema jurídico adecuado a sus necesidades». KRESALJA, Baldo. *La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado*. Lima: PUCP, 2004, p. 505.

¹¹⁹ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 183.

En ese sentido, el primer reconocimiento constitucional explícito a la propiedad se dio en la Constitución de 1823 (artículo 193, inciso 3¹²⁰), la cual estipuló la inviolabilidad de la propiedad privada¹²¹. Con ello, todas las cartas del siglo XIX le hicieron el mismo reconocimiento¹²².

En resumen, las constituciones del siglo XIX normaron la propiedad privada como una institución con protección constitucional; establecieron la garantía institucional de prohibición de su privación, salvo por causa de interés público e indemnización y contemplaron los distintos tipos de propiedad (material e inmaterial). La propiedad de los extranjeros fue reconocida en una segunda etapa, estableciéndose para el extranjero propietario un sometimiento a las normas vigentes para los peruanos¹²³.

Del mismo modo, fue la constitución de 1823 (artículo 193, inciso 8¹²⁴)¹²⁵, dentro de la protección de los derechos sociales e individuales, la que proclamó

¹²⁰ «Artículo 193. Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables: 1.- La libertad civil 2.- La seguridad personal y la del domicilio 3.- La propiedad 4.- El secreto de las cartas 5.- El derecho individual de presentar peticiones o recursos al Congreso o al Gobierno. 6.- La buena opinión, o fama del individuo, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes. 7.- La libertad de imprenta en conformidad de la ley que la arregle 8.- La libertad de la agricultura, industria, comercio y minería, conforme a las leyes. 9.- La igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue».

¹²¹ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 190.

¹²² «El reconocimiento constitucional del derecho de propiedad fue proclamado en todas las Cartas del siglo XIX, ya sean liberales o conservadoras (artículo 142 de la Constitución de 1826; artículo 149 de la Constitución de 1828; artículo 161 de la Constitución de 1834; artículo 167 de la Constitución de 1839; artículo 125 de la Constitución de 1856; artículo 26 de la Constitución de 1860 y el artículo 25 de la Constitución de 1867)». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 185.

¹²³ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 192.

¹²⁴ «Artículo 193. Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables: [...] 8.- La libertad de la agricultura, industria, comercio y minería, conforme a las leyes. [...]».

¹²⁵ «El inciso 8 del artículo 193 de la Constitución de 1823 declaró inviolable “La libertad de la agricultura, industria, comercio, y minería, conforme a las leyes”, se introdujo así uno de los conceptos más importantes de la revolución liberal en nuestro constitucionalismo. El concepto de esta libertad estaba entonces más ligado al trabajo que a la gran inversión de capital, aunque no excluía a esta última. Eran tiempos en los que el trabajo y el capital no estaban completamente diferenciados, ni el España ni en el Perú: producir era ejercitar el trabajo propio, si no en todos los casos, sí en la inmensa mayoría. Por tanto, trabajar libremente y tener libertad de industria y comercio podría ser, para gran parte de las personas, una y misma cosa. Salas asimila, en la parte final, a estos dos derechos con la libertad individual, a modo de especies del mismo género. En aquellos tiempos, a diferencia de la actualidad, los derechos estaban más integrados, menos perfilados». RUBIO, Marcial. *La constitucionalización de los derechos en el Perú del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, pp. 98-99.

inviolable —además de la propiedad— la libertad de imprenta y la libertad de la agricultura, industria, comercio y minería¹²⁶. En consecuencia, las demás constituciones del siglo XIX también reconocieron la libertad de industria y comercio XIX¹²⁷: artículo 166 de la Constitución de 1828¹²⁸; artículo 169 de la Constitución de 1839¹²⁹; artículo 22 de la Constitución de 1856¹³⁰; artículo 23 de la Constitución de 1860¹³¹; y artículo 22 de la Constitución de 1867¹³².

La Constitución de 1826 y la de 1834 son las que introdujeron significativos matices en ello: el artículo 148 de la Constitución de 1826¹³³ reflejó, de mejor manera, la relación entre la libertad de industria y la libertad de trabajo, y el artículo 162 de la Constitución de 1834¹³⁴ incluyó al interés nacional como límite a la libertad económica¹³⁵.

Ahora nos referiremos a las constituciones de la primera mitad del siglo XX; es decir, a las Cartas de 1920 y 1933, las cuales «constituyen la consagración en nuestro país del constitucionalismo social»¹³⁶.

¹²⁶ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 188.

¹²⁷ «Más allá de las diferencias de matices que contienen los textos del siglo XIX, en lo que se refiere a la libertad de industria y comercio se consigna su reconocimiento con limitaciones». *Ibidem*.

¹²⁸ «Artículo 166. Es libre todo género de trabajo, industria o comercio: a no ser que se oponga a las costumbres públicas o a la seguridad y salubridad de los ciudadanos».

¹²⁹ «Artículo 169. Es libre todo género de trabajo, industria o comercio, a no ser que se oponga a las costumbres públicas, o a la seguridad, o salubridad de los ciudadanos».

¹³⁰ «Artículo 22. Es libre todo trabajo que no se oponga a la moral, seguridad, o salubridad pública».

¹³¹ «Artículo 23. Puede ejercerse libremente todo oficio, industria o profesión que no se oponga a la moral, a la salud ni a la seguridad pública».

¹³² «Artículo 22. Puede ejercerse libremente toda industria o profesión que no se oponga a la moral, seguridad o salubridad pública».

¹³³ «Artículo 148. Ningún género de trabajo, industria o comercio puede ser prohibida, a no ser que se oponga a las costumbres públicas, a la seguridad, y a la salubridad de los peruanos».

¹³⁴ «Artículo 162. Es libre todo género de trabajo, industria o comercio, a no ser que se oponga a las buenas costumbres o a la seguridad y salubridad de los ciudadanos, o que lo exija el interés nacional, previa disposición de una ley».

¹³⁵ «La Constitución de 1826 retrata mejor aún que la de 1823 el vínculo entre libertad de industria y de trabajo. Su redacción fue reproducida con cambios menores desde el punto de vista jurídico en las [demás] constituciones [del siglo XIX]. La Constitución de 1834 estableció, como excepción adicional a la libertad, el interés nacional, inclusión importante por su significado como límite de las reglas de juego del libre mercado». RUBIO, Marcial. *La constitucionalización de los derechos en el Perú del siglo XIX*. Óp. Cit., p. 104.

¹³⁶ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 196.

Baldo Kresalja y César Ochoa señalan que la Constitución de 1920 dio inicio al constitucionalismo social en nuestro país, puesto que dicha constitución rompió con el liberalismo clásico, siendo la primera que incluyó principios y derechos del constitucionalismo social en atención a las Constituciones de México (1917) y de Alemania (1919) de aquel entonces, lo cual significó una mayor intervención del Estado en la economía¹³⁷ y el reconocimiento del derecho al trabajo¹³⁸.

En cuanto al derecho de propiedad, en el mismo sentido de las constituciones anteriores, «establecieron regímenes de protección a la propiedad y mecanismos institucionales de compensación en caso de privación por causa justificada»¹³⁹.

En torno a la libertad de comercio, ambas constituciones versaron sobre ello (artículo 45 de la Carta de 1920 y artículo 40 de la Carta de 1933): «las normas constitucionales habilitan, sin embargo, las limitaciones que el Estado puede imponer y su justificación»¹⁴⁰. Asimismo, la Constitución de 1920 separó a la libertad de industria y comercio de la libertad de trabajo.

¹³⁷ «Las principales manifestaciones de intervención económica del Estado fueron: la previsión de que el Estado podrá por ley tomar a su cargo o *nacionalizar* transportes terrestres, marítimos, aéreos u otros servicios públicos de propiedad particular, previo pago de la indemnización correspondiente (artículo 44). Se reconoció la libertad de industria y comercio sometida a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriban las leyes, las que podrán establecer o autorizar al gobierno para que fije las limitaciones y reservas en el ejercicio de las industrias, cuando así lo imponga la seguridad o necesidad pública (artículo 45). Por su parte, el artículo 50 declaró que: “Se prohíben los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. Las leyes fijarán las penas para los contraventores. Solo el Estado puede establecer por ley monopolios y estancos en exclusivo interés nacional”. Como podemos apreciar, no existe en el texto constitucional una prohibición absoluta contra todo tipo de monopolio, sino exclusivamente contra aquellos de carácter privado». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 192.

¹³⁸ «La Constitución de 1920 marca una ruptura con el liberalismo clásico, de manera tal que se puede trazar una línea divisoria en el constitucionalismo económico peruano a partir de 1920. Existen dos grandes etapas en el constitucionalismo económico republicano. La primera en anterior a la Constitución de 1920 y la segunda se prolonga hasta el presente. La Carta de 1920 fue aprobada al inicio del régimen de Augusto B. Leguía, siendo la primera en incorporar principios y derechos del nuevo constitucionalismo social bajo la influencia de las Constituciones de México de 1917 y de Alemania de 1919. Se debe reconocer que con la Constitución de 1920 se da inicio al constitucionalismo social en el Perú, el cual da una mayor intervención al Estado en la economía y reconoce el derecho al trabajo». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Óp. Cit., p. 190.

¹³⁹ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 196.

¹⁴⁰ Ídem, p. 198.

La Constitución de 1933, mediante el artículo 38, previó la facultad de poder nacionalizar servicios públicos como transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos de propiedad privada. Del mismo modo, a través del artículo 40, «previó que cuando lo exija la seguridad o la necesidad pública, podrá la ley establecer limitaciones o reservas en el ejercicio de la libertad de comercio e industria, o autorizar al Poder Ejecutivo para que las establezca, sin que en ningún caso tales restricciones tengan carácter personal ni de confiscación»¹⁴¹.

Por lo que puede reflejarse que lo estipulado en la Constitución de 1920 se reprodujo en la Constitución de 1933 en los artículos 40 y 42 con modificaciones muy sutiles¹⁴².

En conclusión, las constituciones peruanas del siglo XIX denotaron un influjo del liberalismo clásico pero en un contexto de reestructuración precapitalista, donde con la dación de la Constitución de 1823 se normó la propiedad privada como una institución con protección constitucional, al igual que el reconocimiento de la libertad de industria y comercio con límites. Por su parte, las constituciones de la primera mitad del siglo XX (las Cartas de 1920 y 1933) significaron el inicio del constitucionalismo social en el Perú, el cual dio pie a que el Estado, a partir de aquel entonces, tenga un papel más activo mediante su intervención en la economía.

3.2. La Constitución económica peruana de 1979

Entre 1968 y 1978, periodo denominado como el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, producto del golpe de Estado al primer gobierno constitucional de Fernando Belaunde Terry por parte de las Fuerzas Armadas, encabezado por Juan Velasco Alvarado, se vivió una serie de reformas económicas en nuestro país. Una de estas medidas fue la aprobación de lo que se denominó el «Estatuto del Gobierno Revolucionario», el cual, evidentemente, no contaba con carácter constitucional pero que sí tuvo el poder

¹⁴¹ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Óp. Cit., p. 195.

¹⁴² RUBIO, Marcial. *La constitucionalización de los derechos en el Perú del siglo XIX*. Óp. Cit., p. 104.

para justificar una reforma económica como —hasta ese entonces— no se había dado en toda la etapa republicana, teniendo «prelación sobre la Constitución de 1933 y [facultando] al Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada a dictar decretos leyes sin limitación alguna»¹⁴³.

El Perú vivió entre 1968 y 1978 un intenso proceso reformista que transformó económica y socialmente al país. El país vivió una década de reformas agraria, industrial, educativa, entre otras; un proceso de estatización de un muy importante número de empresas, estableciéndose la prohibición de presencia privada en significativos sectores de la economía nacional; un intenso proceso de socialización de la propiedad privada hacia formas colectivistas, cooperativas y de propiedad social, emulando las variadas opciones de los modelos europeos y asiáticos vigentes en el mundo. La nacionalización de la economía supuso la explícita prohibición de importación de una lista significativa de bienes. A este conjunto de medidas, se denominó, en su momento las reformas estructurales de la Revolución Militar. La intención del gobierno militar fue lograr la consagración constitucional de las medidas desarrolladas; pretensión que los integrantes de la Asamblea Constituyente no aceptaron. Empero, por su conformación y por la ideología dominante en América Latina en la década de los setenta, la constitución tuvo un innegable influjo de las medidas que habían precedido a su dación¹⁴⁴.

En este periodo fue donde el Estado asumió el papel de titular de las actividades económicas más relevantes ampliando su rol¹⁴⁵. Consecuentemente, se produjo la nacionalización de empresas (prohibición expresa para la importación de diversos bienes) y la reserva de actividades económicas por parte del Estado para que este se encargase de diversas áreas a nivel de producción y servicios¹⁴⁶: «La [Constitución] de 1979 consideraba un

¹⁴³ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 197.

¹⁴⁴ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., pp. 203-204.

¹⁴⁵ Kresalja esclarece lo siguiente: «el modelo económico constitucional de 1979 otorgaba al Estado un rol poderoso que los defensores del modelo neoliberal no deseaban mantener ni siquiera como alternativa futura, a lo que coadyuvó la existencia de un significativo número de empresas públicas o de propiedad del Estado deficitarias e ineficientes». KRESALJA, Baldo. «La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993». *Ius et Veritas*. Lima, año 11, número 22, 2001, p. 276.

¹⁴⁶ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 197.

Estado prestador de servicios, que podía tener intervención directa extensiva en la vida económica a través de empresas públicas y otros organismos públicos. Al propio tiempo, establecía ciertas diferencias en el tratamiento de la inversión privada nacional y extranjera»¹⁴⁷. Por lo tanto, esto evidencia que, en aquel entonces, se apostó por el papel protagónico del Estado antes que el del mercado gracias a la desconfianza que se tuvo hacia el sector privado en que este tuviese la capacidad de solventar las necesidades de las mayorías¹⁴⁸.

Ahora, si bien es cierto que la Carta de 1979¹⁴⁹ mantuvo los principios de las constituciones de 1920 y 1933 en contra de los monopolios privados y a favor de las reservas de actividades económicas, su desarrollo respecto al régimen económico —tal como señalamos— fue mucho más extenso; además de ello, todas estas disposiciones debían adecuarse al Estado social y democrático de derecho¹⁵⁰.

Al respecto, Ernesto Blume agrega que el modelo económico estipulado en la Constitución de 1979 es de corte neoliberal pero con cierto sesgo social correspondiente al planteamiento del constitucionalismo social flexible; además de incluir cláusulas abiertas para ser desarrolladas por el legislador.

En definitiva, la Constitución de 1979 consagró un modelo económico neoliberal, pero con un componente constitucional de hondo significado social enmarcado dentro de la tesis del constitucionalismo social flexible. Incluyó

¹⁴⁷ RUBIO, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Cuarta edición. Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, 1994, p. 85.

¹⁴⁸ KRESALJA, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica: análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 69-70.

¹⁴⁹ «[esta Constitución le dedicó] un título especial de su texto (el Título III) al “Régimen económico”, el cual comprendió ocho capítulos y cincuenta y cuatro artículos: Capítulo I “Principios generales” (del artículo 110 al 117), Capítulo II “De los recursos naturales” (del artículo 118 al 123), Capítulo III “De la propiedad” (del artículo 124 al 129), Capítulo IV “De la empresa” (del artículo 130 al 137), Capítulo V “De la hacienda pública” (del artículo 138 al 147), Capítulo VI “De la moneda y la banca” (del artículo 148 al 155), Capítulo VII “Del régimen agrario” (del artículo 156 al 160) y el Capítulo VIII “De las comunidades campesinas y nativas” (del artículo 161 al 163)». BLUME, Ernesto. “La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia”. Óp. Cit., p. 32.

¹⁵⁰ KRESALJA, Baldo. “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”. Óp. Cit., p. 290. En el mismo tenor, Lourdes Flores señala que «la Constitución peruana de 1979 se inserta en el marco de las constituciones europeas de la segunda mitad del siglo XX que normaron el denominado Estado Social de Derecho». FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 207.

además cláusulas abiertas, dejando al legislador ordinario su desarrollo y, en definitiva, al ente de control concentrado de la constitucionalidad (hoy denominado Tribunal Constitucional) la precisión de sus alcances, en orden a revitalizarse y nutrirse de la realidad que ofrece cada coyuntura¹⁵¹.

En suma, reconoció los derechos a la libertad de trabajo, la propiedad privada, la libertad de contratación, la libre iniciativa privada, la libertad de empresa (estableciendo que su ejercicio no podía ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública). Cabe resaltar que fue en la Constitución de 1979 donde, por primera vez, se prohibió los acaparamientos, prácticas o acuerdos restrictivos a la competencia, siendo el Estado la ente que obligada a asegurar la normal actividad del mercado¹⁵². Es decir, no se veía a un Estado abstencionista o exclusivamente regulador en el ámbito económico, «pues [el Estado] consideró que se encontraba obligado a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales, tangibles y lleguen a todos los ciudadanos, en una tarea permanente a pesar de su inalcanzable —aunque deseada— concreción»¹⁵³. De ahí que deba arribarse a la conclusión de que la Constitución de 1979 es la primera que desarrolló una «constitución económica formal»¹⁵⁴.

Adentrando al tema de fondo, en los siguientes párrafos enunciaremos las principales características de la constitución económica de 1979. Siguiendo a Baldo Kresalja¹⁵⁵ —y al orden didáctico que expone en su obra para un mayor entendimiento del papel que ejercía el Estado—, a continuación, mostraremos los artículos esenciales que evidencian lo señalado.

¹⁵¹ BLUME, Ernesto. “La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia”. Óp. Cit., p. 33.

¹⁵² KRESALJA, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica: análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Óp. Cit., p. 69.

¹⁵³ Ídem, pp. 69-70.

¹⁵⁴ «La Carta de 1979 es la primera en desarrollar una Constitución económica formal, esto es, sistematizada en el Título III dedicado al “Régimen Económico”. Es el primer texto fundamental peruano en incluir en forma sistemática un numeroso articulado en el cual se establecen las reglas de juego de la actividad económica desarrollada por el Estado y los particulares dentro de una concepción de Estado Social potenciadamente intervencionista». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., pp. 199-200.

¹⁵⁵ KRESALJA, Baldo. “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”. Óp. Cit., p. 290.

En primer lugar, podemos decir que, tal como señala el artículo 111¹⁵⁶, el Estado formuló la política económica a través de planes que regulaban la actividad del sector público (o sea, de las cuantiosas empresas públicas propias de la época). Siendo estos planes concertados, fueron obligatorios para la actividad privada; mejor dicho, para que la planificación sea vinculante en el sector privado, se requería una concertación previa de aquella planificación. Es por eso que podemos afirmar que «no constituyó un modelo de planificación centralizada, sino democrática, que era compatible con un régimen económico de economía social de mercado»¹⁵⁷.

En segundo lugar, en el artículo 115¹⁵⁸ se hace mención expresa de que la iniciativa privada es libre. Esta iniciativa privada incluyó a todas las modalidades empresariales habidas y por haber, las cuales junto a la iniciativa del Estado se sometieron a las reglas del mercado. Para César Ochoa Cardich, «este régimen de paridad o competencia, al que se someten tanto la empresa pública como la empresa privada, constituye una garantía para la empresa privada, puesto que la empresa pública ha de someterse a las reglas de juego del sector privado para sobrevivir en el mercado»¹⁵⁹.

Y ya que fue en la Carta de 1979 donde se estableció el régimen económico dentro de una concepción de Estado social y democrático de derecho, se incluyó, también por primera vez, el término de *economía social de mercado*¹⁶⁰. Precisamente, para que se dé la inclusión de esta expresión se tuvo que enfrentar candentes debates en la Asamblea Constituyente de 1978, ya que, en un principio, lo que se propuso —a través de la redacción del artículo

¹⁵⁶ «Artículo 111. El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio».

¹⁵⁷ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., pp. 205.

¹⁵⁸ «Artículo 115. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social».

¹⁵⁹ OCHOA, César. «Constitución y economía de mercado». *Derecho PUCP*. Lima, número 39, 1985, p. 253-254.

¹⁶⁰ «Para descifrar el componente “social” del sistema económico debemos recurrir al concepto de Estado Social de Derecho». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 201.

115— fue un sistema de economía de mercado, el cual conllevaba una “influencia neocapitalista”: «ante las críticas de la izquierda y extrema izquierda, el texto del artículo fue modificado introduciendo el componente “social” de inspiración alemana»¹⁶¹.

Empero, evidentemente, el concepto de *economía social de mercado* no surge de lo señalado en el artículo 115¹⁶², «sino de la interpretación del conjunto de principios que caracterizan el modelo constitucional, los derechos que se asignan a los participantes de la actividad económica, las limitaciones que restringen estos derechos, así como la acción reguladora del Estado»¹⁶³. En ese sentido, Baldo Kresalja y César Ochoa refieren que la Carta de 1979 estuvo plagada de fines sociales del Estado en aras de que el mercado alcance un sentido de eficiencia social.

En ese orden de ideas, la Constitución de 1979 en su artículo 110¹⁶⁴ y en diversas normas dispersas en el Título III (“Del Régimen Económico”) proclamó un conjunto de fines sociales del Estado desarrollista en la línea del optimismo del Consenso post-keynesiano y de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL: el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo, la distribución equitativa, el fomento de los diversos sectores de la producción y la defensa del interés de los consumidores. En ese sentido, se propuso deducir los criterios de

¹⁶¹ Ídem, pp. 199-200.

¹⁶² «Si bien la norma no propone una definición expresa de la Economía Social de Mercado, no es difícil reconocer en este artículo los elementos principales que la configuran: por un lado la iniciativa privada y por el otro la intervención del Estado, señalando en particular dos actividades: fomento y reglamentación. Desde luego, lo que resalta es la disposición que se encuentra a continuación, que contiene la norma habilitadora del Estado para ejercer la intervención en la economía: el interés social». CRUCES, Alberto. “¿Qué significa economía social de mercado en el Perú?”. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 79, 2014, p. 176.

¹⁶³ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 201.

¹⁶⁴ «Artículo 110. El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores».

configuración del interés social, de modo que le den una definición técnico-jurídica y confieran un horizonte de eficiencia social al mercado¹⁶⁵.

En tercer lugar, mediante el artículo 133¹⁶⁶, se establece que están prohibidos los monopolios privados y las prácticas restrictivas. Es menester enfatizar que este artículo de la Carta de 1979 atribuyó una importante alusión a los conceptos fundamentales del derecho de la competencia, es decir, a las limitaciones de la competencia y a la competencia desleal, «al prohibir las fórmulas de acaparamiento de la actividad industrial y comercial (a través de los monopolios, los oligopolios y otras prácticas) y al delegar al legislador ordinario la tarea de establecer una regulación infraconstitucional de primer rango que asegure el desarrollo normal de la actividad del mercado y consagre las sanciones respectivas»¹⁶⁷. Posteriormente, en 1980 recién hubo una primera iniciativa de legislación antimonopolio en nuestro país¹⁶⁸.

En otro aspecto, según César Ochoa¹⁶⁹, hubo una serie de contradicciones doctrinarias porque, ya que la constitución señaló

¹⁶⁵ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Óp. Cit., p. 202.

¹⁶⁶ «Artículo 133. Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes».

¹⁶⁷ BLUME, Ernesto. "La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia". Óp. Cit., pp. 35-36.

¹⁶⁸ «Erhard ha señalado que las diferencias de concepción en relación con los carteles y sus consecuencias culminan en un dualismo: legislación de prohibición o legislación de abusos. En esta segunda concepción, Roberto MacLean presentó con fecha 13 de mayo de 1980 un Anteproyecto relativo a los monopolios, oligopolios [sic], acaparamientos, prácticas restrictivas, etc. en base del artículo 133° de la Constitución peruana de 1979, que fue la primera iniciativa para una legislación antitrust o antimonopolio moderna en el Perú». OCHOA, César. "Constitución y economía de mercado". Óp. Cit., p. 260.

¹⁶⁹ «La Constitución económica incurre en contradicciones de carácter doctrinario al declarar en el artículo 133° que están "prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes", dentro de un modelo económico de competencia imperfecta que el propio texto fundamental reconoce implícitamente como demostraremos. Al no incluir una norma que precise lo que es el monopolio el acaparamiento, las prácticas restrictivas de la actividad industrial y mercantil, ni definir el concepto de "normal actividad del mercado" parecería desprenderse que la Constitución económica peruana asumiría el esquema teórico de la competencia perfecta o pura basada en los principios de libertad y acceso al mercado, homogeneidad de los productos o servicios, atomismo y transparencia del mercado, ausencia de un poder de control sobre los precios, movilidad de los factores de producción. etc. En realidad, la competencia perfecta o pura tal como ha sido definida por los economistas no se ha producido nunca La competencia pura constituye sólo un modelo teórico

enfáticamente la prohibición de monopolios en dicho artículo 133, se podía asumir que la Carta se estaba rigiendo bajo el modelo teórico de la competencia perfecta o pura, cuando lo que correspondía era el de una competencia imperfecta o monopolística. Sin embargo, un punto de vista panorámico de las disposiciones de la constitución económica refleja que, efectivamente, estamos ante un modelo de competencia imperfecta, esto es, una competencia razonablemente viable porque se admite la prohibición de los monopolios y demás prácticas restrictivas de la actividad industrial y mercantil cuando se afecta al desarrollo económico y social del país¹⁷⁰.

A nuestro juicio, el antimonopolismo declarado en el artículo 133° ha sido relativizado por una serie de disposiciones contenidas en el ordenamiento económico fundamental que nos permiten concluir que el modelo económico constitucionalizado es el de la competencia imperfecta. En esta dirección, Avendaño señala que no resulta claro si esta norma prohíbe también los monopolios públicos, pero siguiendo un criterio de interpretación al analizar el artículo 134 que prohíbe expresamente los monopolios estatales en los medios de comunicación, concluye que tales monopolios no estarían prohibidos para el resto de actividades industriales y mercantiles. En todo caso, debemos señalar que al reconocer constitucionalmente el artículo 114° la reserva para el Estado de actividades productivas o de servicios por causa de interés social o seguridad nacional, está admitiendo los monopolios públicos. En este mismo sentido, el artículo 127° permite que la ley, por razón de interés nacional pueda establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación. Asimismo, debemos tener en cuenta al artículo 152° que permite implícitamente el monopolio público en las actividades bancarias, financieras y de seguros. [...] Las excepciones al antimonopolismo no se limitan al sector público, pues el artículo 129° garantiza los derechos de

elaborado por los economistas para aplicarlo a una forma concreta de funcionamiento ideal del mercado». Ídem, p. 255-256.

¹⁷⁰ Ídem, p. 261.

autor, inventor, nombres, marcas, diseños y modelos industriales y mercantiles¹⁷¹.

En cuarto lugar, bajo el sistema de economía social de mercado, en el artículo 112¹⁷² se reconoce y garantiza el pluralismo económico, es decir, que está permitida la coexistencia de empresas de diversas formas de propiedad, reconociendo —de este modo— el principio de igualdad jurídica entre los competidores, el cual regula la libre competencia. A su vez, este principio se basa, además de lo estipulado en el artículo 112, en dos preceptos fundamentales: la actividad empresarial del Estado (artículo 114) y el libre ejercicio de la iniciativa privada en una economía social de mercado (artículo 115). Por lo tanto, ya que tanto los participantes públicos y privados pueden luchar en régimen de igualdad, se puede concluir que la constitución económica de 1979 se fundamenta en el principio de libertad de competencia económica¹⁷³; esto, de igual manera, es compatible con la planificación que formula el Estado, pues «puede utilizarse como un instrumento ordenador de las impurezas del mercado (publicidad falaz, dumping, etc.) así como para garantizar la coexistencia de las diversas formas de propiedad y empresa reconocidas en el artículo 112»¹⁷⁴.

De modo semejante, como parte de lo establecido por la política antimonopólica, en el artículo 134¹⁷⁵ se dispuso la prohibición de los monopolios legales en los medios de comunicación y en las empresas, bienes y servicios vinculados con la libertad de expresión: «la doctrina nacional ha comentado que

¹⁷¹ Ídem, p. 257-258.

¹⁷² «Artículo 112. El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionadas, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características». «La referencia a las empresas autogestionarias aludía a las denominadas “empresas de propiedad social” promovidas durante el Gobierno de las Fuerzas Armadas». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 202.

¹⁷³ OCHOA, César. “Constitución y economía de mercado”. Óp. Cit., p. 252.

¹⁷⁴ Ídem, p. 255.

¹⁷⁵ «Artículo 134. La prensa, radio, televisión y demás medios de expresión y comunicación social, y en general las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares».

esta disposición constitucional se explica en los abusos producidos durante el gobierno militar (1968-1980) cuando se capturaron diarios y canales de televisión»¹⁷⁶.

En resumidas cuentas, el principio de libre concurrencia del artículo 112 se reafirma en el artículo 131¹⁷⁷; no obstante, dicho principio no es preciso cuando regula a los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos a la actividad industrial y mercantil, etc.¹⁷⁸.

En ese sentido, al artículo 113¹⁷⁹ faculta al Estado para que este pueda ejercer actividad empresarial y de servicios públicos. Adicionalmente, el artículo 114¹⁸⁰ establece que, mediante ley y si en el debate parlamentario se verifique si se trata de un caso de interés social o seguridad nacional, el Estado puede reservar actividades productivas y de servicios que previó la facultad del Estado de reservarse actividades productivas o de servicios.

Como señalamos en lo correspondiente a las constituciones de 1920 y 1933, la facultad de establecer reservar ya se encontraban ahí. Por ello, se entiende por reserva como aquella potestad que tiene el Estado para encargarse de una determinada actividad económica, «aunque puede ser compatible con una gestión posterior basada en la iniciativa privada, mediante la concesión, por ejemplo»¹⁸¹. Asimismo, muchas veces se confunde o distorsiona el concepto de reserva y el de nacionalización. Por ende, es necesario dejar en claro que mediante la reserva el Estado no ejerce el derecho

¹⁷⁶ KRESALJA, Baldo. “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”. Óp. Cit., p. 291.

¹⁷⁷ «Artículo 131. El Estado reconoce la libertad de comercio e industria. art.131, La ley determina sus requisitos, garantías, obligaciones y límites. Su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública».

¹⁷⁸ OCHOA, César. “Constitución y economía de mercado”. Óp. Cit., pp. 255-256.

¹⁷⁹ «Artículo 113. El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo».

¹⁸⁰ «Artículo 114. Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de

dichas actividades en favor de los peruanos».

¹⁸¹ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 203.

de propiedad, sino que se pierde la legitimidad para ejercer la libertad de empresa en aquel sector de la actividad económica»¹⁸².

Por otro lado, en aquel entonces hubo un particular tema de debate: ¿acaso la reserva estatal de actividades productivas o de servicios es incompatible con el principio del pluralismo económico? En este aspecto, Baldo Kresalja y César Ochoa aclararon que no hubo tal aparente contradicción ni negación, puesto que el pluralismo está dirigido al conjunto general del sistema económico, no implicando su cumplimiento en cada uno de los sectores en específico; aunque sí podría interpretarse como una distorsión a la economía de mercado por negar la libertad de empresa¹⁸³.

En quinto lugar, mediante el artículo 132¹⁸⁴, se plantea la posibilidad de que el Estado intervenga con medidas transitorias de carácter extraordinario.

Por último, en el artículo 137¹⁸⁵ se expresa que el Estado, como parte de la política antimonopólica, autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera y la transferencia de tecnología como complementarias de las nacionales están encomendadas al Estado, siempre que vayan acorde con los planes económicos y la política de integración; al artículo 159¹⁸⁶ que prohíbe el

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ «A nuestro juicio, el argumento de que el monopolio estatal y las reservas para el sector público vulneran el pluralismo económico no tenía sustento en función de la interpretación del texto constitucional de 1979. [...] En resumen, la reserva para el Estado de actividades productivas o de servicios no contradijo ni negaba el principio de pluralismo económico, reconocido en el artículo 112 de la Constitución de 1979, pues tal pluralismo está referido al conjunto del sistema económico y no implica que debe regir en todos los sectores que lo conforman. Empero, las reservas sí pueden distorsionar el sistema de economía de mercado al constituir una negación de la libertad de empresa, lo que por cierto en buena medida ocurrió en el Perú durante las décadas del 70 y del 80 del siglo pasado». *Ídem*, p. 204.

¹⁸⁴ «Artículo 132. En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario».

¹⁸⁵ «Artículo 137. El Estado autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea como complementarias de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional, y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración».

¹⁸⁶ «Artículo 159. La reforma agraria es el instrumento de transformación de la estructura rural y de promoción integral del hombre del campo. Se dirige hacia un sistema justo de propiedad tenencia y trabajo de la tierra, para el desarrollo económico y social de la Nación. Con ese fin el Estado:

1.- Prohíbe el latifundio y, gradualmente, elimina el minifundio mediante planes de concentración parcelaria.

latifundio y el artículo 163¹⁸⁷ que prohíbe el acaparamiento de tierras dentro de las comunidades¹⁸⁸.

A modo de conclusión podemos decir que la constitución económica de 1979 le otorgó al Estado amplias facultades para intervenir en la economía como formulador de la política económica y social, además de la creación de empresas públicas, la reserva de actividades económicas (evidenciando carácter monopólico) y sancionando conductas anticompetitivas. A pesar de que el Estado contó con amplias potestades de intervención, tampoco llegó al extremo de eliminar el derecho a la iniciativa económica ni incluir el derecho a nacionalizar empresas¹⁸⁹.

3.3. La Constitución económica peruana de 1993

La constitución económica de 1993¹⁹⁰, a diferencia de la de 1979, otorgó mayor libertad en cada una de sus disposiciones¹⁹¹. Dentro de ellas, a groso

2.- Difunde, consolida y protege la pequeña y mediana propiedad rural privada La ley fija sus límites según las peculiaridades de cada zona.

3.- Apoya el desarrollo de empresas cooperativas y otras formas asociativas, libremente, constituidas, para la producción, transformación, comercio y distribución de productos agrarios.

4.- Dicta las normas especiales que, cuidando el equilibrio ecológico, requiere la Amazonía para el desarrollo

de su potencial agrario. El Estado puede otorgar tierras de esta región en propiedad o concesión a personas naturales o jurídicas, de acuerdo a ley».

¹⁸⁷ «Artículo 163. Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero».

¹⁸⁸ OCHOA, César. "Constitución y economía de mercado". *Derecho PUCP*. Óp. Cit., p. 262.

¹⁸⁹ KRESALJA, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica: análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Óp. Cit., p. 93.

¹⁹⁰ «La Constitución Económica Peruana inaugurada por la Constitución de 1979 ha subsistido en la Carta Fundamental de 1993, aunque con notables variantes, al haber optado el legislador constituyente por un modelo ortodoxamente liberal, en la tesis del constitucionalismo económico coherente o modelo cerrado, tratado en menos artículos y sin el rigor con que se abordó el tema en la Constitución de 1979. Dedicó su Título III al "Régimen Económico", comprendiendo seis capítulos y treintidós [sic] artículos: Capítulo I "Principios Generales" (del artículo 58 al 65), Capítulo II "Del Ambiente y los Recursos Naturales" (del artículo 66 al 69), Capítulo III "De la Propiedad" (del artículo 70 al 73), Capítulo IV "Del Régimen Tributario y Presupuestal" (del artículo 74 al 82), Capítulo V "De la Moneda y la Banca" (del artículo 83 al 87) y Capítulo VI "Del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas" (del artículo 88 al 89)». BLUME, Ernesto. "La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia". Óp. Cit., p. 33.

¹⁹¹ «En cuanto a la libre iniciativa en materia económica como proyección del principio de libertad está consignado tanto en la Constitución de 1979 como en la de 1993, pero lo que varía son los límites de

modo, están la eliminación de la potestad de intervención de la economía en situaciones de grave crisis, la inclusión del abuso de posición de dominio en aras de salvaguardar el principio de libre competencia, la libertad para la inversión extranjera y para el comercio internacional y la intangibilidad de los contratos¹⁹².

Esta mayor libertad latente, a decir de Baldo Kresalja y César Ochoa, se produjo a consecuencia del debate constitucional de 1993¹⁹³, en el cual el Consenso de Washington¹⁹⁴ sirvió de baluarte para que el régimen económico

este derecho y las facultades de intervención del Estado». KRESALJA, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica: análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Óp. Cit., p. 96.

¹⁹² FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 222-223.

¹⁹³ «Las tres tesis en debate fueron:

- (i) La del *constitucionalismo social flexible* recogida en la Carta de 1979, que dedicó un título de la Constitución al “Régimen Económico”, que garantizando el derecho de propiedad y la libre iniciativa permitieran políticas públicas extramercado, con instrumentos tales como el interés social y la planificación concertada, que orientaran al mercado hacia un horizonte social. Se trata de una “economía social de mercado” dentro del marco jurídico fundamental del Estado Social de Derecho, actualmente vigente en el constitucionalismo europeo y latinoamericano. Corresponde al constitucionalismo social flexible, la inclusión de cláusulas abiertas referidas al “interés social” y a la “economía social de mercado” que permiten que el legislador pueda desarrollarlas con criterio dinámico. Los alcances de las referidas cláusulas pueden precisarse mediante la labor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en caso de conflicto.
- (ii) La del *constitucionalismo económico dogmático o cerrado*. Parte de una crítica de la Carta de 1979 a la que califica de “estatalista” o “incoherente” por incluir conceptos que no son unívocos y de este modo permitir la ejecución de políticas socializantes o intervencionistas. Esta tesis no admite un sistema económico abierto, sino que plantea que debe constitucionalizarse un modelo económico rígido de contenido neoliberal, sin matices, a fin de promover la inversión nacional y extranjera. Fue sostenido en el debate constitucional de 1993 por el fujimorista Víctor Joy Way y marcó el contenido constitucional de 1993.
- (iii) La tesis de *negación de todo constitucionalismo económico*. Se basa en un neoliberalismo absoluto que niega toda posibilidad de un consenso constitucional puesto que significaría incorporar en la Constitución conceptos “intervencionistas”. Propone, en consecuencia, que no se establezca ningún régimen económico en la Constitución». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009, p. 216.

¹⁹⁴ «En efecto, el debate de la contienda electoral de 1990 había sido precisamente, la propuesta del entonces candidato Mario Vargas Llosa en el sentido de que resultaba indispensable reducir los niveles de intervención del Estado en la vida económica; la urgencia de privatizar empresas públicas deficitarias; así como la priorización del destino de los recursos públicos a tareas que constituyen verdaderas funciones estatales frente a la del candidato Alberto Fujimori que combatía esa orientación. Llegado al poder el candidato triunfador, hizo suyos los planteamientos de su rival y asumió casi automáticamente los criterios del Consenso de Washington». FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 225.

constitucional se construya acorde a las bases del neoliberalismo y, así, dar lugar a la privatización generalizada¹⁹⁵.

A diferencia de la Constitución de 1979, que potenció el rol del Estado en la economía e incluso permitió la reserva estatal de actividades productivas o de servicios, en el debate constitucional de 1993 la mayoría oficialista del Congreso Constituyente sustentó su posición en un neoliberalismo radical, bajo la inspiración del Consenso de Washington, uno de cuyos efectos fue la supresión de principios valorativos inspiradores del régimen económico. En ese contexto, se concretó también en el texto de la Carta de 1993 una privatización generalizada de la vida económica, como respuesta natural del despilfarro e indudable fracaso de la empresa pública durante los lustros anteriores. En ese Congreso predominó la corriente que afirmó la necesidad de imponer un modelo constitucional neoliberal, aunque recogió después de arduos debates la cláusula abierta de la *economía social de mercado* en su artículo 58¹⁹⁶.

Además, se evidenció la desaparición de todo principio valorativo inspirador del régimen económico, como sí sucedía en la constitución económica de 1979 al fijar en su artículo 110 que «dicho régimen se fundamentaba en principio de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana»¹⁹⁷.

En ese mismo sentido, se pasó del Estado intervencionista, prestador, productor y planificador de los años setenta al Estado mínimo de la década del noventa. Este cambio se dio en función a «la necesidad de otorgar seguridad a la inversión, principalmente extranjera, mediante los contratos ley y estableciendo sin condiciones la igualdad de trato entre la inversión nacional y

¹⁹⁵ «Gran parte de las actividades empresariales del Estado fueron motivo de privatización y pasaron de ser empresas públicas a empresas privadas, en buena proporción de capital extranjero. Y ahora, en virtud de la Constitución de 1993, siguiendo esa lógica, las empresas públicas están sujetas a estrictos requisitos para su creación». KRESALJA, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica: análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Óp. Cit., pp. 94-95.

¹⁹⁶ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 215.

¹⁹⁷ Ídem, p. 222.

extranjera, supuestamente para reforzar así la competitividad del país»¹⁹⁸. Además de ello, se instituyó el principio de subsidiariedad dentro del cual no se estipuló medidas facultativas de nacionalizaciones o reservas al sector público de actividades productivas o de servicios¹⁹⁹ y se introdujo un par de conceptos económicos: la defensa y promoción del consumidor, y la protección del medio ambiente²⁰⁰.

Bajo esa tesitura, mientras la Carta de 1979 le asignó la función de promotor del bienestar general, desarrollando, de esta manera, la planificación para el sector privado y el público, y actuó como empresario reservando, incluso, ciertas actividades consideradas estratégicas, la Carta de 1993 redujo significativamente el papel del Estado en la economía: «(i) definió de manera taxativa las tareas para el Estado en una Economía Social de Mercado; (ii) excluyó las normas sobre planificación y; (iii) estableció una intervención subsidiaria en la actuación como empresario»²⁰¹. Aun así, el Estado sigue siendo promotor del bienestar general y de ciertas actividades económicas como el agro, de ciertos sectores como la pequeña empresa y de ciertas áreas geográficas como la Amazonía²⁰².

Esto no quiere decir que el Estado dejó de lado su papel promotor ni que se haya renunciado a ciertos niveles de intervención en la economía, sino que ahora «define de manera más contundente algunos aspectos que en la Carta de 1979 aparecían menos definidos o resultaban relativizados por otras normas constitucionales en sentido distinto»²⁰³. En ambas constituciones se prevén funciones para el Estado y se regula los derechos sociales, lo cual refleja que

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ OCHOA, César. "Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993". En COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima: CAJ (Comisión Andina de Juristas), 1995, p. 89.

²⁰⁰ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 229.

²⁰¹ *Ídem*, p. 228.

²⁰² *Ibíd.*

²⁰³ *Ídem*, p. 213.

ambas se encuentran dentro del Estado social y democrático de derecho²⁰⁴, propio del constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX²⁰⁵.

En otras palabras, el papel (la intervención) del Estado en la economía se redujo en gran medida. De ahí que ahora el centro de la actividad económica se plasma en la empresa privada: los particulares son los encargados de la organización y de la dirección del proceso económico; el Estado ya no participa directamente, solo cumple una función reguladora, por lo tanto, es quien brinda las condiciones para que el mercado funcione²⁰⁶. En otros términos, la iniciativa privada es la principal responsable de la actividad económica: «el régimen económico vigente entiende que el desarrollo deberá ser el resultado de la rivalidad entre empresarios privados, pues presume que de esa manera se satisfarán las necesidades de los consumidores en los términos más eficientes».²⁰⁷

Precisamente por lo anterior, los principios y derechos fundamentales del sistema constitucional económico cobran relevancia fundamental, ya que los particulares serán quienes conducirán la economía. Es por ello que para

²⁰⁴ «El Estado social y democrático de Derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de este, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no solo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley.

El Estado social de derecho no niega los valores del Estado liberal, sino que pretende hacerlos más efectivos confiriéndoles una base y un contenido material, partiendo del supuesto de que Estado y sociedad no son categorías aisladas ni contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro. Lo que establece una primera diferencia entre Estado de derecho que es de corte individualista y Estado social que vincula al problema social con el accionar estatal. En efecto, el Estado social y democrático de derecho a diferencia del Estado liberal de derecho, no busca únicamente limitar el poder político ciñéndolo a los parámetros de la norma jurídica, sino que antepone como límite natural a la dignidad humana como valor supremo, cuya plena vigencia se concreta mediante actuaciones materiales del Estado en beneficio de su población». MALLMA, José. “Los fundamentos del Estado regulador en la Constitución económica”. *Gaceta Constitucional*. Lima, número 41, 2011, p. 214.

²⁰⁵ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., pp. 213-214.

²⁰⁶ GUTIÉRREZ, Walter. “Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo”. En GUTIÉRREZ, Walter (director). *La Constitución comentada*. Tomo II. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp. 311-312.

²⁰⁷ KRESALJA, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica: análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Óp. Cit., pp. 94-95.

empezar con el análisis de la constitución económica de 1993, primero debemos dejar en claro el valor jurídico de sus principios generales.

César Ochoa establece que para un sector de la doctrina los principios generales de las constituciones económicas son normas de contenido programático, pero que en nuestro país se refiere a principios informadores del conjunto del ordenamiento jurídico y a las normas jurídicas constitucionales vinculantes²⁰⁸. Explica, a su vez, que los principios generales poseen un rango superior al resto de las normas jurídicas, que tienen un criterio de interpretación más allá de que haya alguna ley que los desarrollen y que, además de prohibir legislar en sentido contrario, buscan la aprobación de leyes para lograr la consecución de sus fines²⁰⁹.

Dicho esto, siguiendo al autor, los principios generales de la constitución económica de 1993 son el principio de subsidiariedad del Estado y el pluralismo económico, la economía social de mercado, el principio de libre competencia y la defensa de los consumidores, y las garantías de la inversión nacional y extranjera²¹⁰. En ese sentido, Marcial Rubio agrega lo siguiente:

Al lado de estos principios generales se establecen disposiciones sobre el uso de los recursos naturales y la política nacional de preservación del ambiente; se fortalece el concepto de propiedad privada; se establece normas que regulan el régimen tributario y presupuestal del Estado; se determina los principios generales del sistema monetario y financiero del país y se dicta dos normas generales sobre la importancia del agro y de las comunidades campesinas y nativas²¹¹.

Así, el Estado cumple su rol vigilante de las reglas de juego, siendo su mayor preocupación el «proteger al consumidor y de actuar en áreas de

²⁰⁸ OCHOA, César. “Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993”. Óp. Cit., pp. 86-87.

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ *Ibíd.* En ese mismo tenor, Walter Gutiérrez señala que los principios y derechos fundamentales del sistema constitucional económico son la libertad de empresa, derecho de propiedad, libertad de iniciativa privada, libertad de contratación, libre competencia y protección al consumidor. Cf. GUTIÉRREZ, Walter. “Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo”. Loc. Cit.

²¹¹ RUBIO, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Óp. Cit., p. 85.

promoción de empleo, de la salud y seguridad de la población, de la educación, de los servicios públicos y de la infraestructura»²¹².

En efecto, podemos concluir que la constitución económica de 1993 está convencida de que la libre competencia sea la que impulse el desarrollo económico en la economía de mercado «reconociendo tímidamente el rol de los consumidores y usuarios»²¹³. En ese sentido, Juan Francisco Rojas Leo enfatiza que los particulares cumplen un rol crucial como encargados de la generación de la riqueza y la obligación de protección por parte del Estado²¹⁴.

Nos encontramos entonces, ante una economía donde los particulares se convierten en el motor del crecimiento y de la generación de riqueza, mientras que al Estado le corresponde la protección de los intereses del débil o asimétrico en información, con decidida acción en la tutela de sus intereses económicos, es decir, esencialmente, un modelo donde funciona la variedad de la oferta, los precios, la diversa calidad de bienes, la libertad de acceso y la dignidad tutelada²¹⁵.

A continuación, haremos referencia a los cambios más relevantes en la constitución económica vigente.

En primer lugar, el artículo 110 de la constitución económica de 1979 cambia por el artículo 58²¹⁶ de la de 1993; es decir, el Estado ahora ya no promueve, sino que solamente orienta el desarrollo del país, actuando en áreas

²¹² FERNÁNDEZ, Francisco. “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Madrid, número 84, 1994, p. 40.

²¹³ KRESALJA, Baldo. “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”. *Óp. Cit.*, pp. 276-277.

²¹⁴ «Una consecuencia necesaria de estos nuevos principios económicos es otorgar al Estado la responsabilidad de asegurar que la libre competencia no sea anulada por intereses particulares, pues de lo contrario se frustrarían, dicen los defensores de este modelo, las aspiraciones hacia una democracia económica». *Ídem*, p. 294.

²¹⁵ ROJAS LEO, Juan Francisco. “Promoción de la competencia y prohibición de monopolios”. En GUTIÉRREZ, Walter (director). *La Constitución comentada*. Tomo II. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 363.

²¹⁶ «Artículo 58. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura».

de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Además, cuando dicho artículo 58 menciona que la iniciativa privada es libre y que se ejerce en una economía social de mercado se refiere a que, por un lado, las personas pueden ejercer su derecho al trabajo, a la propiedad privada y a la libertad de empresa y, por el otro, el Estado debe garantizar el bienestar y seguridad social a aquellos que no alcancen aquellas condiciones de desarrollo²¹⁷: «el Estado puede perfectamente coexistir con el mercado, cada uno haciendo lo suyo. El mercado preocupándose de la economía y el Estado preocupándose de construir en igualdad de oportunidades y de convertirse en el garante de la justicia social. Por lo tanto, estos dos conceptos forman la economía social de mercado»²¹⁸.

Asimismo, el sentido «social»²¹⁹ de la economía de mercado alude a que «ciertos excesos del mercado deben ser regulados para garantizar el bien común»²²⁰, puesto que la economía de mercado se regula según las leyes de la oferta y la demanda.

En segundo lugar, el artículo 131 de la constitución económica de 1979 es reemplazado por el artículo 59²²¹ de la de 1993, el cual habla acerca del rol económico del Estado: garantizar la libertad de trabajo y la libertad de empresa (los derechos a la libertad de comercio e industria). Del mismo modo, la moral, la salud y la seguridad pública son los límites para el ejercicio de aquellas

²¹⁷ LAZARTE, Jorge. *Libertad de empresa y servicio público: el concepto de servicio público en el Perú*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2005, p. 43.

²¹⁸ EZCURRA, Huáscar y Mariana MOREYRA. "El modelo económico adoptado por el proyecto de Constitución de 1993. Entrevista a Jorge González Izquierdo. *Ius et Veritas*. Lima, volumen 4, número 7, 1993, p. 206.

²¹⁹ «En materia económica esta Constitución si bien orienta hacia la fórmula de la economía de mercado, contiene una decidida orientación del Estado hacia la protección de los más débiles a efecto de equilibrar los excesos de una economía basada exclusivamente en las fuerzas del mercado». TORRES, Carlos. *Constitución del Perú, 1993: antecedentes, fundamentos e historia documentada*. Segunda edición. Lima: Asesorandina Publicaciones, 2000, p.31.

²²⁰ RUBIO, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Óp. Cit., p. 86.

²²¹ «Artículo 59. 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 pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades».

libertades. Pese a ello, «la Constitución no ha optado por determinar expresamente el ámbito de protección de estos derechos, pero el Tribunal Constitucional peruano sí ha ingresado a precisar los elementos que determinan su contenido»²²²; lo cual será explayado más adelante.

En la parte final del artículo 59 establece que el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad. Es por eso que, con excepción a la igualdad jurídica entre los competidores, el Estado promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. César Ochoa aclara que «este trato diferencial para las pequeñas empresas es una manifestación del componente “social” del sistema económico y de garantía al derecho fundamental de la persona a participar, en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación, establecido en el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución»²²³.

En conclusión, tanto el artículo 58 como el artículo 59 reconocen el principio de libre competencia. En otras palabras, la constitución económica de 1993 reflejó, de mejor manera, que el núcleo esencial de la libertad de empresa es la competencia económica²²⁴. Incluso, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el concepto de libre competencia está inmerso en la Constitución²²⁵.

En tercer lugar, dejó de aparecer lo estipulado por el artículo 111 de la constitución económica de 1979, el cual versaba sobre la planificación (el Estado formulaba la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores). No obstante, César Ochoa explica lo siguiente:

Dentro del régimen de “economía social de mercado” se reconoce implícitamente la viabilidad de la planificación al declararse en la norma que “el

²²² NEYRA, Ana. “El régimen económico en la Constitución de 1993: reflexiones a propósito de algunas propuestas de cambio”. *Gaceta Constitucional*. Lima, número 7, 2008, pp. 411-412.

²²³ OCHOA, César. “Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993”. *Óp. Cit.*, pp. 90-91.

²²⁴ KRESALJA, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica: análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. *Óp. Cit.*, p. 96.

²²⁵ *Ibíd.*

Estado orienta el desarrollo del país”. Por tanto se abre la posibilidad de buscar una vía intermedia que concilie el respeto a la libre iniciativa con una orientación o rectoría del Estado en el desarrollo del país que materialice el componente social del régimen de economía de mercado²²⁶.

En cuarto lugar, el artículo 113 de la Carta de 1979, donde el Estado ejercía activamente su actividad empresarial, es reemplazado por el 60²²⁷ de su similar de 1993, el cual evidencia el principio de subsidiariedad.

Se entiende por pluralismo económico que el Estado avala la coexistencia de distintas formas de organización de propiedad²²⁸ y empresas. Por otro lado, ahora ya no hay tanta facilidad para que pueda constituirse empresas del Estado, sino que la actividad empresarial estatal debe ser en función al alto interés público o a la manifiesta conveniencia nacional, además, debe ser autorizada mediante ley expresa. Ya no hay privilegios a la actividad empresarial del Estado: tanto la pública como la privada reciben el mismo tratamiento legal²²⁹.

En palabras de Gaspar Ariño, la intervención subsidiaria del Estado deberá velar por el respeto y fomento de la libre competencia, enfocando su atención en regular a la empresa privada y suplirla solo cuando esta sea insuficiente.

La intervención del Estado se orientará a corregir las deficiencias del sistema, a fomentar la competencia, a asegurar un funcionamiento del mercado lo más perfecto posible (libertad de emprender, libertad de consumo, precios no interferidos, defensa de la competencia, aunque sea imperfecta, defensa del

²²⁶ OCHOA, César. “Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993”. Loc. Cit.

²²⁷ «Artículo 60. El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal».

²²⁸ «En ambas constituciones se consagra el concepto de la función social de la propiedad. [...] En la Carta de 1993 se prefirió usar la expresión bien común [en vez de “interés social”, “interés público”], fórmula de orientación humanista cristiana referida al interés por lo colectivo». FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 220.

²²⁹ RUBIO, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Óp. Cit., p. 87.

consumidor, etc.), a crearlo, incluso, cuando no lo haya. En definitiva, a la empresa privada se la regula, no se la sustituye; cuando es insuficiente, se la suple. Estamos de nuevo ante el principio de subsidiariedad, que sigue vigente en una sociedad libre pese a todos los críticos. Pero todas estas afirmaciones de principios no pueden (ni deben) determinar soluciones automáticas. Pueden ilustrar la decisión, pero no la prejuzgan²³⁰.

En resumen, la intervención del Estado en la economía solo deberá ser excepcional, o sea, el Estado solo tendrá una función residual, acorde a la economía social de mercado²³¹, ya que esta protege a las libertades económicas: la libre iniciativa privada (inciso 17 del artículo 2²³²) y la libertad de empresa (artículo 59) son el fundamento del principio de subsidiariedad, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional²³³. De esta manera, el rol subsidiario del Estado es visto como un mecanismo de control para que los recursos públicos solo atiendan las necesidades que el mercado no ha podido satisfacer²³⁴. Dicho en otros términos, estando en una economía de mercado, estas necesidades resultan “poco atractivas” al sector privado²³⁵.

En quinto lugar, el contenido del artículo 114 de la Carta de 1979 ya no aparece en el de la de 1993. Esto debido a que en la parte final del artículo 60

²³⁰ ARIÑO, Gaspar. “La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, número 88, 1979, p. 75.

²³¹ «El principio de subsidiariedad estatal se presenta así como un instrumento abstencionista para orientar el desarrollo económico del Estado, en consideración a que, en una economía social de mercado se tiene la iniciativa privada como el mecanismo de progreso más eficaz para la economía del país. Por ello, en virtud del principio de subsidiariedad, se pretende dejar la actividad empresarial en manos del sector privado, permitiéndose la intervención estatal únicamente cuando la iniciativa privada resulta impracticable o insuficiente para el mercado». LAZARTE, Jorge. *Libertad de empresa y servicio público: el concepto de servicio público en el Perú*. Óp. Cit., p. 53-54.

²³² «Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum».

²³³ KRESALJA, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica: análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Óp. Cit., p. 98.

²³⁴ *Ibíd.*

²³⁵ «En el sistema económico de mercado la intervención del Estado se orientará a corregir las deficiencias de la competencia y se restringirá su actividad —no necesariamente en la modalidad empresarial— a servicios públicos sociales (salud, educación, asistencia social, etc.) y otros que por su baja rentabilidad no son atractivos a los inversionistas privados». OCHOA, César. “Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993”. Óp. Cit., p. 88.

de la última constitución económica se evidencia el principio del pluralismo económico al reconocerse una igualdad jurídica entre los competidores (uno de los pilares del derecho de la competencia); por lo tanto, en el marco del principio de subsidiariedad, no hay facultad alguna para nacionalizaciones o reservas de actividades productivas o de servicios²³⁶.

En sexto lugar, lo referido en el artículo 132 de la constitución económica de 1979 ya no se encuentra puesto que ahora el Estado ya no puede intervenir con medidas extraordinarias en situaciones de grave crisis.

En séptimo lugar, el artículo 133 de la Carta de 1979 fue reemplazado por el 61²³⁷ de la Carta de 1993; incluso, el artículo 164 de la primera (prohibición de monopolios en los medios de comunicación) se incluye literalmente en el artículo 61 constitución económica vigente. Es menester recordar que la competencia económica ya tuvo un primer reconocimiento constitucional en la constitución económica de 1979, pero se perfeccionó en la de 1993²³⁸: ahora incluye al abuso de posición de dominio para que, así, el Estado garantice el principio de libre competencia²³⁹. Esto significa que el Estado promueve y vigila la libre competencia, combatiendo toda práctica que la limite, mostrando, de esta manera, que el constituyente no evidencia pasividad

²³⁶ Ídem, p. 89.

²³⁷ «Artículo 61. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

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».

²³⁸ KRESALJA, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica: análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Óp. Cit., p. 95.

²³⁹ «La libre competencia es aquella situación en la que distintos productores y consumidores de productos concurren al mercado en igualdad de condiciones, de tal manera que los más eficientes tienen la posibilidad de hacer mejores negocios vendiendo más y obteniendo mejores resultados. La libre competencia hace avanzar la tecnología, perfecciona los productos y hace bajar los precios. La libre competencia es incompatible con las posiciones dominantes (productores o consumidores que tienen una influencia significativa en el mercado) o monopólicas (productores o consumidores que dominan exclusivamente el mercado). El artículo dice que hay concertación que pueda autorizar ni establecer monopolios, ni por decisión de personas particulares, ni tampoco por decisión gubernativa». RUBIO, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Óp. Cit., p. 88.

o inactividad, sino que, por el contrario, obliga al Estado para que este supervise y fiscalice en los distintos mercados²⁴⁰. En ese sentido, la competencia económica «adquiere un rol central en el desarrollo, cambio significativo que conllevó a una importante transformación que tuvo también claras manifestaciones legislativas de nivel inferior al constitucional»²⁴¹.

Ahora bien, la constitución no solo garantiza el proceso competitivo, sino que hace intervenir al Estado para que este corrija o elimine las consecuencias del mismo que sean contrarias al libre mercado²⁴². Además, el hecho de que no se haya prohibido a los monopolios privados, no quiere decir que estos puedan instituirse sin algún tipo de restricción, porque, si fuera así, tampoco estaría previsto el actuar en caso de abuso de posición de dominio; más bien, la constitución rechaza las prácticas monopólicas en general, esto involucra a los oligopolios y a todas aquellas empresas que actúen conjuntamente con una participación significativa en el mercado²⁴³.

²⁴⁰ «La labor del Estado se presente desde la exigencia constitucional como activa e intensa. El constituyente no admite pasividad o inactividad; el constituyente atribuye obligaciones de supervisión y fiscalización al Estado, que le exigen un activo monitoreo de los comportamientos en los distintos mercados y la eficaz intervención correctiva cuando se identifique acciones que no se ajusten a la acción libre de la competencia». ROJAS LEO, Juan Francisco. “Promoción de la competencia y prohibición de monopolios”. Óp. Cit., p. 365.

²⁴¹ KRESALJA, Baldo. “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”. Óp. Cit., p. 276.

²⁴² «Resulta una falacia sostener que el constituyente únicamente garantiza el “proceso competitivo” por el proceso mismo, sin posibilidad de ponderar el resultado de dicho proceso. Lo que el constituyente declara es un ideal, al que la actuación de los agentes sociales debe orientarse, pues ese ideal es el que la sociedad democráticamente ha elegido. Esto significa que el Estado debe atender decididamente a la corrección o eliminación de cualquier comportamiento que sea contrario a la realización del ideal incluido el proceso competitivo, pero no solo a dicho proceso sino también a las consecuencias no queridas de una mala utilización de las condiciones de libertad que subyacen a la realización del modelo. No existe motivo o razón válida para negar intervención al Estado en la corrección de las manifestaciones que sean contrarias a la realización del modelo, bajo una absurda consideración de que únicamente corresponde asegurar el proceso competitivo. Esa no es la previsión constitucional declarada a favor del mercado libre». ROJAS LEO, Juan Francisco. “Promoción de la competencia y prohibición de monopolios”. Óp. Cit., pp. 368-369.

²⁴³ «De la misma manera, tampoco es posible asumir que el constituyente ha declarado su simpatía por el monopolio, al punto de considerar que existen comportamientos del monopolio que son positivos y otros que son negativos, cuando es claro que los supuestos comportamientos positivos del monopolio son una excepción y que el monopolio solo desarrolla los comportamientos monopólicos que hacen a su esencia. Por el contrario, el constituyente ha declarado su rechazo a los monopolios y a toda práctica que tenga dicho carácter, dado que el poder de mercado puede corresponder también a agentes que no son monopolio en estricto, pero que actúan como si lo fueran. Es el caso de los agentes que tienen una

Siguiendo con el análisis de dicho artículo, ya que la competencia económica es la encargada del desarrollo económico, los monopolios legales quedan a un lado, motivo por el cual la constitución vigente los prohíbe. A raíz de ello, se debe tener una distinción clara entre la iniciativa pública desempeñada en competencia con el sector privado y la iniciativa pública en régimen de monopolio (esta última es la que está prohibida²⁴⁴).

La constitución económica actual no prohíbe los monopolios privados²⁴⁵, a diferencia de las anteriores constituciones. Lo único que se sanciona es aquellas conductas abusivas que muestren las empresas con posición de dominio sobre un sector de mercado en específico, teniendo el Estado la función de vigilante del normal desarrollo de la libre competencia²⁴⁶. Esta disposición fue acogida de la corriente europea, la cual Juan Francisco Rojas Leo expuso de manera didáctica, reafirmando la idea inconcebible de considerar al monopolio como inofensivo para el bienestar de la sociedad.

¿Cuál ha sido la opción del constituyente peruano? La lectura textual hace referencia al “abuso de posiciones dominantes”, con lo que podría afirmarse que se trata de la corriente europea, permisiva con el monopolio, pero contraria a sus acciones abusivas; sin embargo, inmediatamente el texto constitucional refiere con un conectivo “o”, que puede ser conjuntivo en algunos casos, dependiendo del contexto, o disyuntivo al combate de (posiciones) “monopólicas”, con lo que podría sostenerse que el constituyente está decididamente en contra de la existencia y acción de los monopolios. Esta última afirmación, viene reforzada por el hecho de que inmediatamente se declare también la prohibición de la creación de cualquier monopolio estatal, y si el monopolio estatal es malo o nocivo, ¿acaso el monopolio privado es bueno? La respuesta es obvia: ni el monopolio estatal ni el monopolio privado

participación significativa en el mercado; de los oligopolios; o los que, teniendo relevancia compartida en la participación de mercado, actúan estratégicamente de forma conjunta». *Ibíd.*

²⁴⁴ KRESALJA, Baldo. “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”. *Óp. Cit.*, p. 294.

²⁴⁵ «En la Constitución vigente, concluimos, los monopolios privados no tienen más una valoración negativa, pudiendo afirmarse que su sola existencia no resulta contraria a la ley, en tanto y en cuanto el Estado tiene la obligación de vigilar los posibles excesos contra los consumidores». *Ídem*, p. 295.

²⁴⁶ *Ídem*, p. 294.

pueden ser buenos para una economía libre. Las interpretaciones de este aspecto del texto constitucional han estado por el lado de minimizar la referencia explícita a las (posiciones) “monopólicas”, como una conducta materia del “combate” que el Estado debe desarrollar; y entender que ella es solo una redundancia innecesaria del texto constitucional. La razón que subyace a este tipo de interpretación es una mirada benevolente al monopolio, al cual se considera como inofensivo para la economía; y que, incluso, puede ser conveniente, eficiente y beneficioso para la sociedad. Requeridos al ejemplo los que así interpretan, se refieren a los monopolios en servicios públicos, particularmente de uso de redes, donde tener dos o más redes instaladas y dos o más compañías prestando los servicios públicos, resultaría ciertamente ineficiente²⁴⁷.

En octavo lugar, aparece el artículo 62²⁴⁸, el cual reconoce constitucionalmente la intangibilidad de los contratos (la libertad de contratar). Del mismo modo, el artículo 137 (inversión extranjera), el 114 (reservas) y el 117 (comercio exterior) son reemplazados por el art 63²⁴⁹ de la Carta de 1993,

²⁴⁷ ROJAS LEO, Juan Francisco. “Promoción de la competencia y prohibición de monopolios”. Óp. Cit., p. 367. En cambio, Alfredo Bullard se pronuncia a favor del beneficio que podría significar la presencia del monopolio: «Carece de sentido prohibir los monopolios a rajatabla y ese fue claramente un error de la Constitución del 79. El monopolio o el oligopolio no solo pueden no ser perjudiciales, sino que, incluso, cuando son consecuencia de las preferencias informadas de los consumidores (es decir de las decisiones de los soberanos del mercado) son beneficiosos». BULLARD, Alfredo. “Regulación constitucional de los monopolios y protección de la libre competencia”. En GUTIÉRREZ, Walter (director). *La Constitución comentada*. Tomo II. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 344.

²⁴⁸ «Artículo 62. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente».

²⁴⁹ «Artículo 63. La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

el cual refleja la libertad plena para la inversión extranjera y para el comercio internacional y la igualdad jurídica entre la inversión nacional y extranjera. Tanto el artículo 62, como el artículo 63, «regulan la garantía y seguridad jurídica desarrolladas por la ley marco para el crecimiento de la inversión privada: Decreto Legislativo N° 757»²⁵⁰.

Este artículo 61 será desarrollado a mayor profundidad a lo largo de los siguientes capítulos, ya que, precisamente, de él se deriva la materia de discusión de la presente investigación: el control de las concentraciones empresariales como parte del «combate» a toda forma de práctica contraria al funcionamiento del mercado libre²⁵¹.

En noveno lugar, se incluye el artículo 65²⁵² a la Carta de 1993, el cual es considerado el principio rector de la defensa de los consumidores y usuarios. Este principio limita a la iniciativa privada y a la libertad de empresa, puesto que manifiesta y materializa lo social de la economía de mercado: «cabe anotar que el artículo 65 garantiza dos aspectos fundamentales de la defensa del interés de los consumidores y usuarios: - El derecho de información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.; - La salud y la seguridad de la población»²⁵³.

Por último, el artículo 163 de la constitución económica de 1979 cambió por el 89²⁵⁴ de la de 1993; lo cual muestra que las comunidades pueden disponer libremente de sus tierras: «se ha liberalizado la posibilidad que las comunidades puedan transferir bienes que antes estaban absolutamente fuera

²⁵⁰ OCHOA, César. "Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993". Óp. Cit., p. 94.

²⁵¹ ROJAS LEO, Juan Francisco. "Promoción de la competencia y prohibición de monopolios". Óp. Cit., p. 369.

²⁵² «Artículo 65. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población».

²⁵³ OCHOA, César. Óp. Cit., pp. 92-93.

²⁵⁴ «Artículo 89. Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas».

del mercado»²⁵⁵. En sentido parecido, el artículo 159 de la Carta de 1979 fue reemplazado por el 88²⁵⁶ de la Carta de 1993. Ahora el Estado garantiza la propiedad de la tierra sea la forma de propiedad que sea (privada, comunal, etc.): queda atrás la reforma agraria.

Por todo lo expuesto, es dable llegar a la conclusión de que, a raíz de la constitución económica de 1993, el Estado cumple un rol fundamental en nuestro sistema de organización económica al garantizar el respeto hacia la libre competencia, «cuyo principal objetivo no consiste simplemente en velar por el mantenimiento del libre juego de las leyes económicas, sino hacer que el crecimiento económico sea regular y continuo, y que vaya aparejado de la estabilidad política y social necesaria para alcanzar el mejoramiento del nivel de bienestar de la sociedad en su conjunto»²⁵⁷.

3.4. Desarrollo doctrinal del Tribunal Constitucional en cuanto al concepto de economía social de mercado

En la presente sección consideramos las ocho sentencias más representativas del Tribunal Constitucional respecto al tratamiento e implicancias de la economía social de mercado²⁵⁸, con el fin de reflejar de qué manera se ha desarrollado doctrinariamente este concepto y, así, complementar el sustento para las conclusiones a las que pretendemos llegar. Del mismo modo, podremos apreciar que dichas sentencias emplean tanto

²⁵⁵ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 221.

²⁵⁶ «Artículo 88. El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta».

²⁵⁷ LAZARTE, Jorge. *Libertad de empresa y servicio público: el concepto de servicio público en el Perú*. Óp. Cit., p. 51.

²⁵⁸ La STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC (caso Nesta Brero); la STC Expediente N.º 018-2003-AI/TC (caso de la Ley N.º 27633, modificatoria de la Ley N.º 27143-Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional); la STC Expediente N.º 00034-2004-AI/TC (caso de la Ley N.º 26271-Ley que norma el derecho a pases libres y pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros); la STC Expediente N.º 0048-2004-AI/TC (caso de la Ley N.º 28258-Ley de Regalía Minera); la STC Expediente N.º 10087-2005-PA/TC (caso Landa Herrera); la STC Expediente N.º 1963-2006-PA/TC (caso Ferretería Salvador S.R.L.); la STC Expediente N.º 00228-2009-PA/TC (caso Ibáñez Salvador); y la STC Expediente N.º 0011-2013-PI/TC (caso de la Ley N.º 29947-Ley de Protección a la Economía Familiar).

términos de orientación funcionalista (para exponer sobre la función del Estado en la economía) como de orientación estructuralista (para referirse a la economía social de mercado como condicionante económica sobre la cual se cimienta el Estado social y democrático de derecho)²⁵⁹.

Ante todo, es menester mencionar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la importancia de incluir el régimen económico en la Constitución²⁶⁰, tomando en cuenta el debate doctrinal respecto a ello por el temor a restarle flexibilidad al libre desenvolvimiento del mercado y resaltando, más bien, el riesgo de generarse una inestabilidad económica y social como consecuencia de dejar todo en manos de la eficiencia del mercado.

No es ajeno a este Colegiado el hecho de que cierto sector de la doctrina y de la propia comunidad económica cuestione la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo de restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado. Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía. [...] Por ello, no sólo es saludable, sino imprescindible, consolidar al más alto nivel jurídico y político las reglas macro que procuren una economía orientada hacia un Estado social y democrático de derecho²⁶¹.

²⁵⁹ Cf. TORNERO, Yuri. "La economía social de mercado en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional". *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 98, 2016, p. 171.

²⁶⁰ STC Expediente N.º 00034-2004-AI/TC, fundamento 28: «No se trata, pues, ni de asumir un texto constitucional neutro a cualquier modelo económico y capaz de sustentar cualquier tipo intervención, sino uno que dentro de márgenes razonables de flexibilidad, permita la libre configuración del legislador *tomando en cuenta las circunstancias históricas y económicas de cada periodo,* y todo ello, dentro del hilo conductor de nuestro régimen económico, el cual, basado en una economía social de mercado, busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social».

²⁶¹ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 3.

En consecuencia, define a la constitución económica como el conjunto de «disposiciones [que] suponen el establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad económica de nuestro país, y cuyo propósito es que la actuación del Estado y los ciudadanos sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho»²⁶². De este modo, reafirma que la razón para incluir disposiciones de materia económica en la Constitución es «el sometimiento al valor de la justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tuitividad de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común. En buena cuenta, la finalidad de tal incorporación normativa es enfatizar la idea de que toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia»²⁶³.

Asimismo, el Tribunal Constitucional resalta el contenido político de la Constitución, por lo que, más allá de los tradicionales criterios de interpretación (literal, sistemático, histórico y sociológico), le corresponde también una interpretación institucional y una interpretación social de sus cláusulas, puesto que la Constitución contiene «normas regla» y «normas principio», las cuales se encargan de definir el «programa social» del Estado²⁶⁴. Por un lado, la interpretación institucional implica que las disposiciones constitucionales sean

²⁶² STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 8.

²⁶³ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 8.

²⁶⁴ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 4: «Previamente al análisis hermenéutico del modelo económico constitucional, conviene precisar que si bien es posible aplicar a la Norma Fundamental los criterios interpretativos propiamente aplicables a las normas de rango legal (a saber, los métodos literal, sistemático, histórico y sociológico), no es menos cierto que la Constitución posee también un importante contenido político, dado que incorpora no sólo reglas imperativas de exigencia o eficacia inmediata o autoaplicativa, sino también un cúmulo de disposiciones que propugnan el “programa social” del Estado, en una de cuyas vertientes principales se sitúa el régimen económico constitucional. Se trata pues, en buena cuenta, de la distinción a la que alude Robert Alexy, cuando subraya la existencia de “normas constitucionales regla” y “normas constitucionales principio” (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda reimpresión, 2001). Entonces, a los clásicos criterios de interpretación, deben sumarse aquellos que permitan concretar de mejor manera los principios que inspiran los postulados político-sociales y político-económicos de la Carta. Por ello la pertinencia en proceder, por una parte, a una interpretación institucional de sus cláusulas y, por otra, a una social».

interpretadas de manera integral²⁶⁵; por otro lado, la interpretación social realiza el compromiso que tiene el Estado hacia la sociedad en aras de alcanzar el bien común²⁶⁶.

Es así que en sus distintas sentencias resalta la importancia de los principios constitucionales que configuran al modelo económico que acoge nuestra Constitución (la economía social de mercado); porque, además de reflejar el rol del Estado en la economía mediante ellos, guían las actividades económicas garantizando la dignidad humana²⁶⁷ y sirven de parámetro para que el legislador module su poder²⁶⁸.

De esta manera, para llegar a comprender el contenido y la finalidad del modelo económico, el Tribunal Constitucional define —específicamente, en la STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC— a los siguientes principios constitucionales económicos en este orden: el Estado peruano como Estado social y democrático de derecho (a raíz de un análisis conjunto de los artículos

²⁶⁵ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 5: «La interpretación institucional permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el *prius* ético y lógico del Estado social y democrático de derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme. [...]».

²⁶⁶ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 6: «Por su parte, la interpretación social permite maximizar la eficiencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los hechos concretos, de modo tal que las normas programáticas, en cuya concreción reside la clave del bien común, no aparezcan como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas. [...]».

²⁶⁷ STC Expediente N.º 00228-2009-PA/TC, fundamento 27: «[...] los principios económicos de la Carta Fundamental no sólo configuran el rol del Estado en la economía, orientando su acción hacia la corrección de las deficiencias del mercado, sino que inspiran un modo de actuar en las relaciones de carácter económico, dadas fundamentalmente entre particulares, no sólo instrumental o mercantil, sino también ética y basada en la dignidad de la persona y el libre desenvolvimiento de su personalidad. En esta línea de argumentación, el Tribunal Constitucional ha sido enfático al sostener que el terreno económico requiere también de un *elan* constitucional que inspire y garantice que el principio-derecho de la dignidad humana se patentice incluso —y quizás aún más— en el ámbito de las relaciones económicas entre particulares. [...]».

²⁶⁸ STC Expediente N.º 00034-2004-AI/TC, fundamento 26: «Específicamente en lo concerniente al régimen económico de la Constitución de 1993, el capítulo sobre principios generales establece una serie de directrices de amplia determinación pero que, en conjunto, constituyen el hilo conductor constitucional que sirve de guía a la actuación estatal en materia económica; y en base a los cuales el legislador puede modular su libertad de configuración, a fin de cumplir los objetivos ahí establecidos».

3²⁶⁹ y 43²⁷⁰ de la Constitución²⁷¹), siendo necesarias la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos y la identificación del Estado con los fines de su contenido social para su configuración²⁷²; la dignidad de la persona humana²⁷³; la igualdad²⁷⁴; la economía social de mercado

²⁶⁹ «Artículo 3. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

²⁷⁰ «Artículo 43. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes».

²⁷¹ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 10: «El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3º y 43º de la Ley Fundamental. [...]». STC Expediente N.º 00034-2004-AI/TC, fundamento 17: «[...] Al respecto, el Estado Social y Democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad ante la ley; y pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca». STC Expediente N.º 0048-2004-AI/TC, fundamento 1: «[...] El tránsito de uno a otro modelo [del Estado de derecho al Estado social y democrático de derecho] no es sólo una cuestión semántica o de términos, sino que comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado. [...]». STC Expediente N.º 1963-2006-PA/TC, fundamento 4: «Conforme lo ha señalado este Colegiado, el Estado Social y Democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, [...] los redimensiona, otorgándoles, a su vez, un contenido "social"».

²⁷² STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 12: «[...] La configuración del Estado social y democrático de derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social. [...]». STC Expediente N.º 10087-2005-PA/TC, fundamento 34: «Consecuentemente, en el Estado social y democrático de Derecho, la *ratio fundamentalis* no es privativa de los derechos de defensa, es decir, de aquellos cuya vigencia se encuentra garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación social que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana».

²⁷³ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 14: «Ésta se encuentra consagrada en el artículo 1º del texto constitucional, cuyo tenor es que la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico. [...]». STC Expediente N.º 00034-2004-AI/TC, fundamento 25: «Y es que, si bien la Constitución de 1993 busca garantizar el máximo respeto al ejercicio de las libertades económicas de los particulares, tal objetivo no puede concebirse de manera absoluta y aislada de la necesidad de protección de otros bienes constitucionales igualmente valiosos basados en la dignidad humana. [...]». STC Expediente N.º 0048-2004-AI/TC, fundamento 15: «[...] La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el

(principio que será desarrollado en los siguientes párrafos); la libre iniciativa privada²⁷⁵; y la actuación subsidiaria del Estado en la economía²⁷⁶.

crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto». STC Expediente N.º 00228-2009-PA/TC, fundamento 34: «Quien observe de modo minucioso el articulado que comprende nuestra Constitución Económica, podrá percatarse que junto a cada disposición que establece como primer principio la más amplia libertad en materia económica, existe un principio, no de signo opuesto sino complementario, que recoge los supuestos sociales de un Estado Social y Democrático de Derecho y que redundan también en la protección de la persona humana y su dignidad, como fundamento antropológico de todo el corpus constitucional».

²⁷⁴ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 15: «El orden constitucional económico debe ser interpretado también a la luz del principio de igualdad, reconocido en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución. Sobre el particular, en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. N.º 0001-2003-AI/TC y N.º 0003-2002-AI/TC), este Tribunal precisó que "(...) el principio de igualdad en el Estado Constitucional, exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora (...)". "(...) La vinculación negativa podrá elucidarse desde la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado, cuya sucinta expresión es 'tratar igual a los que son iguales' y 'distinto a los que son distintos', de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Empero, emprender la interpretación del derecho a la igualdad desde un criterio decimonónico, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución". Debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador con los derechos fundamentales, de forma tal que los poderes públicos sean capaces de revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social, a contracorriente de las aspiraciones constitucionales. Dicho juicio, desde luego, es aplicable también al ámbito económico, en el que, por mandato expreso de la Norma Fundamental, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (artículo 59º)». STC Expediente N.º 00034-2004-AI/TC, fundamento 30: «Asimismo, el artículo 59º de la Constitución recoge una cláusula de garantía para las libertades de trabajo, empresa, comercio e industria; pero, a la vez, establece un mandato, cual es, "*brindar oportunidades de superación a aquellos sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades*". A juicio de este Tribunal, dicha cláusula no sólo determina un rol negativo para el legislador, de no interferir irrazonablemente en tales libertades económicas, sino que al mismo tiempo le otorga un margen de actuación a fin de garantizar condiciones materiales de igualdad».

²⁷⁵ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 17: «Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58º de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2º del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material. [...]».

²⁷⁶ STC Expediente N.º 00034-2004-AI/TC, fundamento 22: «Ello por cuanto, desde la perspectiva de este principio, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupo sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están

A continuación, nos centraremos en el desarrollo doctrinal realizado por el Tribunal Constitucional respecto al concepto de economía social de mercado, modelo económico constitucional acogido —dicho sea de paso— en el artículo 58 de nuestra Constitución vigente: «[...] puede definirse escuetamente como un modelo de economía de mercado o economía abierta, con incrustaciones esenciales de un Estado social; representa, por tanto, la condensación histórica de los valores constitucionales de la libertad y la justicia [...]»²⁷⁷. Del mismo modo, la STC Expediente N.º 018-2003-AI/TC señala lo siguiente:

[La economía social de mercado] se refiere a un tipo de organización económica regulado por un régimen jurídico de descentralización e independencia frente al Estado, el cual está destinado a asegurar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en lo relativo a la libre iniciativa, para participar en la actividad económica, y la libre competencia, para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios al público en general²⁷⁸.

A mayor abundamiento, en la STC Expediente N.º 0048-2004-AI/TC puede observarse una definición detallada resaltando el papel institucional del Estado:

[...] La Economía Social de Mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos, es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la

en condiciones de hacerlo». STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamentos 19 y 24: «19. Este principio puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal. La subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor -que puede ser una organización nacional o central- y un ordenamiento menor -que pueden ser las organizaciones locales o regionales-, según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social. Por su parte, la subsidiariedad horizontal está referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial. [...]»; «24. Dentro del marco establecido por el principio de subsidiariedad y en el ejercicio de su actividad económica, el Estado, tal y conforme lo dispone el artículo 58º, asume roles sociales en áreas tales como el de la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura».

²⁷⁷ STC Expediente N.º 00228-2009-PA/TC, fundamento 28.

²⁷⁸ STC Expediente N.º 018-2003-AI/TC, fundamento 2.

competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y a precios competitivos para los consumidores y usuarios. De otro lado, el mandato constitucional cuyo enunciado es que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico²⁷⁹.

Bajo esta tesitura, el Tribunal Constitucional —adoptando lo señalado por Peter Häberle²⁸⁰— califica a la economía social de mercado como la «tercera vía»²⁸¹ (la vía entre el capitalismo y el socialismo), porque el vigente modelo

²⁷⁹ STC Expediente N.º 0048-2004-AI/TC, fundamento 12. Los mismos argumentos podemos encontrarnos en el fundamento 36 de la STC Expediente N.º 10087-2005-PA/TC.

²⁸⁰ «La economía social de mercado constituye la tan frecuentemente evocada «tercera vía» (Schlecht) y representa un relevante resultado en términos culturales. En particular, después de la caída del socialismo, sobre todo en la Europa del Este, sería errado señalar al «sistema capitalista» como el vencedor. «Vencedor» es el *modelo* del Estado constitucional y no sólo porque éste haya logrado individuar soluciones *justas* en relación a la cuestión social. [...] El mercado se convierte en un espacio *social y cultural*, al interior del cual la dignidad del hombre no es solamente postulada sino también practicada. El Estado constitucional indica la «tercera vía» entre «el rechazo del Estado» y el «rechazo del mercado» (por decirlo con frases ya conocidas) en las estructuras desarrolladas por el «propio» mercado y, es decir, en las funciones positivas que deja que se realicen mediante una eficiente economía de mercado y en las correcciones que debe siempre aportar a través de principios jurídicos sustanciales o procesales». HÄBERLE, Peter. «Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo». Traducción de Elvira Méndez Chang. *Pensamiento Constitucional*. Lima, volumen 4, número 4, 1997, pp. 25-26.

²⁸¹ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 16: «[...] tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado se opone también a la economía del *laissez faire*, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico. «La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una «tercera vía» entre el capitalismo y el socialismo [...]» (Peter Häberle. *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*. En: *Pensamiento Constitucional*. Año. N.º IV. N.º. 4, Lima 1997, pág. 25). [...]». STC Expediente N.º 00228-2009-PA/TC, fundamento 28: «[...] el régimen económico incorporado en nuestra Constitución y que recoge la experiencia comparada de las principales constituciones de la segunda posguerra mundial, procura superar las fuertes limitaciones y deficiencias encontradas en los dos modelos antagónicos que históricamente trataron de regir el «modo de actuar económico». En este contexto, ni el modelo de economía de *laissez faire* de marcada inspiración liberal que rigió la economía durante el siglo XIX, ni la economía fuertemente centralizada y estatista que rigió la vida de muchas naciones durante el período de entreguerras y aún después de éste, en el siglo XX, dieron respuestas adecuadas y satisfactorias a la cuestión de un régimen económico adecuado para lograr tanto la acumulación de riqueza que lleve al progreso material de los pueblos, como la paz social que implica un régimen de economía justa y solidaria. En esta línea, la economía social de mercado se presenta como una «tercera vía», como un *tertium genus*, frente a los modelos

económico constitucional no se apega ni a la economía de planificación ni a la economía de *laissez faire*²⁸², las cuales no proporcionaron resultados óptimos durante el periodo en el que fueron imperantes. Asimismo, la «tercera vía» alude a aquella integración entre el incentivar a la libre iniciativa privada y el alcanzar los objetivos sociales del Estado social y democrático de derecho.

Es por ello que el rol del Estado en la economía, según lo constado en la Constitución de 1993, supone un cumplimiento de aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos. Dentro de los primeros, el Tribunal Constitucional enfatiza las tres características fundamentales que componen a la economía social de mercado:

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales²⁸³.

En esa misma línea, ya que el principio de libre competencia es el sostén de nuestro modelo económico constitucional, pone en claro que es obligación del Estado cumplir las siguientes funciones:

- a. Reconoce y efectiviza un conjunto de garantías destinadas a asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales, el derecho a la

económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal, y que pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre desenvolvimiento de los agentes económicos con el objeto de producir riqueza y lograr el desarrollo del país, pero que complementa dicho accionar con los objetivos sociales de promoción del bienestar general y de igualación material de las condiciones de vida tan necesarios en un Estado Social y Democrático de Derecho».

²⁸² STC Expediente N.º 0011-2013-PI/TC, fundamento 24: «[...] el Tribunal no comparte la afirmación según la cual el modelo económico que contiene la Constitución es tributario absoluto del "principio de la mano invisible". Considera, por el contrario, que se trata de un régimen de economía social de mercado, inspirado en el pleno desarrollo de todos los ámbitos de la personalidad y en el ejercicio de una actividad económica coherente con el bien común y el desarrollo social».

²⁸³ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 13.

propiedad de los agentes económicos y los principios integrantes de la denominada Constitución Económica.

b. Defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras, y promueve el uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

c. Mantiene una función reguladora, supervisora y correctiva mediante la Administración Pública, los organismos constitucionales y/o los organismos reguladores.

d. Interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, sólo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que, por inacción o imperfección de la población.

e. Formula planes y programas en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos).

f. Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población, la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios²⁸⁴.

Hay que mencionar, además, que la economía social de mercado al propugnar los valores de libertad y justicia demuestra que va acorde a los fundamentos axiológicos y teleológicos de un Estado social y democrático de derecho donde los principios de libertad y promoción de la igualdad material prevalecen dentro del orden democrático garantizado por el Estado²⁸⁵. Al mismo

²⁸⁴ STC Expediente N.º 10087-2005-PA/TC, fundamento 38. En esta sentencia se encuentra mejor desarrollado lo ya expuesto en el fundamento 2 de la STC Expediente N.º 018-2003-AI/TC.

²⁸⁵ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 16: «[...] La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. De allí que L. Herhård y Alfred Muller Armack afirmen que se trata de un orden “en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la

tiempo, para que la economía social de mercado sea constitucionalmente aceptable no basta con lograr objetivos económicos y sociales, sino que se debe buscar proteger el principio-derecho de dignidad humana²⁸⁶.

Por todo lo hasta aquí expuesto, es crucial tener en cuenta las implicancias del carácter social del modelo económico vigente, puesto que — debido a este— el Estado, así como no puede ser indiferente al ejercicio de las actividades económicas de los particulares, tampoco puede interferir arbitraria e injustificadamente en ese ámbito de libertad²⁸⁷. El Tribunal Constitucional fue preciso al exponer las tres dimensiones desde las cuales se define dicho carácter social:

Lo «social»[,] se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi "natural", permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso

productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles [...]» (*El orden del futuro. La economía social de mercado*. Universidad de Buenos Aires, 1981). Alude, pues, a la implantación de una mecánica en la que "el proceso de decisión económica está descentralizado y la coordinación de los múltiples poderes individuales se hace a través de las fuerzas automáticas de la oferta y demanda reguladas por los precios". (Juergen B. Donges. *Sistema económico y Constitución alemana*. En: *Constitución y Economía*, Madrid: 1977). [...]. Un texto idéntico puede encontrarse en el fundamento 19 de la STC Expediente N.º 00034-2004-AI/TC y en el fundamento 37 de la STC Expediente N.º 10087-2005-PA/TC.

²⁸⁶ STC Expediente N.º 00228-2009-PA/TC, fundamento 29: «Sin embargo, para ser constitucionalmente admisible, el modelo de economía social de mercado no debe representar sólo la búsqueda de una eficiencia económica y social, que enfatice sólo el logro de determinados objetivos económicos y sociales, sino que debe significar la cristalización del fundamento antropológico-cultural que late inexorablemente en toda Constitución como fuente primaria de todo su complejo plexo normativo, como es el principio-derecho de dignidad humana. [...]».

²⁸⁷ STC Expediente N.º 00034-2004-AI/TC, fundamento 20: «De manera que, dado el carácter "social" del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos». Una redacción bastante similar la podemos encontrar en el fundamento 5 de la STC Expediente N.º 1963-2006-PA/TC.

sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida²⁸⁸.

En ese sentido, ya que la economía social de mercado es el resultado de la economía de mercado con rasgos de un Estado social²⁸⁹, los componentes de la economía social de mercado son una economía basada en la libre iniciativa privada y los elementos del Estado social contenidos en la constitución económica. Por una parte, la libre iniciativa privada permite que las personas puedan desenvolverse participando en la vida económica del país y que el Estado salvaguarde aquel libre ejercicio de las actividades económicas presentes en la Constitución, motivo por el cual el actuar arbitrario del Estado significará la vulneración de los derechos económicos²⁹⁰. Por otra parte, los

²⁸⁸ STC Expediente N.° 0048-2004-AI/TC, fundamento 16.

²⁸⁹ STC Expediente N.° 0011-2013-PI/TC, fundamento 19: «La "Economía Social de Mercado", como modelo ius-fundamental económico, busca asegurar la competencia mediante el estímulo de la capacidad productiva individual, con el objeto no solo de generar la creación de riqueza, sino de contribuir con la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación [art. 44 de la CP] [...]».

²⁹⁰ STC Expediente N.° 00228-2009-PA/TC, fundamento 31: «En este contexto, cuando la Constitución postula en su articulado la presencia de una economía de mercado con marcados perfiles de un Estado Social, el primer componente que trata de rescatar es la de una economía basada en la *libre iniciativa privada*. Es decir, el primer rasgo característico de este modelo es la confianza en la persona y en su capacidad, no sólo para producir creativamente riqueza y progreso material, sino para administrar responsablemente el bienestar y el auge económico producidos. En dicha línea, este modelo abandona un perfil de desarrollo económico vertical y autoritario, que descrea de la capacidad humana para "autorregularse", y que, desde el Estado, todo lo planifica, lo dirige y lo determina, anulando las posibilidades de libre creación del espíritu humano y de libre y responsable manejo de los bienes económicos producidos. Tras un modelo de economía de mercado, caracterizado por el fuerte acento en las libertades económicas fundamentales y el rol subsidiario del Estado en la economía, late pues, también, un acendrado espíritu libertario que pretende el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y que dignifica a la persona, entregándole a ella la primera responsabilidad sobre su destino vital. Bajo esta perspectiva, la economía de mercado no sólo constituye, como a veces desde una interpretación excesivamente simplista se cree, una forma de lograr acumulación de riqueza material mediante el éxito de los agentes económicos mejor dotados para competir en el mercado, sino que aspira a un *ethos* social donde la persona logre el pleno desenvolvimiento de su personalidad en armonía con el proyecto de vida de otras personas con las cuales comparte un entorno social de coexistencia. Es sólo bajo esta óptica que se comprende, como indicase líneas arriba, que el mercado no es un medio "natural" de desarrollo del hombre, sino básica y esencialmente un medio "cultural" de desenvolvimiento de su *psiquis* y un lugar donde también se concretiza plenamente el principio-derecho de dignidad humana. Es por ello, que el primer deber del Estado en el marco de una economía de mercado es salvaguardar el libre ejercicio de las libertades económicas contenidas en la Carta Fundamental, así como la interdicción de cualquier conducta estatal o particular que intente coartarlas, sin tener asidero en el respeto de otros principios y valores constitucionales o en el logro del bienestar general. En este marco, un accionar del Estado que limite injustificadamente el libre desarrollo de una actividad económica privada o que la sesgue de modo arbitrario, prefiriendo a un agente económico

elementos del Estado social se refiere a «la protección de los clásicos derechos sociales a la educación, salud, trabajo, entre otros; la incorporación de medidas de acción positiva con el fin de posibilitar la igualdad económica de las clases menos favorecidas; la regulación del mercado laboral, fijando las condiciones mínimas de trabajo en las cuales deba desarrollarse la relación laboral»²⁹¹.

De esta manera, es dable que el Tribunal Constitucional llegue a la conclusión de que «se trata de una economía que [busca] garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social»²⁹². Esto debido a que en una economía social de mercado los particulares y el Estado asumen deberes específicos: «en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares»²⁹³.

Así, pues, la función supervisora y correctiva o reguladora que la Constitución otorga al Estado es muestra clara de que aunque se exija un Estado subsidiario, este debe mantener su función garantizadora y heterocompositiva²⁹⁴, evidenciándose, de este modo, que el Estado —

sobre otro, sin base objetiva posible, o el accionar de un particular o de varios que, aprovechando de su poderío económico, menoscabe, también, el libre juego de los agentes económicos (*modelo patrimonialista económico*), no sólo significará la vulneración de los derechos económicos fundamentales recogidos en la Constitución, sino que representará, de la misma forma, la traición del espíritu libertario que el modelo de economía de mercado inscrito en la Constitución ostenta y con ello el desconocimiento del fundamento antropológico de dignidad humana que el mismo postula. [...]». STC Expediente N.º 0011-2013-PI/TC, fundamento 22: «La economía social de mercado se caracteriza por poner énfasis en las libertades económicas fundamentales y por asegurar que el Estado tenga un rol subsidiario en la economía, de manera que garantice el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana; es decir, la responsabilidad de cada persona sobre la planificación y realización de su proyecto vital en el marco de instituciones políticas, jurídicas y económicas orientadas por el valor de la equidad».

²⁹¹ STC Expediente N.º 00228-2009-PA/TC, fundamento 33.

²⁹² STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 13. Lo anterior se complementa por lo señalado en la STC Expediente N.º 018-2003-AI/TC, fundamento 2: «[...] En puridad, el mercado se instala dentro de ese “espacio”, donde el objetivo último no es el simple y libre intercambio de bienes y servicios, sino el aseguramiento de la calidad de vida de la población y la transformación de la productividad individual en progreso social para todos. [...]».

²⁹³ STC Expediente N.º 1963-2006-PA/TC, fundamento 6.

²⁹⁴ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 35: «Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así

excepcionalmente— puede intervenir en el ejercicio de las libertades económicas de los particulares, con el propósito de «garantizar bienes constitucionales que pueden ponerse en riesgo por las imperfecciones del mercado y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo de promoción en tanto actividad y/o protección del grupo menos favorecido»²⁹⁵.

Por un lado, la función reguladora del Estado se encuentra reflejada como consecuencia de un análisis conjunto de los artículos 58, 59 y 61 de la Constitución²⁹⁶. De ahí que el artículo 61 justifica el desarrollo de una legislación antimonopólica y un marco regulatorio respectivos en aras de gozar de un mayor y mejor grado de competencia económica, en razón de que en una economía social de mercado el Estado debe velar para que no se presente aquella situación monopólica donde un único productor sea el encargado de satisfacer la demanda de todos los consumidores o usuarios, así como para que se eviten las posiciones dominantes:

[...] el artículo 61° confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. De esta forma, nuestro texto fundamental no admite que un solo productor satisfaga la demanda de todos los consumidores o usuarios, pues ello, en los hechos, le permitiría determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, a costa de extraer recursos del consumidor o usuario.

como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva. [...]». El mismo texto puede observarse en el fundamento 24 de la STC Expediente N.º 00034-2004-AI/TC, en el fundamento 35 de la STC Expediente N.º 10087-2005-PA/TC, y en el fundamento 7 de la STC Expediente N.º 1963-2006-PA/TC.

²⁹⁵ STC Expediente N.º 00034-2004-AI/TC, fundamento 33.

²⁹⁶ STC Expediente N.º 1963-2006-PA/TC, fundamento 8: «Esta función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58º de la Constitución, en cuyo tenor se estipula: "la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (...)". Por su parte, el artículo 59º establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria. Asimismo, el artículo 61º confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (...)». Encontramos el mismo texto en el fundamento 36 de la STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC.

El Estado debe, asimismo, evitar la instauración de posiciones dominantes, esto es, la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente, es decir, con opción de prescindencia de sus competidores, compradores y clientes o proveedores en función a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las peculiares características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico, etc.

En coherencia con tales imperativos se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia²⁹⁷.

Por otro lado, la función orientadora del Estado busca que se concrete el carácter social de la economía social de mercado para lograr el desarrollo del país²⁹⁸. En ese sentido, presenta las siguientes características esenciales: «a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos»²⁹⁹.

De este modo, el Tribunal Constitucional demuestra que el Estado, además de garantizar el libre desenvolvimiento de la competencia económica, participa en la elaboración de las llamadas «reglas de juego» en aras del bien

²⁹⁷ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 37. En el mismo sentido, el fundamento 32 de la STC Expediente N.º 00034-2004-AI/TC dice lo siguiente: «Finalmente, como aspecto fundamental de una economía social de mercado, el Estado *facilita y vigila* la libre competencia. El artículo 61 ° de la Constitución delega al legislador la labor de garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopólicas a efectos de garantizar no sólo la participación de los agentes de mercado ofertantes, sino de proteger a quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios».

²⁹⁸ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 38: «De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, la función orientadora del Estado tiene como propósito el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución».

²⁹⁹ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 39.

común, actuando como «regulador y catalizador de los procesos económicos»³⁰⁰.

En conclusión, el desarrollo doctrinal emitido por las sentencias del Tribunal Constitucional respecto al concepto e implicancias de la economía social de mercado refleja que estamos frente a una economía de mercado con rasgos de un Estado social (una «tercera vía»); lo cual significa que, así como el Estado no puede ser indiferente al ejercicio de las actividades económicas de los particulares, tampoco puede interferir arbitraria e injustificadamente en ese ámbito de libertad, ya que tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos en función al respeto de los tres componentes fundamentales del modelo económico constitucional vigente: el bienestar social, la libre competencia y el velar por un Estado subsidiario y solidario.

4. TOMA DE POSTURA: LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SUS LÍMITES EN ARAS DE LA PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA

En el presente apartado desarrollaremos por qué el derecho fundamental a la libertad de empresa es el motor de la economía social de mercado y por qué, precisamente por ello, cuenta con límites para que no se atente contra el principio de libre competencia.

La libertad de empresa es la expresión moderna de lo que conocemos como libertad económica³⁰¹. En un primer momento, fue acuñada como libertad de comercio e industria, tal como ya fue señalada en el apartado referente a la evolución de la constitución económica peruana.

³⁰⁰ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 40: «El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las "reglas de juego", configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y catalizador de los procesos económicos».

³⁰¹ Se refiere a la libertad económica en un sentido extenso, el cual incluye a la libertad de contratos, la libertad de transacciones económicas, la libertad de acceso a la actividad y la libertad de ejercicio de esta. Cf. ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Lima: Cordillera, 2003, p. 258. En ese mismo sentido, «la libertad económica es, sin duda alguna, la fórmula actualizada de la libertad de comercio y de industria, cuyo reconocimiento generalizado arranca también en la Revolución francesa. En definitiva, en cuanto constituye una expresión más del derecho de libertad». MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. *Derecho administrativo económico*. Madrid: La Ley, 1988, p. 126.

La importancia del estudio y mención de la libertad de empresa se debe a que «en ella se sustenta la consecución de uno de los objetivos asignados al sistema económico por la Constitución vigente: la defensa de la competencia económica entre empresas en particular y agentes económicos en general, como vía adecuada para el logro de mejoras en el nivel de vida de los ciudadanos»³⁰². Y ya que cumple un papel fundamental en el sistema económico es que la Constitución habilitó al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo para que estos intervengan ante cualquier abuso (propio del ejercicio de la libertad de empresa de los particulares) con el fin de garantizar el sistema económico propio de la economía social de mercado: «la regla de oro de la libre empresa y de la economía de mercado está cabalmente en la salvaguarda de la libre competencia»³⁰³.

Antes de empezar con la exposición principal, señalaremos brevemente la definición de libertad de empresa. El Tribunal Constitucional peruano la define 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»³⁰⁴. Por su parte, José Luis Martínez López-Muñiz asevera que la libertad de empresa «constituye el derecho a emprender y combinar los recursos en orden a la producción, transformación, o distribución de bienes y servicios, estableciendo su organización y ejerciendo su dirección»³⁰⁵.

Hay que mencionar, además, que Gaspar Ariño resalta el significado de la libertad de empresa en una «doble faceta»: «1. Libre creación de empresas,

³⁰² KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 443.

³⁰³ Fernando Garrido Falla citado por LAZARTE, Jorge. *Libertad de empresa y servicio público: el concepto de servicio público en el Perú*. Óp. Cit., p. 48.

³⁰⁴ STC Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 26: Continúa así: «[...] La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce».

³⁰⁵ Citado por LAZARTE, Jorge. *Libertad de empresa y servicio público: el concepto de servicio público en el Perú*. Óp. Cit., p. 43.

sin más limitaciones que las establecidas por las leyes y 2. Derecho a la empresa, esto es, a la libre dirección de la misma en el marco de una economía de mercado, sin más limitaciones que las que imponga la defensa de la competencia»³⁰⁶.

Respecto a la naturaleza jurídica del derecho a la libertad de empresa, esta tiene el carácter de derecho fundamental³⁰⁷, puesto que la Constitución da un gran contenido a la libre iniciativa³⁰⁸; además, ha sido ratificada de esa manera por el Tribunal Constitucional. Es así que, como señala César Landa, «la libertad de empresa no es un concepto autónomo de los demás derechos fundamentales en la medida que sintetiza todas aquellas actividades económicas en las que, en combinación con el capital, la tecnología y el trabajo, una persona decide, libremente, producir bienes y/o servicios para el mercado»³⁰⁹.

Evidentemente, ya que se trata de un derecho fundamental³¹⁰, se entiende que la libertad de empresa solo puede adquirir sentido alguno si es

³⁰⁶ ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Óp. Cit., p. 258.

³⁰⁷ Muy aparte de que no haya unanimidad en la doctrina internacional para considerar que la libertad de empresa y la propiedad privada son derechos fundamentales. El constitucionalista César Ochoa nos plantea una posibilidad para no considerarla como derecho fundamental: «Empero, ¿la libertad de empresa es un derecho fundamental? Una respuesta estrictamente positivista podría sostener que no es un derecho fundamental porque no está prevista en dentro del Capítulo I (“Derechos fundamentales de la persona”) del Título I (“De la persona y de la sociedad”), como sí lo están derechos o libertades conexos, tales como, el libre desarrollo de la persona, la libertad de contrato, la libertad de trabajo, el derecho de propiedad y herencia y el derecho a participar en la vida económica y social de la Nación. Otra respuesta destaca la estrecha relación de la libertad de empresa con la autorrealización y autodeterminación humana, la independencia de los ciudadanos permitiéndoles “ganarse la vida” de forma autónoma respecto del Estado y en última instancia con la dignidad humana». OCHOA, César. “El contenido esencial y los límites del derecho fundamental a la libertad de empresa”. *Gaceta constitucional y procesal constitucional*. Lima, número 90, 2015, p. 22.

³⁰⁸ «En efecto, en su capítulo sobre Principios Generales, dice en su primer artículo, el 58: “La iniciativa privada es libre”, y en el inciso 17, de su artículo 2 que toda persona tiene derecho “a participar, en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación”. Igual decía la Constitución de 1979 en sus artículos 115 y 2.16. De otro lado, la Constitución del 79 en su artículo 131 decía que “El Estado reconoce la libertad de comercio e industria”; la de 1993, en su artículo 59, que el Estado garantizaba “la libertad de empresa, comercio e industria”». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 444.

³⁰⁹ LANDA, César. “Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución Económica de 1993”. *Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, número 3, 2007, p. 36.

³¹⁰ «La Doctrina considera que los derechos fundamentales deben responder a un triple carácter: en primer lugar, ser reflejo de los derechos de la persona al interior de la Constitución; en segundo lugar,

que puede ser ejercida por todos: «No se trata ya de un derecho subjetivo implícito como lo era en las Constituciones liberales del siglo XIX, que defendían, básicamente, los intereses de la burguesía, sino de un derecho que se alza contra los abusos que la propia libertad de empresa puede generar; se convierte en un derecho que requiere de la intervención del Estado para su propia defensa»³¹¹.

Dado que estamos hablando de un derecho fundamental, la doctrina consensuada aduce que los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito (o carácter) en su contenido constitucionalmente protegido: un ámbito subjetivo, el cual permite que el titular del derecho accione, y un ámbito objetivo (también llamado institucional), el cual implica la obligación que tiene el Estado para que este asegure el pleno ejercicio y la eficacia del derecho³¹². En resumidas cuentas, «es un derecho exigible frente a los demás particulares y frente al propio Estado»³¹³.

Por un lado, cabe resaltar que no estamos hablando de un derecho subjetivo absoluto. ¿Por qué? Porque se requiere la intervención del Estado para que este garantice que todo aquel particular que cumpla con las exigencias de la legislación tenga un libre acceso al mercado y para que sancione ante la amenaza de los abusos que puedan cometerse en función al ejercicio de aquella libertad. Es un derecho subjetivo puesto que el «ciudadano

funcionar como elementos subjetivos incorporados al sistema democrático, tales como el derecho al sufragio, la libertad de expresión o de asociación; y, en tercer lugar, ser expresión de la dualidad sociedad-Estado inherente a un sistema en el que el poder político presupone otras formas de poder o, cuando menos, ámbitos de actuación individuales y sociales distintos del estatal e igualmente legítimos. Si, de otro lado, los Tribunales optaran por una interpretación restrictiva frente a los numerosos derechos mencionados como fundamentales, ello llevaría muy probablemente a incluir entre aquellos únicamente a los vinculados a las llamadas “libertades públicas”, y a considerar a aquellos otros —entre los cuales se encuentran por ejemplo el derecho a la propiedad y los derechos sociales— solo como derechos constitucionales. Para encontrar la respuesta más adecuada será necesario conocer el nuevo texto constitucional y apreciar si a todos los derechos mencionados como fundamentales no solo se les garantiza, sino se les reconoce tutela mediante los llamados procesos constitucionales». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Loc. Cit.

³¹¹ KRESALJA, Baldo. “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica”. *Pensamiento constitucional*. Lima, año 12, número 12, 2007, p. 34.

³¹² Baldo Kresalja y César Ochoa citando a Luis Castillo. KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 444.

³¹³ GUTIÉRREZ, Walter. “Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo”. Óp. Cit., p. 315.

o la persona jurídica que ejercite la libertad de empresa es titular de un derecho subjetivo con un status jurídicamente protegible frente a los tribunales»³¹⁴; por ello, la violación a este derecho puede significar una declaración de inconstitucionalidad o el control difuso del juez (artículo 138³¹⁵ de la Constitución)³¹⁶. «Este derecho no es un derecho absoluto ni prevalente frente a otros derechos constitucionales»³¹⁷.

Por otro lado, su carácter objetivo se refiere a que la libertad de empresa no podría existir sin una adecuada regulación propia de la economía social de mercado³¹⁸, la misma que tiene la función de garantizar el funcionamiento del mercado en sus distintos sectores, así como alcanzar los fines sociales proclamados en la Constitución; de lo contrario, sería difícil que la actividad privada se desarrolle con estabilidad, equilibrio y seguridad, lo cual requiere de leyes, licencias, autorizaciones y declaraciones sin llegar a desnaturalizar el contenido esencial del derecho³¹⁹. En ese sentido, se habla de una perspectiva

³¹⁴ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Óp. Cit., p. 446.

³¹⁵ «Artículo 138. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

³¹⁶ «No se trata, pues, de un derecho subjetivo absoluto, pues necesita de esa intervención para restablecer condiciones de igualdad entre sujetos que son —como lo demuestra la vida económica diaria— básicamente desiguales, esto es, una intervención que garantice el libre acceso al mercado de todos aquellos que cumplan con las exigencias o requisitos que exige la legislación positiva y que, en ocasiones, necesita de la aplicación de un conjunto normativo ad-hoc —el referido a la protección de la competencia— para sancionar los abusos que puedan hacerse en el ejercicio desorbitado de esa libertad. Podemos entonces afirmar que, en nuestro ordenamiento jurídico, nadie puede suprimir el derecho a la libre iniciativa de un agente económico, actual o potencial. En síntesis, el ciudadano o la persona jurídica que ejercite la libertad de empresa es titular de un derecho subjetivo con un status jurídicamente protegible frente a los tribunales». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 446.

³¹⁷ GIMENO, José. “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”. *Revista de Administración Pública*. Zaragoza, número 135, 1994, p. 165.

³¹⁸ «El concepto de economía social de mercado enmarca el ejercicio de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida y permite al Estado hacer uso de una de sus armas principales, cual es el caso de las normas del Derecho de la Competencia, a lo que suma su capacidad normativa, la supervisión y actuación de los concesionarios en el ámbito de los servicios públicos, y, excepcionalmente, su intervención como agente económico». KRESALJA, Baldo. *La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado*. Lima: PUCP, 2004, p. 528.

³¹⁹ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 447.

dinámica³²⁰ de protección, en tanto que la libertad de cada agente económico se alcanza en relación a los otros agentes económicos y a los potenciales que deseen incorporarse al mercado³²¹. Es por eso que, con el fin de alcanzar las funciones sociales asignadas a la libertad, el Estado impone límites a la libertad de empresa³²².

Baldo Kresalja y César Ochoa hacen una importante aclaración en relación al equilibrio que debe haber entre ambos ámbitos, ya que, por un lado, lo que menos se quiere es llegar al intervencionismo, y, por el otro lado, se necesita de la intervención del Estado para velar por el correcto funcionamiento del libre mercado.

Es, en primer término, un derecho subjetivo, un derecho del individuo que le garantiza un *status* jurídico de libertad; de otro lado, un elemento esencial de un ordenamiento objetivo de una sociedad, en cuanto se configura como un marco

³²⁰ «Vemos, así, que la libertad de empresa, en su visión “estática” o individual, es una libertad fundamental protegida por el Estado, pero también lo está desde una perspectiva “dinámica” en su visión institucional o del mercado en su conjunto, en el cual cada libertad de los concurrentes se ha de unir a la libertad de los demás si pretendemos que el mercado funcione». KRESALJA, Baldo. “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica”. Óp. Cit., p. 35.

³²¹ «Pero la libertad de empresa tiene también una indesligable dimensión institucional; en efecto, no existe sin una regulación pro-mercado, entendida como aquella destinada a generar riqueza y a su distribución equilibrada, a eliminar externalidades y a servir al consumidor. Esa regulación está destinada, como es obvio, a garantizar el funcionamiento de los mercados, a supervisarlos para evitar que el Estado tenga una intervención directa y quizá distorsionadora sobre los mismos. De esta manera, el contenido de la libertad de empresa “debe funcionalizarse para la consecución de los fines sociales y colectivos constitucionalmente proclamados”. Y ello es justamente lo que justifica las intervenciones normativas que limitan a esa libertad, sin transgredir por cierto su contenido esencial. [...] En efecto, la protección del mercado defiende la libertad de empresa desde una perspectiva dinámica, ya que la libertad de cada agente económico se consigue en relación con los demás, nunca aislada. Y “los demás” no son solo los que ya están, sino también los potenciales que deseen entrar al mercado, “ya que la libertad de empresa, como derecho fundamental, actúa tanto en la entrada al mercado como en su permanencia y en su salida”». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 447.

³²² Gaspar Ariño se pronuncia respecto a la Constitución española, la cual —al igual que la peruana— apunta al cumplimiento de los fines sociales consagrados en la Constitución: «Ahora bien, como todas las libertades, la libertad de empresa tiene *limitaciones* para la defensa de otros bienes constitucionales e intereses sociales: el respeto a los derechos de los demás (art. 10.1 CE), entre ellos “la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos” (art. 51.1), las exigencias de la “economía general y, en su caso, de la planificación” (art. 38 *in fine*), la subordinación de toda la riqueza del país al interés general de la nación (art. 128.1), los derechos de los trabajadores y de los consumidores, y, sobre todo, el respeto a las leyes del mercado y la competencia leal. Por ello la libertad de empresa debe ser regulada en su ejercicio para que cumpla las condiciones que la Constitución le impone». ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Óp. Cit., p. 260.

de convivencia humana. Es, por tanto, pertinente y necesario encontrar un equilibrio entre ambos aspectos y evitar que la normativa que regula su ejercicio devengue en intervencionismo, pero no rechazarla porque sí, pues para su correcto ejercicio suele necesitar de la intervención de los poderes públicos. Es, pues, un derecho subjetivo garantía de la libertad individual frente al Estado; derecho institucional y objetivo en el que, en aras de las funciones sociales asignadas a la libertad, se imponen restricciones³²³.

Y ya que nuestro punto central de análisis está referido a los límites de la libertad de empresa en aras de la protección del principio de libre competencia, debemos delimitar cuál es el contenido esencial de la libertad de empresa, o sea, «qué elementos o facultades concretas, propias de la libertad del empresario, constituyen su núcleo fijo e indestructible»³²⁴. A su vez, se trata de «aquella parte sin la cual el derecho pierde su peculiaridad, ineludiblemente necesaria para permitir a su titular la satisfacción de aquellos intereses que justamente ese derecho le otorga»³²⁵. La importancia de delimitar ese contenido esencial recae en que la ley que lo vulnere será calificada como inconstitucional. Hay una garantía constitucional del contenido esencial de la libertad de empresa: «existe una garantía de que el conjunto del sistema no excluirá por completo la iniciativa económica, y que estaría constitucionalmente proscrita cualquier iniciativa que tendiera a eliminar los rasgos esenciales del modelo de economía social de mercado»³²⁶.

La doctrina es unánime³²⁷ al señalar que las facultades del empresario que constituyen aquel contenido esencial de la libertad de empresa son la

³²³ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Óp. Cit., p. 449.

³²⁴ ARIÑO, Gaspar. *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 83.

³²⁵ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., pp. 451-452.

³²⁶ El catedrático de la Universidad de Zaragoza, José María Gimeno Feliú, refiriéndose a lo dicho por Santiago Muñoz Machado y José María Baño León, ambos catedráticos de la Universidad Complutense de Madrid. Cf. GIMENO, José. "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas". Óp. Cit., p. 164.

³²⁷ La doctrina es unánime en cuanto al fondo pero respecto a la forma hay sutiles variaciones. Para Gaspar Ariño, por ejemplo, el contenido de la libertad de empresa está compuesto por libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, la libertad de organización del empresario, y la libertad de dirección de la empresa (esta última la resume como «la libertad de tomar decisiones y de competir en

libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, la libertad de organización, la libertad de competencia y la libertad para cesar las actividades³²⁸.

Cuando hablamos de libertad de creación de empresa y de acceso al mercado (lo que Oscar De Juan Asenjo llama «libertad de inversión»³²⁹), como su mismo nombre lo dice, nos referimos a aquella libertad para fundar una empresa en cualquiera de las modalidades permitidas por nuestro ordenamiento jurídico (sociedades, contratos asociativos, cooperativas, etc.)³³⁰ y a aquella libertad para acceder al mercado de bienes y servicios, la cual «exige de los poderes públicos una doble actuación: por un lado, que su actuación respete las reglas del mercado, es decir, acepte las reglas del juego por las que se regula la iniciativa privada y, por otro, que formule y establezca todos los mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar la regla de libre competencia»³³¹. Evidentemente, «a esta libertad de acceso se oponen, de

un mercado libre»). ARIÑO, Gaspar. *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Óp. Cit., p. 89. Oscar De Juan Asenjo, por su parte, resume aquel contenido abstracto de la libertad de empresa en tres sublibertades: «La libertad empresarial despliega sus efectos en tres “sublibertades” que, *grosso modo*, se corresponden con las decisiones económicas primarias: ¿qué bienes han de producirse?, ¿cómo han de producirse?, ¿para quién ha de producirse? Nos referiremos a ellas con las expresiones *libertad de inversión*, *libertad de organización* y *libertad de contratación*». DE JUAN, OSCAR. *La Constitución económica española: iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 154. Del mismo modo, Sebastián Martín-Retortillo aclara que los enunciados doctrinales son distintos pero que la diferencia es más de formulación que de contenido: «Una nota común caracteriza a todos ellos. En definitiva, la quintaesencia última del derecho a la libertad de empresa, en síntesis, no es sino la posibilidad de su titular —el empresario— de constituir la empresa y decidir sobre las distintas opciones relacionadas con la actividad económica que desempeña». Cf. MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. *Derecho administrativo económico*. Óp. Cit., p. 168.

³²⁸ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Loc. Cit.

³²⁹ «La *libertad de inversión* indica el derecho que posee el propietario de un capital para colocarlo en el sector e industria que estime conveniente. La inversión puede suponer la creación de una nueva empresa o bien la ampliación del capital de otra preexistente. En sentido negativo esta libertad implica la posibilidad de retirar el capital invertido cuando el propietario lo estime oportuno». DE JUAN, OSCAR. *La Constitución económica española: iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*. Óp. Cit., p. 154.

³³⁰ GUTIÉRREZ, Walter. “Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo”. Óp. Cit., p. 316.

³³¹ GIMENO, José. “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”. Óp. Cit., p. 169.

modo absoluto, las reservas al sector público de recursos o servicios esenciales»³³².

En torno a la libertad de organización, esta se refiere a la capacidad que tiene el empresario, en función de sus objetivos empresariales³³³, para decidir acerca de todos los aspectos de la vida interna de la empresa: la forma de organización, el nombre, el emplazamiento, la forma del gobierno interno (*corporate governance*), etc.³³⁴.

Respecto a la libertad de competencia, es importante su consideración debido a que la competencia, más allá de ser un derecho, también es una obligación de una economía de mercado, motivo por el cual el Estado la protege y regula por el carácter fundamental que posee para los empresarios, los consumidores y para la sociedad en general³³⁵. En ese sentido, la consagración constitucional de la libertad de competencia es implícita (artículo 58: «La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía de mercado. [...]»); artículo 59: «El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. [...]») y explícita (artículo 61: «El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. [...]»)³³⁶.

En lo referente a la libertad para cesar las actividades, esta es aquella libertad que tiene el empresario para cerrar la empresa que ha creado cuando considere que ya no cumple con el fin y las expectativas por las cuales fue

³³² ARIÑO, Gaspar. *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Óp. Cit., p. 85.

³³³ «La actividad empresarial consiste básicamente en la combinación de unos factores productivos dados —trabajo y capital— para la obtención de un producto final. Del empresario se espera que maximice la producción minimizando el coste y también —aunque este elemento varía según el sistema económico en que nos movamos— que asegure una rentabilidad determinada del capital invertido. Esta responsabilidad requiere a cambio la *libertad de organización*, esto es, la potestad para organizar libremente el proceso de producción, es decir, para planificar el sistema de objetivos empresariales, combinar los factores productivos e imponer condiciones de actuación a las personas que colaboran en la actividad empresarial». DE JUAN, OSCAR. Loc. Cit.

³³⁴ ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Óp. Cit., p. 268.

³³⁵ KRESALJA, Baldo. *La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado*. Óp. Cit., p. 544.

³³⁶ *Ibíd.*

creada. Cabe destacar que ejercer esta libertad implica asumirla con sumo cuidado y teniendo en cuenta los procedimientos jurídicos necesarios y obligatorios para proteger a los trabajadores, a los acreedores y a los terceros³³⁷. No obstante, como ha sido señalado por Jorge Lazarte, debe considerarse una excepción³³⁸: la facultad que tiene el Estado para ordenar la continuación forzosa de las actividades de una empresa, siempre que estas actividades se consideren de seguridad nacional o necesidad pública declaradas por ley (artículo 411³³⁹ de la Ley General de Sociedades).

Dicho todo ello, ahora cabe dirigirnos a los límites de la libertad de empresa, recordando que el reconocimiento constitucional de un derecho no implica que este pueda ejercerse incondicionalmente, sino que la Administración interviene de diversas maneras: «desde simples comunicaciones, hasta autorizaciones, concesiones y la imposición de sanciones, requiriendo siempre de habilitación legal expresa cuando interviene discrecionalmente»³⁴⁰. Lo anterior da a conocer que es importante el análisis de cada caso en concreto, teniendo en cuenta que no está en duda la intervención del Estado, sino cuánto este deba intervenir³⁴¹, ya que estos límites tienen que garantizar la igualdad entre la iniciativa pública frente a la privada en régimen de concurrencia³⁴². En otro aspecto, el Tribunal Constitucional ha dejado en claro que la libertad de empresa, «por un lado, puede tener condicionamientos (como ocurre en la mayoría de supuestos, en referencia a los requisitos legales) y, por otro lado, tiene límites (en tanto la autonomía de la voluntad —sustentada

³³⁷ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 455.

³³⁸ LAZARTE, Jorge. *Libertad de empresa y servicio público: el concepto de servicio público en el Perú*. Óp. Cit., p. 48.

³³⁹ «Artículo 411. No obstante mediar acuerdo de disolución de la sociedad anónima, el Estado puede ordenar su continuación forzosa si la considera de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley. En la respectiva resolución se establece la forma cómo habrá de continuar la sociedad y se disponen los recursos para que los accionistas reciban, en efectivo y de inmediato, la indemnización justipreciada que les corresponde. En todo caso, los accionistas tienen el derecho de acordar continuar con las actividades de la sociedad, siempre que así lo resuelvan dentro de los diez días siguientes, contados desde la publicación de la resolución».

³⁴⁰ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 459.

³⁴¹ *Ibíd.*

³⁴² GIMENO, José. “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”. Óp. Cit., p. 163.

en el interés individual— no es irrestricta al tener como frontera el orden público —sustentada en el interés colectivo—»³⁴³. Es por ello que tanto el texto constitucional, las leyes y demás disposiciones de menor jerarquía imponen límites al ejercicio de la libertad de empresa «por razones ideológicas pero, también, en beneficio de otros intereses institucionales que pueden contraponerse a los derechos subjetivos de los ciudadanos en general y de los empresarios en particular»³⁴⁴.

Es así que aquellos límites se clasifican en intrínsecos (o internos) y extrínsecos (o externos). Los límites intrínsecos son aquellos que derivan de la naturaleza del derecho y de su función social; por ejemplo, la economía social de mercado (reconoce la igualdad de todos los participantes en el mercado, por ende, ninguna de las empresas e individuos sin que alguno de estos influya decisivamente en el mercado³⁴⁵) y el derecho de la competencia (legislación *antitrust* y de competencia desleal, las cuales garantizan la igualdad de todo aquel que ejerza su derecho a la libertad de empresa, además de las normas que regulan las concentraciones empresariales³⁴⁶, materia de análisis de la presente investigación). Por otra parte, están los límites extrínsecos, los que ayudan a determinar el alcance de la libertad de empresa; en otras palabras,

³⁴³ ECHAIZ, Daniel. “La libertad de empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Gaceta constitucional*. Lima, número 24, 2009.

³⁴⁴ KRESALJA, Baldo. “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica”. *Óp. Cit.*, p. 50.

³⁴⁵ «[...] en cuanto implica la participación de una multitud de empresas e individuos que haciendo uso de su libre iniciativa y de la autonomía de su voluntad acceden al mercado y ofrecen una heterogénea y amplia variedad de productos y servicios, esto es, la existencia de múltiples operadores económicos disputándose sus respectivas clientelas, “sin que ninguno de ellos pueda influir en forma definitiva en el mercado, decidiéndose de forma autónoma las que son las preguntas clave de todo sistema económico: qué producir, cómo producir y para quién producir” [cita de Viciano], posición que, sin embargo, se ve debilitada por la existencia de mercados de competencia imperfecta o monopolística. Así, pues, la mención constitucional a la economía social de mercado tiene consecuencias jurídicas, pues elimina opciones o modelos tales como los de planificación central o de regulación casi inexistente, ultra-liberales; reconoce la igualdad formal (y es la material una aspiración) de todos los participantes en el mercado, así como de la competencia económica». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. *Óp. Cit.*, pp. 460-461.

³⁴⁶ «[...] como en el caso del derecho de la competencia, en sus versiones de legislación *antitrust* y de competencia desleal, que están destinadas a garantizar la igualdad de todos los ciudadanos de ejercicio de libre empresa; lo mismo ocurre con las normas destinadas a regular las concentraciones empresariales». KRESALJA, Baldo. “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica”. *Loc. Cit.*

«limitan la actuación individual, conformados en su mayor parte por cláusulas habilitantes para la intervención de los poderes públicos, y que deben utilizarse como excepción a los principios generales de libertad de empresa y libre competencia»³⁴⁷. En ese aspecto, los límites extrínsecos son el concepto de Estado social, las reservas, la planificación y la protección de la salud, moral y seguridad públicas³⁴⁸ (artículo 59 de la Constitución vigente).

A continuación, trataremos los límites más influyentes al ejercicio del derecho a la libertad de empresa. Por cuestiones ilustrativas, comenzaremos por los límites extrínsecos para luego recaer en los intrínsecos, los cuales se relacionan directamente con la conclusión a la cual queremos llegar.

Las reservas permiten al Estado hacerse cargo de una actividad económica específica de manera exclusiva por razones de seguridad nacional, interés público o algo parecido. Esta posibilidad de reservar, evidentemente, refleja un límite a la libertad de empresa, ya que se «elimina el tráfico mercantil ordinario en un sector determinado»³⁴⁹. El artículo 114 de la Constitución de 1979 amparaba la potestad que tenía el Estado para que, mediante ley, pueda reservar actividades productivas o de servicios por causa de interés social o seguridad nacional; disposición que ya no consagra la Constitución actual.

A diferencia de la reserva, la planificación permite que el Estado dirija la actividad económica sin pretender que se sustituya la iniciativa privada por la iniciativa pública: «la planificación no es un caso de reserva, sino una técnica superpuesta, que supone que la empresa privada continúe actuando sometida al límite en que la planificación consiste»³⁵⁰.

Por su parte, respecto a la salud, moral y seguridad públicas, el artículo 59 de nuestra Constitución señala, precisamente, que el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a ninguno de los tres aspectos señalados. Y debido a que son conceptos jurídicos que no pueden determinarse fácilmente

³⁴⁷ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Loc. Cit.

³⁴⁸ *Ibíd.*

³⁴⁹ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*, Óp. Cit. p. 461.

³⁵⁰ *Ídem*, p. 462.

por involucrar un sentido netamente público, «no pueden ser definidos desde el ámbito privado, pues ello significaría ingresar a una subjetividad generadora de inseguridad jurídica»³⁵¹.

Adentrándonos a los límites intrínsecos, es sabido que los monopolios interfieren el desenvolvimiento de la libre competencia económica³⁵²; no obstante, por la Constitución que nos rige, no es labor del Estado frenar su desarrollo, sino del mercado (este es quien debe determinar si es conveniente o no la existencia de determinado monopolio)³⁵³. Y ya que en la realidad es difícil identificar la existencia de monopolios absolutos, es más recurrente que se presenten situaciones de posiciones de dominio que de monopolios³⁵⁴. Es por eso que en el Perú la regulación sobre libre competencia, a través del Decreto Legislativo N.º 701, no prohíbe las situaciones monopólicas, sino que solo se limita a prohibir el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas de la libre competencia, asuntos que serán detallados en el capítulo correspondiente.

Otro límite considerado por la doctrina es el de la empresa pública, ya que este está relacionado con la reserva y el monopolio, por ende, no sería sencillo someterse a la competencia económica³⁵⁵. En el Perú —en atención al

³⁵¹ Ídem, p. 463.

³⁵² Por ello, se dice que «el monopolio es el caso extremo de competencia imperfecta, pues solo existe un único vendedor que gozará de un gran poder; es el único productor y ningún competidor puede producir un bien que pueda ser sustituto aproximado del que produce». KRESALJA, Baldo. “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica”. Óp. Cit., p. 52.

³⁵³ LAZARTE, Jorge. *Libertad de empresa y servicio público: el concepto de servicio público en el Perú*. Óp. Cit., p. 49.

³⁵⁴ «Los eventuales adquirentes se constituyen en compradores necesarios, en una especie de clientes sin opción. De ahí que el monopolista goce de una posición de dominio. En la vida real, sin embargo, la situación del monopolista admite matices y grados en comparación con otros oferentes de productos similares, análogos o sustitutos. Al ser difícil de identificar en la realidad la existencia de monopolios absolutos o puros, suele hablarse de posiciones *dominantes* en el mercado más que de monopolios [...]». KRESALJA, Baldo. “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica”. Loc. Cit.

³⁵⁵ «La empresa pública opera usualmente con carácter monopólico, de modo que tiene graves dificultades para poder someterse a la competencia económica. Más bien, goza generalmente del poder para imponer precios que cubren sus ineficiencias y no está sujeta a las sanciones típicas del mercado, lo que le permite recurrentes déficits, la obtención de subsidios y una gran politización en sus entes directivos. De esta manera, los que fueron argumentos importantes para su promoción, tales como el afianzamiento de la soberanía estatal, la lucha por la igualdad y la necesidad de lograr un desarrollo acelerado en sectores económicos clave, han perdido peso frente a la realidad, y se ha cuestionado en

principio de subsidiariedad— existen empresas públicas pero no todas en régimen de monopolio³⁵⁶. El artículo 60 de nuestra Constitución vigente reconoce el carácter excepcional de la actividad empresarial por parte del Estado (solo por razones de interés público o de manifiesta conveniencia nacional); puesto que, de lo contrario, no podría conseguirse los fines de la constitución económica³⁵⁷.

Inherente a la libertad de competencia está la función social, la cual se desempeña como límite al ejercicio de la libertad de empresa y que está presente en la legislación correspondiente, la misma que «no desvirtúa el contenido esencial de la libertad de empresa, sino que persigue mantener en un plano de igualdad a los agentes económicos que participan en el mercado y proteger a los consumidores y usuarios»³⁵⁸. En otros términos, el empresario no solo debe buscar que sus actividades económicas sean lucrativas, sino también que estas deban cooperar para el desarrollo y crecimiento económico del país y, así, poder satisfacer las necesidades sociales»³⁵⁹.

Ya desarrollados los límites al ejercicio a la libertad de empresa, es menester resaltar la importancia de tener en cuenta cada uno de ellos para que se salvaguarde el principio de libre competencia, ya que, en atención a lo estipulado en nuestra constitución económica, «el principio esencial del modelo, que el Estado tiene el deber de garantizar, consistirá en la *libre y real competencia*, que es el alma del mercado»³⁶⁰.

Por consiguiente, la libertad de empresa debe respetar las reglas de la libre competencia. Gaspar Ariño resume ello de la siguiente manera:

amplios sectores su actual conveniencia». KRESALJA, Baldo. “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica”. Óp. Cit., pp. 52-53.

³⁵⁶ Por ejemplo, el Banco de la Nación, Petroperú, EsSalud, Electroperú, Sedapal, entre otras.

³⁵⁷ KRESALJA, Baldo. “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica”. Loc. Cit.

³⁵⁸ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 495.

³⁵⁹ SABOGAL, Luis. “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia”. *Mercatoria-Revista del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia*. Bogotá, volumen 4, número 1, 2005, p. 15.

³⁶⁰ ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Óp. Cit., p. 261.

Si la libertad de empresa da lugar a una posición dominante desde la que se manipula o falsea el mercado (abuso de posición dominante) se está haciendo un mal uso de la libertad de empresa, pues se vulnera la competencia. Por ello, la libertad de empresa *exige la regulación de su ejercicio*, de modo que se puedan ofrecer garantías a los demás, estableciendo reglas sobre los siguientes aspectos: – Derechos y deberes de los agentes. – Condiciones de acceso al mercado. – Requisitos técnicos, de seguridad y salubridad. – Acreditación de la capacidad de determinadas profesiones. – Estabilidad, capacidad, solvencia financiera para el ejercicio de determinadas actividades. Todo ello se articula a través de múltiples técnicas (autorizaciones, homologaciones, inscripciones, licencias, o puras comunicaciones)³⁶¹.

Con esto, se comprueba que la competencia económica adquiere una función central y fundamental en nuestro régimen económico constitucional, «siendo el rol del Estado promover o alentar a que otros produzcan antes de producir por sí mismo»³⁶², situación que justifica la lucha contra el abuso de posiciones de dominio. Del mismo modo, el marco legal respaldado por la economía social de mercado sirve para que los empresarios prevean todo tipo de situaciones que signifiquen un irrespeto a la leal y libre competencia y, así, puedan desarrollar sus actividades económicas con normalidad³⁶³.

En conclusión, la libertad de empresa como derecho fundamental presenta un doble carácter: uno subjetivo, el cual garantiza al individuo un estatus jurídico de libertad para accionar frente al Estado y el cual le permite ejercer su libertad en el mercado siempre y cuando la ejerza de manera lícita; y otro objetivo, el mismo que se refiere a la regulación propia de la economía social de mercado, lo cual se traduce en la obligación que tiene el Estado para

³⁶¹ Ídem, pp. 261-262.

³⁶² ECHEANDÍA, Jorge. "La economía social de mercado y la libre competencia en el Perú". *Normas Legales*. Lima, volumen II, tomo 331, 2003, p. 59.

³⁶³ «En esta economía social de mercado, la legislación sobre competencia económica tiene como finalidad brindar el marco legal para que los empresarios puedan realizar sus actividades dentro de los principios que rigen este modelo económico, promoviendo el desarrollo de la leal y honesta competencia. La finalidad de la legislación sobre libre competencia no es incentivar la permanencia en el mercado de empresas ineficientes que no responden a los retos que implica interactuar en un mercado competitivo y que, finalmente, pueden terminar siendo eliminadas del mercado». Ídem, p. 57.

que este asegure el pleno ejercicio y la eficacia del derecho a la libertad de empresa. Y ya que se cuenta con estos dos aspectos, es importante que se lleguen a equilibrar para evitar, por un lado, el intervencionismo y, por el otro, la no intervención del Estado, ya que esta última es necesaria para el funcionamiento y eficacia del libre mercado.

En ese sentido, para que, precisamente, pueda salvaguardarse el principio de libre competencia, se imponen límites intrínsecos y extrínsecos a la libertad de empresa, sin los cuales la vulneración al principio de libre competencia sería recurrente y no se cumpliría con la función social a la cual se aspira satisfacer, debido a que estos límites tienen que garantizar la igualdad entre la iniciativa pública frente a la privada en nuestro régimen de libre competencia, por lo que no se pone en duda —en modo alguno— la necesaria intervención del Estado.

CAPÍTULO III: EL ROL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

A lo largo del presente capítulo desarrollaremos los elementos que integran a la economía social de mercado. Actualmente, cuando hablamos de economía social de mercado hacemos referencia al orden económico vigente en la República Federal de Alemania, reconocido mediante el Tratado sobre la Unión Monetaria, Económica y Social de la República Federal de Alemania y la República Democrática de Alemania (8 de mayo de 1990), el cual está caracterizado por la propiedad privada, la competencia, la libre formación de precios y la libre circulación de trabajo, capital y servicios³⁶⁴. No obstante, en el presente capítulo abordaremos los aspectos que involucran el surgimiento de este orden económico: desde el contexto histórico en el cual surgió hasta lo que significa hoy en día en nuestro país.

Dicho esto, desglosaremos por qué Perú está en proceso de consolidar a la economía social de mercado como ordenamiento socio/político-económico, puesto que, a estas alturas, requiere algunas reformas significativas, a efectos de acercar el modelo en curso a una real y efectiva economía social de mercado, donde el mercado y el Estado complementen eficaz y eficientemente sus actividades.

1. LA ESCUELA DE FRIBURGO Y LAS BASES DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

Para empezar, es necesario describir la diferencia entre orden económico y sistema económico. El orden económico se refiere al marco general en base al cual el Estado, los grupos sociales y los individuos guían sus interrelaciones económicas. En otras palabras, es aquel conjunto de normas jurídicas e institucionales esenciales para el desarrollo del proceso económico: «Las regulaciones fijadas con carácter normativo en la constitución, en las leyes

³⁶⁴ RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 110.

y otras disposiciones legales, junto con las normas no escritas y las instituciones, fundamentan el orden económico»³⁶⁵. En cambio, el sistema económico alude a la concretización del orden económico en una nación determinada: «[...] es la expresión concreta de un orden económico determinado, configurado conscientemente o espontáneo, y un proceso económico, es decir los procesos de producción, distribución y consumo entre y dentro de las unidades económicas»³⁶⁶. Puede decirse, entonces, que el orden económico está en un nivel superior que el de sistema económico³⁶⁷.

La economía social de mercado surgió tras finalizar la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), como respuesta a la crisis económica, política y social que se suscitó. Sin embargo, su implementación práctica en la República Federal de Alemania³⁶⁸ recién se introdujo en 1948³⁶⁹, lo que provocó el milagro económico alemán: «se le atribuye, además de la reforma monetaria, la adopción de políticas de liberación de precios y la eliminación de listas de racionamiento de productos, todo sustentado en una economía de mercado para lograr una estabilización de los precios de bienes y servicios de la época»³⁷⁰.

En ese sentido, un grupo de científicos sociales de la Universidad de Friburgo conformó lo que se denominó la Escuela de Friburgo, convirtiéndose

³⁶⁵ GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Segunda edición. Lima: Instituto de Estudios Social Cristianos; Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 19-20.

³⁶⁶ Ídem, pp. 23-24.

³⁶⁷ Ídem, pp. 19-20.

³⁶⁸ A consecuencia de la división de Alemania se formó la República Federal Alemana, sustentada en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (mayo de 1949), la cual sirvió de base para los cambios sociales, económicos y políticos propios de la época de posguerra. Cf. HUNG, Roberto. “El pensamiento alemán y la idea del Estado social de derecho. Una breve aproximación general (desde Adenauer hasta Alexy)”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá, año XXI, 2015, p. 483.

³⁶⁹ TIETMEYER, Hans. “Las bases históricas y el desarrollo de la economía social de mercado en la República Federal de Alemania”. En CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA PERUANO-ALEMANA. *Economía social de mercado. Coloquio peruano-alemán organizado en Lima durante los días 29 y 30 de junio y 1 de julio de 1979 con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer*. Lima: Industrial Gráfica, 1980, pp. 22-23.

³⁷⁰ HUNG, Roberto. “El pensamiento alemán y la idea del Estado social de derecho. Una breve aproximación general (desde Adenauer hasta Alexy)”. Loc. Cit.

en los forjadores del estudio de la economía social de mercado bajo la dirección de Erwin von Beckerath y encargándose de definir lo que más tarde sería conocido como ordoliberalismo³⁷¹.

Frente a la idea del *laissez-faire* (razón por la cual no es adecuada la denominación de «liberal» para sus principios de orden), frente a los defensores de la concepción del curso inevitable de las evoluciones históricas, la Escuela de Friburgo expresa su convicción de que un orden económico debe desarrollarse sobre la base de una capacidad de rendimiento que se sabe vinculada, mediante la constitución, a la justicia y a la seguridad social³⁷².

Por lo tanto, la economía social de mercado surgió del intento de confluir los principios del liberalismo clásico (lo que luego fue desarrollado con el ordoliberalismo) y la doctrina social cristiana³⁷³. «En este sentido propone un marco teórico y de política económico-institucional que busca combinar la libertad de acción individual dentro de un orden de responsabilidad personal y social»³⁷⁴.

Es así que las fuentes fundamentales del concepto de economía social de mercado son el ordoliberalismo y la antropología filosófica cristiana³⁷⁵. En otras palabras, se agregó un componente ético a los postulados económicos gracias a la influencia del pensamiento social de la Iglesia Católica y el de la ética protestante³⁷⁶.

Por un lado, el ordoliberalismo, el cual proviene del vocablo latino *ordo*, *ordnung* (orden), hizo alusión a «un orden en las instituciones y en las

³⁷¹ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 14-15.

³⁷² SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSELBERG (editores). *Conceptos básicos sobre el orden económico*. Segunda edición. Traducción de Marciano Villanueva Salas. Madrid: Fundación Konrad Adenauer; Unión Editorial, 1991, pp. 101-102.

³⁷³ Ídem, p. 225.

³⁷⁴ RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Óp. Cit., p. 108.

³⁷⁵ GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., p. 27.

³⁷⁶ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 34-35.

relaciones entre los agentes económicos particulares y el Estado al interior de la sociedad»³⁷⁷ con el propósito de eliminar las consecuencias negativas del liberalismo (recordemos que el liberalismo propugna que la competencia se genere de manera natural, espontánea, siendo incapaz de generar bienestar social³⁷⁸).

De manera que, alejándose de la planificación y el control de la economía por parte del Estado, el ordoliberalismo reconoció que, así como el mercado tiene un rol fundamental en la economía, el Estado y el ordenamiento jurídico tienen un rol específico en ella: «(i) garantizar constitucional y legalmente la competencia frente a desviaciones que el propio mercado genera como son los monopolios y los carteles, así como (ii) garantizar la competencia leal en función del rendimiento y no de protección, subsidio o ventaja mercantilista»³⁷⁹. En este aspecto, el abogado y economista peruano Luis Gallegos Molina señala que el ordoliberalismo no se apega al liberalismo extremo, porque así se impulsa a la creación de monopolios y demás formas de concentración de poder económico, por ende, habría injusticia social; es por ello que es necesaria la intervención del Estado a modo de orden del contexto competitivo económico.

Las consecuencias de la ideología liberal aplicada radicalmente, paradójicamente se expresaban en la eliminación de la competencia y de los precios formados por ésta en el mercado ante el surgimiento de monopolios, oligopolios y demás formas concentradoras de poder económico que anulan a la larga la libertad económica y favorecen la injusticia social. El ordoliberalismo reconoce que las condiciones de existencia del mercado se encuentran más allá de la oferta y la demanda, en la intervención organizadora y normativa del Estado. La función política de primera prioridad que debe cumplir la autoridad

³⁷⁷ GALLEGOS, Luis. Óp. Cit., p. 31.

³⁷⁸ «A manera de síntesis se puede decir que el Ordoliberalismo se distancia del liberalismo en el descubrimiento y la afirmación de que el mercado por sí mismo es incapaz de generar bienestar social y que el orden competitivo no se genera y mantiene “naturalmente” en el mercado, sino sólo tendencialmente y por lo tanto tiene que ser organizado como un “programa estatal” y estar asegurado contra tendencias inmanentes de deterioro mediante el orden jurídico». Ídem, p. 32.

³⁷⁹ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 17.

estatal es el mantenimiento del orden competitivo, la eliminación de grupos de poder económico y la conformación de un ordenamiento legal obligatorio para todos los participantes en el proceso económico³⁸⁰.

En otros términos, se dice que el ordoliberalismo aspira a la libertad individual en una economía de mercado con competencia perfecta, ya que en ese escenario se alcanza el bienestar económico y social³⁸¹.

Por otro lado, la antropología filosófica cristiana (o doctrina social cristiana) alude a la injerencia de la Iglesia Católica en el contexto económico a través de las encíclicas papales³⁸², las mismas que sirvieron de base a los economistas de la Escuela de Friburgo para la construcción de su teoría acerca de la economía social de mercado. Como menciona Lourdes Flores, solo las encíclicas *Rerum Novarum* (1891) y *Quadragesimo Anno* (1931) les sirvió de baluarte para la concepción de la economía social de mercado; las posteriores fueron para comprender sus principios aplicados al contexto actual³⁸³.

Ahora bien, la Escuela de Friburgo estuvo encabezada por el economista Walter Eucken (1891-1950) y el jurista Franz Böhm (1895-1977), acompañados de los demás propulsores de la economía social de mercado, entre economistas, juristas, teólogos, filósofos sociales, sociólogos, etc.³⁸⁴ Dentro de

³⁸⁰ GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., pp. 31-32.

³⁸¹ FLORES, Lourdes. Óp. Cit., p. 15.

³⁸² Estas representativas encíclicas son *Rerum Novarum* (dictada por el Papa León XIII, 1891, versó sobre la crítica al socialismo); *Quadragesimo Anno* (Papa Pío XI, 1931, como respuesta al contexto de capitalismo y la concentración de monopolios que se generó, trató sobre los principios rectores como el bien común y la intervención subsidiaria del Estado); *Gaudium et Spes* (Papa Juan XXIII, 1965, donde enfatiza que el progreso económico está al servicio del hombre y no al revés); *Centesimus Annus* (Papa Juan Pablo II, 1991, donde destaca el papel central que cumple la persona humana, reafirmando la libertad empresarial pero enfatizando en las tareas que le corresponden al Estado, invocando, así, los principios de subsidiariedad y de solidaridad como principios ordenadores de la actuación estatal); *Caritas in Veritatis* (Papa Benedicto XVI, 2009, donde destaca el papel de la caridad y del bien común); *Laudatio Si* (Papa Francisco I, 2015, aquí destaca el deber moral de proteger el medio ambiente). Cf. Ídem, pp. 37-69.

³⁸³ Ídem, p. 36.

³⁸⁴ DURAN, Josep. "La economía social de mercado: una respuesta humanista al poder de los mercados". En MALDONADO, Jorge y Sebastián CASTILLO (editores). *Economía social de mercado. Una respuesta humanista que supera disyuntiva de Estado o mercado*. Santiago de Chile: UMC (Universidad Miguel de Cervantes); Fundación Konrad Adenauer; JC Sáez Editor SpA., 2016, p. 50.

los personajes más representativos encargados de asentar las bases del ordoliberalismo está el filósofo político e historiador Alexander Rüstow (1885-1963) y el economista Wilhelm Röpke (1899-1966).

Walter Eucken fue quien desarrolló de manera más completa la noción de ordenamiento, diferenciando el ordenamiento económico de una economía de gestión centralizada, el monopolista y el de libre competencia, inclinándose por el ordenamiento económico de libre competencia³⁸⁵. «Se confiere a EUCKEN el mérito de haber establecido la interdependencia del orden económico con todos los demás órdenes de la vida humana»³⁸⁶. Por eso, para Walter Eucken era importante que la sociedad y el Estado estén configurados apuntando a que la mayoría de seres humanos alcance una vida humana digna gracias a los bienes materiales que estos ganen en el mercado. De este modo, apelaba a un ordenamiento global donde la política económica y la política social no pueden separarse, ya que toda medida de política económica conlleva efectos sociales: «A través de la política del ordenamiento global se debe tratar —en primera instancia— de evitar el surgimiento de problemas sociales»³⁸⁷.

El jurista Franz Böhm³⁸⁸ fue el responsable del desarrollo de la ley de competencia y de la política de competencia en la República Federal de Alemania y en la actual Unión Europea en general. La ley contra las restricciones de la competencia fue necesaria tras las consecuencias del capitalismo (cárteles y concentración de empresas), ya que cuando no hay un orden mediante una ley que limite a la competencia, esta se destruye. En ese sentido, «la ley contra las restricciones de competencia, conocida a menudo

³⁸⁵ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., pp. 24-25.

³⁸⁶ Ídem, p. 26.

³⁸⁷ GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., pp. 75- 76.

³⁸⁸ HASSE, Rolf; SCHNEIDER, Hermann y Klaus WEIGELT (editores). *Diccionario economía social de mercado. Política económica de la A a la Z*. traducción de Klara Schrittenlocher y Birte Pedersen. Ciudad de México: Konrad Adenauer Stiftung; CIEDLA (Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano), 2004, p. 25.

sólo como Ley Anticártel, se convirtió en un elemento natural del orden económico y social»³⁸⁹.

Alexander Rüstow³⁹⁰ es otro de los fundadores de la economía social de mercado, quien planteó un modelo de sociedad con esferas económicas y supraeconómicas de intereses. Manifestó que mientras la economía cumple una función de servicio abocada —exclusivamente— al abastecimiento material del individuo y de la colectividad, hay otros ámbitos más importantes, como la cultura, la educación y la familia, la ética y la religión o el Estado. Es así que, por un lado, la política de ordenamiento es la encargada del ámbito económico, limitando la competencia y protegiendo al mercado de los monopolios y demás distorsiones, y, por otro lado, la política social complementa a la política de ordenamiento, con lo que resulta la denominada «política vital». Con esta política pretendió diseñar el bienestar del individuo de manera digna y humana, en general.

Las ideas de Wilhelm Röpke fueron la base de la política económica promovida por Ludwig Erhard (ministro de economía de Konrad Adenauer); asimismo, criticó la planificación central de tipo comunista y el pensamiento de John Maynard Keynes³⁹¹. El aporte más importante que resalta en Wilhelm Röpke es que se le considera ser el impulsor del humanismo económico, ya que su doctrina de la política económica estuvo fundamentada en la inviolabilidad de la dignidad humana³⁹². En otros términos, la economía social de mercado fue construida en base a una idea de estilo: la del humanismo económico³⁹³.

³⁸⁹ *Ibíd.*

³⁹⁰ *Ídem*, pp. 59-60.

³⁹¹ RESICO, Marcelo. "Las concepciones del libre mercado según Wilhelm Röpke". *Boletín de Lecturas Sociales y Económicas*, UCA (Universidad Católica Argentina), FCSE (Facultad de Ciencias Sociales y Económicas). Buenos Aires, año 8, número 35, 2001, pp. 27-28.

³⁹² FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 30.

³⁹³ TUCHTFELDT, Egon. "La economía social de mercado (un experimento de política de ordenamiento económico del siglo XX)". En GARCÍA, Santiago (director). *Economía social de mercado. Ponencias del Simposio Internacional de Economía Social de Mercado y documentación anexa*. Traducción de Santiago

Konrad Adenauer (1876-1967) es recordado por haber desempeñado un papel crucial como primer canciller en plena posguerra, participando en la redacción, preparación y promulgación de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) de 1949³⁹⁴.

Ludwig Erhard, quien fue ministro de economía de su gestión en la cancillería federal³⁹⁵, fue el promotor político más sobresaliente de este periodo, considerado el impulsor de la aplicación práctica de la economía social de mercado. Entre sus aportes propios de su función como ministro de economía —a partir de los cuales la estabilidad monetaria fue considerada una base fundamental de la economía social de mercado— están la ejecución de la reforma económica y monetaria en 1948, y el dictado de la Ley del Banco Central Alemán en 1957 (normándose su independencia y fijándose el objetivo de concretar la estabilidad del nivel de precios)³⁹⁶. Roberto Hung complementa lo señalado de la siguiente forma:

Las medidas de recuperación económica de Alemania pueden resumirse en dos aspectos muy puntuales: el primero de ellos, la liberación total de las restricciones impuestas a los precios y eliminación de las listas racionamiento; y el segundo, la reforma monetaria mediante la cual se sustituyó el marco estatal (*reichmark*) por el marco alemán (*deutsche mark*). En cuanto a las medidas de liberación de precios, eliminación de barreras y controles económicos, se

García Echevarría y María de los Ángeles Gil Estallo. Madrid: Esic (Escuela Superior de Gestión Comercial y Marketing), 1980, p. 23.

³⁹⁴ HUNG, Roberto. "El pensamiento alemán y la idea del Estado social de derecho. Una breve aproximación general (desde Adenauer hasta Alexy)". Óp. Cit., p. 484.

³⁹⁵ «Erhard fue el puntal de la administración del canciller Adenauer, en el largo período de 1949 a 1963, sucediendo en el desempeño de la cancillería federal a su antiguo mentor, en los años 1963 a 1966». DURAN, Josep. "La economía social de mercado: una respuesta humanista al poder de los mercados". Óp. Cit., p. 49. «Economista considerado el artífice del "milagro económico alemán". Para el momento en que se discutía la Ley Fundamental era el presidente del Consejo de Baviera, y durante la ocupación aliada, director del área económica de las secciones norteamericana y británica, y, luego, también de la zona francesa. Posteriormente, al asumir Adenauer la Cancillería, este lo designa ministro de Economía». HUNG, Roberto. "El pensamiento alemán y la idea del Estado social de derecho. Una breve aproximación general (desde Adenauer hasta Alexy)". Óp. Cit., pp. 485-486.

³⁹⁶ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 27.

acogió de manera plena una economía de mercado para incentivar la iniciativa privada, que en vez de ser de libre mercado se apoyaba en las ideas de la Escuela de Friburgo, desarrolladas, discutidas y planteadas por Alfred Müller-Armack, así como en las de Walter Eucken. Dichas ideas proponían y promovían la llamada economía social de mercado, como una posición intermedia, una tercera vía, entre la absoluta libertad de la economía de mercado, por una parte, y la economía planificada, por la otra, que bien podemos denominar de intervención absoluta del Estado³⁹⁷.

En definitiva, Ludwig Erhard cumplió un papel trascendental al formular esta concepción nueva del orden económico llamada economía social de mercado, teniendo en cuenta que no se inclinó ni por el colectivismo y la planificación estatal, ni por el *laissez faire* del liberalismo clásico. Erhard, citado por Ignacio Miralbell, señala: «La política de la Economía Social de Mercado viene inspirándose, desde la reforma monetaria del año 48, en la idea de armonizar, sobre la base de una economía de libre competencia, la libertad personal con un creciente bienestar y seguridad social, reconciliando a los pueblos mediante una política de aperturismo mundial»³⁹⁸.

Hay que mencionar, además, que para Ludwig Erhard el concepto de orden económico es crucial. Para ello, considera al concepto de orden desde un punto de vista extenso y panorámico: como orden vital de una comunidad (desde la familia hasta el Estado) y no solo como un orden jurídico³⁹⁹, lo cual significa que «cualquier forma de asociación humana requiere el reconocimiento de reglas del juego vinculantes para todos»⁴⁰⁰. Siguiendo esta línea, enfatizó el papel neutral que debe cumplir el Estado al precisar los alcances de la intervención del Estado en la economía⁴⁰¹. Erhard contó con altos funcionarios

³⁹⁷ HUNG, Roberto. "El pensamiento alemán y la idea del Estado social de derecho. Una breve aproximación general (desde Adenauer hasta Alexy)". Óp. Cit., p. 486.

³⁹⁸ MIRALBELL, Ignacio. "La economía social de mercado de Ludwig Erhard y el futuro del estado de bienestar". *Cuadernos de Empresa y Humanismo*, Instituto de Empresa y Humanismo de la Universidad de Navarra. Navarra, número 62, 1996, p. 7.

³⁹⁹ Ídem, p. 10.

⁴⁰⁰ Ibídem.

⁴⁰¹ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 28.

en aquel trayecto de construcción de bases de la economía social de mercado. El primordial fue Alfred Müller-Armack, quien, incluso, acuñó el término «economía social de mercado»⁴⁰² en 1947 para nombrar la política económica que se estableció en Alemania a partir de 1948, la misma que fue puesta en práctica por Ludwig Erhard⁴⁰³.

Para el sociólogo y economista Alfred Müller-Armack (1901-1978) el concepto de economía social de mercado parte de la convergencia de la libertad económica y la seguridad social (a lo que denominó «Fórmula Irenarca»⁴⁰⁴), resultado de una tercera vía entre libre mercado y la economía dirigida o de intervención.

Muy acertadamente señala que la economía social de mercado sintetiza ventajas del sistema económico de mercado, como iniciativa individual, productividad, eficiencia, tendencia a la autorregulación, con los aportes fundamentales de la tradición socialcristiana de solidaridad y cooperación, basándose en la equidad y la justicia de una sociedad. Busca combinar la libertad de acción individual dentro de un orden de responsabilidad personal y social⁴⁰⁵.

De igual modo, Müller-Armack concibió a la economía social de mercado como una idea abierta y no como una teoría cerrada, puesto que dicho concepto va en dirección a condiciones sociales cambiantes y al cambio social en general⁴⁰⁶. Es decir, consideró a la economía social de mercado ser «un modelo de conceptos y principios básicos perdurables en el tiempo, pero como una fórmula susceptible de adaptarse a los requerimientos concretos de cada

⁴⁰² DURAN, Josep. "La economía social de mercado: una respuesta humanista al poder de los mercados". Óp. Cit., p. 49.

⁴⁰³ SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSSELBERG (editores). *Conceptos básicos sobre el orden económico*. Segunda edición. Óp. Cit., p. 225.

⁴⁰⁴ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 22.

⁴⁰⁵ HUNG, Roberto. "El pensamiento alemán y la idea del Estado social de derecho. Una breve aproximación general (desde Adenauer hasta Alexy)". Óp. Cit., pp. 487-488.

⁴⁰⁶ RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Óp. Cit., p. 108.

circunstancia histórica»⁴⁰⁷. En ese sentido, menciona que para alcanzar aquel orden digno para el ser humano (libertad y justicia), la economía necesitaba una implementación política y un orden jurídico que la aplique⁴⁰⁸.

Como resultado de lo esbozado hasta el momento, el concepto⁴⁰⁹ de economía social de mercado se resumirá en los siguientes párrafos.

Podemos afirmar, entonces, que la economía social de mercado surgió como respuesta a la incapacidad que evidenciaba tanto el sistema liberal como el sistema socialista ante el contexto de posguerra. De donde resulta que los impulsores de la economía social de mercado construyeron la teoría de este orden económico acogiendo, por un lado, las ventajas del mercado (principio de la libertad de mercado), y, por otro lado, la justicia social⁴¹⁰ (principio de la equidad social): «el concepto de la *libertad* del hombre complementada por la *justicia social*»⁴¹¹.

Acorde con lo anterior, la libertad⁴¹² y la justicia social comprenden los dos valores sociales fundamentales de la economía social de mercado. Marcelo Resico resume a ambos de la siguiente manera:

La *libertad económica* implica evidentemente la ausencia de coerciones que van en contra de la esfera de derechos de la persona, y desde el punto de vista económico implica la liberación de la iniciativa individual, el espíritu de

⁴⁰⁷ FLORES, Lourdes. Óp. Cit., p. 21.

⁴⁰⁸ Ídem, p. 23.

⁴⁰⁹ «El concepto del orden económico, “economía social de mercado” encuentra su reflejo en la obra maestra de Alfred Müller-Armack “Economía dirigida y economía de mercado”, publicada, a raíz de la segunda guerra mundial, en 1946». GARCÍA, Santiago. *Empresa y orden económico*. Madrid: Esic (Escuela Superior de Gestión Comercial y Marketing), 1980, pp. 176-177.

⁴¹⁰ GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., p. 25.

⁴¹¹ RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Óp. Cit., pp. 107-108.

⁴¹² Esta, a su vez, se basa en dos principios del liberalismo económico: el individualismo (la libertad del hombre, la cual comprende el derecho de disponer libremente de la propiedad privada) y el principio de la competencia (la misma que es considerada como un instrumento rector). Cf. CLAPHAM, Ronald. “La economía social de mercado como sistema político-ordenador”. En CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA PERUANO-ALEMANA. *Economía social de mercado. Coloquio peruano-alemán organizado en Lima durante los días 29 y 30 de junio y 1 de julio de 1979 con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer*. Lima: Industrial Gráfica, 1980, p. 56.

empresa y las innovaciones que, según la teoría moderna, son las fuentes más importantes de la productividad y el crecimiento económico. Por otra parte, la *justicia social* implica la búsqueda en el plano económico de la *igualdad de oportunidades* para el despliegue de los propios talentos y se basa en la solidaridad con el resto de los ciudadanos. La justicia social es un ideal o valor social que caracteriza la convivencia humana y guía la creación de lazos sociales. De acuerdo con ella, todos los miembros de la sociedad deben participar en el bienestar así como en la creación, multiplicación y conservación de la riqueza⁴¹³.

Ahora, la economía social de mercado responde a la integración de ambos principios, en equilibrio, y no la preponderancia de uno sobre el otro, sino el complemento de ellos⁴¹⁴. Mas no se trata tan solamente de una forzada integración, ya que eso significaría que la política social sería un instrumento para arreglar los errores del mercado, sino de «una integración entre la política social y la política económica dado que un enunciado básico de la economía social de mercado es el principio de compensación social»⁴¹⁵.

Por una parte, siguiendo a Santiago García⁴¹⁶, el orden de economía social de mercado es distinto al liberalismo clásico, dado que hay la necesidad de regular los procesos en el mercado, se evidencia una integración de un sistema social y es notorio el protagonismo del Estado. Ronald Clapham, durante su ponencia en el Coloquio peruano-alemán organizado en Lima en el año 1979, explicó estos tres aspectos diferenciales así:

La diferencia consiste en primer lugar en que ahora se entiende el orden de la economía de mercado como un sistema de reglas e instituciones organizado

⁴¹³ RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Óp. Cit., p. 111.

⁴¹⁴ Ídem, pp. 110-111. Del mismo modo, Santiago García señala: «Cuando se define a la economía social de mercado como una determinada ordenación de la vida económica y social, no se trata de adicionar los componentes mercado y social, sino de establecer una estructura que integre en todas sus relaciones ambos componentes». GARCÍA, Santiago. *Empresa y orden económico*. Óp. Cit., p. 181.

⁴¹⁵ GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., p. 75.

⁴¹⁶ GARCÍA, Santiago. *Empresa y orden económico*. Óp. Cit., p. 184.

por el Estado de manera consciente, con un objetivo determinado, sistema que se construye de acuerdo a los conceptos de un orden liberal y social. Consecuente con esto, al Estado liberal se le asignan funciones ordenadoras y rectoras. Estas funciones constituyen y garantizan las condiciones jurídicas básicas de la ESM y contribuyen a que el desarrollo del proceso económico no sea obstaculizado. En segundo lugar, la diferencia entre la ESM y la economía capitalista de mercado radica en que la primera ubica los objetivos sociales en el mismo nivel que los objetivos económicos de la eficiencia. En este sentido se trata de encontrar un equilibrio en lo social desde el punto de vista material, pero igualmente se busca un equilibrio entre las fuerzas económicas. La participación de los trabajadores en los procesos de generación de una voluntad colectiva y de la toma de decisiones en la economía que se ejerce dentro del marco de la cogestión legalmente garantizada, constituye igualmente una de las características de este nuevo modelo de economía de mercado. Y finalmente hay una tercera diferencia: El Estado está obligado a practicar una política económica activa, y en especial una política de estabilidad y de crecimiento, empleando necesariamente medios conformes con la situación del mercado⁴¹⁷.

Por otra parte, la economía social de mercado, ya que considera que el solo sistema de economía de mercado no abastece al aspecto social de la sociedad, busca integrar un sistema de seguridad social para el individuo conjuntamente con el orden de competencia en el mercado⁴¹⁸. En ese sentido, destaca el carácter dual como esencia de la economía social de mercado: «El hombre como ser libre encuentra sus cauces en el mercado, la libre iniciativa y la propiedad privada. Pero lo social es inmanente al régimen social de mercado y encuentra sus cauces en la acción estatal, regulando los desbordes del mercado, efectuando las compensaciones sociales que el mercado no es capaz

⁴¹⁷ CLAPHAM, Ronald. "La economía social de mercado como sistema político-ordenador". Óp. Cit., pp. 56-57.

⁴¹⁸ GARCÍA, Santiago. *Empresa y orden económico*. Óp. Cit., p. 185.

de lograr por sí solo, y conduciendo el desarrollo de la sociedad en su conjunto»⁴¹⁹.

Cabe resaltar, además, que la base (el elemento central) de la economía social de mercado es el régimen de competencia⁴²⁰:

No se trata de una mera formulación teórica. En la República Federal de Alemania, la experiencia recogida desde fines del siglo XIX con carteles empresariales, acuerdos de precios, concentración económica, y poder económico, llevó a la convicción de que la concentración del poder económico había distorsionado los mercados, había generado previamente desequilibrio y, además, había aumentado la posibilidad de crisis en la economía alemana. La competencia es, por tanto, la palabra clave de la ESM, y competencia no sólo en el plano interno, sino también en el plano externo, a través de una política de comercio exterior liberal⁴²¹.

Sin embargo, el hecho de que la competencia sea un elemento central para el desenvolvimiento de la economía social de mercado, no quiere decir que sea autosuficiente, sino que debe estar ser creada y respaldada por un marco general de reglas⁴²². En ese tenor, el Estado, además de crear el ordenamiento respectivo, debe vigilar estas reglas de juego y asegurarse de que se respeten para evitar su vulneración. Razones por las cuales, la economía social de mercado considera de manera imprescindible que esté presente los controles y limitaciones para el desenvolvimiento de las actividades

⁴¹⁹ MÁRQUEZ, Pedro. *Economía social de mercado. Hacia un orden de libertad, crecimiento y justicia*. Segunda edición. Lima: Instituto José Faustino Sánchez Carrión, 1990, p. 27.

⁴²⁰ RADKE, Detlef. *Economía social de mercado: ¿una opción para los países en transición y en desarrollo?* Segunda edición. Buenos Aires: CIEDLA (Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano); Konrad Adenauer, 1996, p. 18.

⁴²¹ HARTWIG, Karl-Hans. "Democracia política y economía social de mercado: elementos y principios básicos". En SEMINARIO SOBRE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO: ALTERNATIVA PARA EL DESARROLLO PERUANO (1989: LIMA, PERÚ). *Economía social de mercado: alternativa para el desarrollo peruano*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico; Fundación Konrad Adenauer, 1991, pp. 30-31.

⁴²² HARTWIG, Karl-Hans. "El rol del Estado en la economía social de mercado: elementos y principios básicos". En SEMINARIO SOBRE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO: ALTERNATIVA PARA EL DESARROLLO PERUANO (1989: LIMA, PERÚ). *Economía social de mercado: alternativa para el desarrollo peruano*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico; Fundación Konrad Adenauer, 1991, p. 104.

económicas: «Los excesos deben ser controlados mediante instrumentos legales, las desigualdades deben ser corregidas (principalmente en el caso de los recursos necesarios para la reproducción de la vida), para generar esquemas que en su conjunto orienten el bienestar de la sociedad mediante la combinación de crecimiento económico y mayor justicia social»⁴²³.

Por esta razón, en una economía social de mercado el Estado agrupa sus tareas en un par de aspectos: la conformación del orden económico (aquel marco legal-institucional para el adecuado funcionamiento de la competencia) y el diseño y ejecución de la política social (destacando la función redistributiva de los ingresos a través del gasto social)⁴²⁴.

Dicho lo anterior, resulta necesario mencionar que la economía social de mercado encuentra su origen en el liberalismo. A partir de este, surgieron diversos y distintos modelos económicos; entre estos, el modelo liberal clásico y el modelo ordoliberal. El segundo se diferencia del primero, principalmente, porque desarrolla una concepción distinta del rol del Estado en la economía: «[...] asignan al Estado la función de crear condiciones dentro de las cuales la actividad económica se desarrolle en forma libre y aseguren la eficiencia competitiva»⁴²⁵. Por ende, los elementos fundamentales del modelo ordoliberal sirvieron para construir el modelo de economía social de mercado. Sin embargo, la economía social de mercado refleja un «perfil propio», el cual incide en el ámbito social; puesto que el ordoliberalismo considera que en una economía de mercado con régimen de competencia es, de por sí, social, y, por lo tanto, el término «social» sería redundante⁴²⁶.

Es más, la economía social de mercado es considerada como una «tercera opción» entre el liberalismo (economía de mercado) y el socialismo

⁴²³ RIVADENEIRA, Juan. *Economía social de mercado*. Quito: Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 9.

⁴²⁴ GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., p. 89.

⁴²⁵ RADKE, Detlef. *Economía social de mercado: ¿una opción para los países en transición y en desarrollo?* Óp. Cit., p. 15.

⁴²⁶ Ídem, pp. 15-16.

(justicia social)⁴²⁷. Esta «tercera vía» no resulta de la mezcla de ellos, sino que, por el contrario es una vía autónoma que «concede un espacio adecuado a la libertad y eficiencia individuales, pero que a su vez va incorporando simultáneamente dentro del sistema mismo afirmaciones y correcciones sociales»⁴²⁸.

Por consiguiente, el orden de la economía social de mercado es un sistema flexible y adaptable según el contexto⁴²⁹; motivo por el cual, en su momento, los impulsores de la economía social de mercado no la definieron con exactitud, ya que tomaron en cuenta su carácter de concepto abierto⁴³⁰, cambiante de acuerdo al cambio económico y social de la época⁴³¹, lo que quiere decir que sus principios. Así, por ejemplo, en los ochenta el concepto se amplió tras sumarse la dimensión ecológica a lo ya considerado hasta ese entonces: «Libertad personal, eficiencia económica, justicia social y preservación de las bases naturales de la vida, son ahora los criterios que

⁴²⁷ Ídem, p. 17.

⁴²⁸ TIETMEYER, Hans. “Las bases históricas y el desarrollo de la economía social de mercado en la República Federal de Alemania”. Óp. Cit., p. 30.

⁴²⁹ BENECKE, Dieter. “Economía social de mercado: ¿Puede imitarse el modelo alemán en América Latina?”. En MALDONADO, Jorge y Sebastián CASTILLO (editores). *Economía social de mercado. Una respuesta humanista que supera disyuntiva de Estado o mercado*. Santiago de Chile: UMC (Universidad Miguel de Cervantes); Fundación Konrad Adenauer; JC Sáez Editor SpA; 2016, p. 24.

⁴³⁰ «La ESM no constituye un sistema dogmático o cerrado en cuanto intenta combinar la libertad económica en el mercado con el equilibrio social. La denominamos un “sistema abierto” y con esto queremos expresar lo siguiente: Sobre la base de unos pocos principios, es decir: la libertad, la competencia a través del mejor rendimiento, la justicia social y la seguridad social, se han establecido reglas e instituciones consistentes en las cuales esperamos la solución óptima de los problemas económicos y sociales de nuestra sociedad. Dichas reglas e instituciones deberán ser revisadas siempre de nuevo a la luz de nuevas experiencias. Bajo ciertas circunstancias —pero sin perjuicio de los principios fundamentales— deberán ser modificadas o ampliadas». CLAPHAM, Ronald. “La economía social de mercado como sistema político-ordenador”. Óp. Cit., p. 77.

⁴³¹ «Esto significa que si bien los orígenes de la economía social de mercado se encuentra en Alemania, ello no implica que este sistema haya sido totalmente desarrollado en este país, y que ahora pretendamos comprar un producto de exportación alemán, por muy buenos resultados que haya tenido al crear las bases del resurgimiento y tremendo poder de la economía alemana. Muy por el contrario, la economía social de mercado a diferencia de los conceptos utópicos o los modelos rígidos, propios de las corrientes marxistas, es un ordenamiento fundado en ciertos principios básicos y generales, dejando amplio margen para la adecuación a las diferentes realidades de cada sociedad». MÁRQUEZ, Pedro. *Economía social de mercado. Hacia un orden de libertad, crecimiento y justicia*. Óp. Cit., p. 22.

definen el ámbito de competencia dentro del cual la política deberá demostrar su capacidad»⁴³².

A modo de conclusión, teniendo en cuenta las bases de la economía social de mercado que han sido expuestas, ¿podríamos calificarla como una economía personalista? Para que ello sea así, la dignidad de la persona humana tendría que ser plenamente reconocida⁴³³. Y, efectivamente, tal como lo explaya Lourdes Flores, la economía social de mercado es personalista debido a que el ser humano es el personaje central de aquel orden socioeconómico; estamos ante un sistema flexible que brega por mantener el equilibrio entre libertad y justicia social; el mercado se sustenta en principios ordenadores; e integra los principios de subsidiariedad y de solidaridad al mercado:

- a. Es un modelo económico concebido con el ser humano como centro de su atención y como razón de su concepción. El haber sido pensado tras la culminación de la segunda guerra mundial, enfrentando los estragos del nazismo, hizo que sus padres fundadores concibieran la Economía Social de Mercado como un modelo esencialmente humanista.
- b. Es un modelo económico flexible, sustentado en principios, que se inspira en la denominada Fórmula Irenarca de MÜLLER ARMACK: libertad y compensación (justicia). Ese equilibrio es la mejor expresión de su personalismo [...].
- c. La defensa del mercado como factor fundamental en la generación de la riqueza así como la eficiencia y la utilidad que deben generarse, se sustenta en unos principios ordenadores. Así, el principio de maximización de la utilidad tiene también como contraparte el principio de equidad. La ética está presente en la Economía Social de Mercado.
- d. Es un modelo económico esencialmente descentralista que permite reconocer la pluralidad existente y procurar la integración armónica. La

⁴³² RADKE, Detlef. *Economía social de mercado: ¿una opción para los países en transición y en desarrollo?* Óp. Cit., p. 18.

⁴³³ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro.* Óp. Cit., p. 86.

concepción de persona es la de un ser integrado social y culturalmente. Frente a una versión individualista, la Economía Social de Mercado concibe a la persona como un ser social y reconoce unos principios ordenadores de su vida en sociedad. Por ello, los principios de subsidiariedad y de solidaridad permiten reconocer la diversidad cultural, étnica o social, valorar su aporte diferenciado e integrarla al mercado, con pleno respeto a la diferencia⁴³⁴.

Diversos autores se han pronunciado respecto a cuáles son los elementos predominantes en la economía social de mercado. Por ejemplo, Karl-Hans Hartwig considera que son tres: la competencia, un sistema monetario cuya preocupación principal sea asegurar la estabilidad de la moneda y la creación de un ordenamiento social⁴³⁵. Por su parte, Juan Rivadeneira señala que son cinco: la iniciativa privada, la propiedad privada, la competencia, la responsabilidad del individuo y la libertad de realizar contratos⁴³⁶.

⁴³⁴ Ídem, pp. 86-87.

⁴³⁵ «El elemento central es, pues, la competencia. No se trata de una mera formulación teórica. En la República Federal de Alemania, la experiencia recogida desde fines del siglo XIX con carteles empresariales, acuerdos de precios, concentración económica, y poder económico, llevó a la convicción de que la concentración del poder económico había distorsionado los mercados, había generado previamente desequilibrio y, además, había aumentado la posibilidad de crisis en la economía alemana. La competencia es, por tanto, la palabra clave de la ESM, y competencia no sólo en el plano interno, sino también en el plano externo, a través de una política de comercio exterior liberal.

El segundo elemento es un sistema monetario que tiene como función principal asegurar la estabilidad de la moneda y del dinero. Todos sabemos que la inflación genera tremendos costos económicos para todos; pero fueron nuevamente las experiencias alemanas de hiperinflación las que hicieron que los responsables se preocuparan especialmente por lograr una moneda estable. [...] El tema que se planteaba en este contexto era determinar si un marco monetario estable bastaba para evitar fluctuaciones coyunturales, vale decir, si además de una política monetaria se requería también una activa política coyuntural.

Finalmente, el tercer aspecto en el diseño de una ESM es la creación de un ordenamiento social. Es aquí donde se deben nivelar los ingresos que se generan en el mercado y la consiguiente distribución de los ingresos. Al mismo tiempo, se debe encontrar la manera de conseguir que aquellos que son económicamente débiles o que están marginados del desarrollo del mercado puedan llevar una vida digna. Esto, por otra parte, supone también una estrategia a largo plazo por cuanto el desequilibrio social provoca resistencia al orden económico social de aquellos grupos que se ven discriminados o desfavorecidos». HARTWIG, Karl-Hans. "Democracia política y economía social de mercado: elementos y principios básicos". Óp. Cit., pp. 31-32.

⁴³⁶ «• *Iniciativa privada*: cuyo protagonista es el sector privado como motor de la reproducción de la actividad económica. Por su parte el Estado goza de un espacio reservado en la provisión de servicios públicos y, en general, la responsabilidad de procurar por un ambiente beneficioso para un adecuado desenvolvimiento del sector privado.

2. PRINCIPIOS DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

En el presente apartado desarrollaremos los principios de la economía social de mercado, los cuales hemos ordenado teniendo en cuenta la estructura que ha propuesto el economista argentino y profesor de la Universidad Católica Argentina, Marcelo F. Resico —voz autorizada en el estudio e investigación de la economía social de mercado— en su libro *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*.

El pionero en la clasificación fue Walter Eucken, de quien nos referimos en el acápite anterior. Eucken los organizó en siete principios estructurales (también denominados constituyentes o constitutivos) y en cuatro principios reguladores⁴³⁷. Dentro de los primeros está la primacía de la política monetaria para preservar la estabilidad de la moneda, los mercados abiertos (el libre acceso a los mercados: el libre ejercicio de la actividad económica), propiedad privada de los medios de producción, libertad de contratación (libertad contractual), responsabilidad para que la rentabilidad provenga del rendimiento, una política económica sistemática y permanente para evitar inseguridad para las personas, conexión económica; mientras que dentro de los segundos está el adecuado control estatal de los monopolios, política de ingresos para corregir la distribución de ingresos que determina el mercado, cálculo económico en base al principio del contaminador-pagador (promoción de actividades económicas sustentables), política de mercado laboral y remuneración mínima.

-
- *Propiedad privada*: como elemento esencial para un adecuado desempeño de las iniciativas de los privados. Como una manera de control, se apela a la responsabilidad social de su uso.
 - *Competencia*: como motor del ejercicio pleno de la libertad económica, pero con limitaciones que permitan su efectiva existencia, por ejemplo: control de concentración.
 - *Responsabilidad del individuo*: orientada al bienestar común y reconociendo la intervención necesaria del Estado sobre los casos en que se presenten desventajas relativas.
 - *Libertad de realizar contratos*: este concepto debe ser abordado de la manera más amplia posible, desde lo económico pasando por lo laboral, cuyo principal factor de eficiencia radica en el respeto a los marcos legales existentes». RIVADENEIRA, Juan. *Economía social de mercado*. Óp. Cit., pp. 8-9.

⁴³⁷ SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSSELBERG (editores). *Conceptos básicos sobre el orden económico*. Óp. Cit., pp. 103-106. RADKE, Detlef. *Economía social de mercado: ¿una opción para los países en transición y en desarrollo?* Óp. Cit., pp. 18-19. GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., pp. 45-73. FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., pp. 25-26.

Solo a modo de panorama general, es importante señalar que hay diversas propuestas para la clasificación de estos principios. Por ejemplo, Miguel von Hoegen⁴³⁸ considera que los principios económicos y sociales van interrelacionados, motivo por el cual los resume en cuatro: la libertad económica, la propiedad privada, la acción subsidiaria del Estado y la compensación social. Por su parte, Josep Duran⁴³⁹ continúa la tradición de los estudiosos de la economía social de mercado y enfatiza aquellos tres principios fundamentales propios de ella: la libertad y la responsabilidad personales, la solidaridad y la subsidiariedad. Finalmente, Juan Rivadeneira⁴⁴⁰ los clasifica en principios generales (responsabilidad individual, la solidaridad y la subsidiariedad), encargados de definir a la economía social de mercado, y en principios operaciones (propiedad privada, libertad de competencia, responsabilidad individual, precios definidos por el mercado, información imperfecta, y precio del trabajo), los que permiten llevar a la práctica a los principios generales. Luis Gallegos⁴⁴¹ ordena los principios considerando, por un lado, la política del orden de competencia y, por otro lado, los principios propios de la política social.

Dentro de la primera clasifica a los principios basándose en la estructuración aportada por Walter Eucken (principios constitutivos y principios regulados, como lo ya expuesto en líneas anteriores); mientras que dentro de la segunda considera al principio del Estado social, principio de compensación social, principio de la solidaridad social, principio de subsidiariedad, principio de la descentralización, principio de la participación y principio de la justicia. Herbert Schmidt⁴⁴² estableció que los principios en la política social son tres:

⁴³⁸ HOEGEN, Miguel von. *La economía social de mercado: ¿una opción para Guatemala?* Ciudad de Guatemala: Universidad Rafael Landívar, IDIES (Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales), 1999, pp. 57-59.

⁴³⁹ DURAN, Josep. "La economía social de mercado: una respuesta humanista al poder de los mercados". Óp. Cit., pp. 52-54.

⁴⁴⁰ RIVADENEIRA, Juan. *Economía social de mercado*. Óp. Cit., pp. 10-11.

⁴⁴¹ GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., pp. 45-81.

⁴⁴² SCHMIDT, Herbert. "Política social en un orden de economía social de mercado". En GARCÍA, Santiago (editor). *Economía social de mercado. Ponencias del Simposio Internacional de Economía Social de*

principio de Estado social como *leit-maxime* del derecho constitucional, principio de solidaridad y subsidiariedad, y principio de la justicia respecto a la aportación.

Nosotros tomaremos en cuenta, principalmente, tal como fue señalado al inicio, la estructura de Marcelo F. Resico⁴⁴³, ya que nos parece la más sistematizada y didácticamente ordenada, pero, a su vez, consideraremos, también, algunos elementos de clasificación de los otros autores.

2.1. Principios socio-políticos

Los principios socio-políticos son considerados los principios fundamentales, los cuales provienen del punto de origen social-cristiano.

2.1.1. Principio del Estado social

Herbert Schmidt atribuye a este principio ser el «leit-maxime del derecho constitucional»: «El *principio de Estado Social* se refleja en aquellas normas vinculantes que, de forma preceptiva, definen las actuaciones sociales y que regulan los comportamientos en la Sociedad de forma que se cumpla lo prescrito en la Constitución»⁴⁴⁴.

A diferencia de la economía de mercado, en la economía social de mercado el solo marco legal económico no es suficiente para hacer efectivos los derechos fundamentales sociales, sino que el orden legal económico debe cumplir condiciones adicionales⁴⁴⁵. «De esto se puede deducir el derecho y la

Mercado y documentación anexa. Traducción de Santiago García Echevarría y María de los Ángeles Gil Estallo. Madrid: Esic (Escuela Superior de Gestión Comercial y Marketing), 1980, pp. 74-77.

⁴⁴³ Resico divide a los principios de la economía social de mercado en principios sociopolíticos (principio de responsabilidad personal, principio de solidaridad, principio de subsidiariedad y principio de consenso) y principios económicos (principios estructurales y reguladores [dentro de los cuales están los principios propuestos por Walter Eucken], principios de proceso de mercado e intervención, principio de política de ordenamiento y política de procesos y principio de un Estado fuerte y limitado). Cfr. RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Óp. Cit., pp. 113-125.

⁴⁴⁴ SCHMIDT, Herbert. "Política social en un orden de economía social de mercado". Óp. Cit., p. 74.

⁴⁴⁵ GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Segunda edición. Óp. Cit., p. 78.

obligación del Estado en las actividades de [p]olítica [s]ocial y en lo que respecta a la legislación social»⁴⁴⁶.

Por ello, es crucial que el Estado asuma la condición de Estado social, creando, de esta manera, condiciones materiales para la colectividad, para que estos gocen de derechos como la protección de la dignidad humana (mediante condiciones laborales óptimas), el libre desarrollo de la personalidad, la no discriminación, la libertad de asociación, la garantía de la propiedad privada, etc.⁴⁴⁷

2.1.2. Principio de responsabilidad personal

Este principio aterriza en el principio de la dignidad de la persona humana: «[...] el núcleo de la relación económica de este principio es que la autonomía posibilita el ámbito del mejor desarrollo de la iniciativa propia, del espíritu de laboriosidad y de empresa y, asimismo, de la capacidad de crear e innovar para afrontar la satisfacción de las necesidades o para utilizar de un mejor modo los recursos con que se cuenta»⁴⁴⁸.

Asimismo, el principio de responsabilidad personal alude al rendimiento de cada individuo de la sociedad. En este sentido, la regulación estatal debe intervenir para corregir las desigualdades provocadas por las ventajas de algunos individuos sobre otros⁴⁴⁹. Consecuentemente, «el Estado desempeña un papel de regulador y busca promover condiciones mínimas necesarias para garantizar la competencia»⁴⁵⁰.

La iniciativa privada y el rol de los agentes en el mercado no pueden sustentarse en una libertad irrestricta, sino que deberán encontrar sus límites y medidas en primer lugar, en una actuación normativa del Estado pero además

⁴⁴⁶ SCHMIDT, Herbert. "Política social en un orden de economía social de mercado". Óp. Cit., p. 74.

⁴⁴⁷ GALLEGOS, Luis. Loc. Cit.

⁴⁴⁸ RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Óp. Cit., p. 113.

⁴⁴⁹ RIVADENEIRA, Juan. *Economía social de mercado*. Óp. Cit., p. 10.

⁴⁵⁰ ÁLVAREZ, Ernesto. "El modelo económico en la Constitución peruana". *Ius et Veritas*. Lima, número 48, 2014, p. 265.

por en las propias actividades que desempeñen los privados, las que sin duda deberán estar en consonancia con el interés general de la sociedad. Dicho lo anterior, el Estado está férreamente llamado a asegurar el mantenimiento real de condiciones que faciliten el ejercicio de la libertad de la iniciativa económica de los agentes del mercado.

En ese sentido, la intervención del Estado en relación con la responsabilidad individual importa una doble concepción: puede abordarse desde una perspectiva negativa, absteniéndose de promulgar normas que injustificadamente restrinjan la iniciativa de los particulares y desde una óptica positiva, estableciendo un cuerpo normativo orientado a la remoción de obstáculos que traben y priven de libertad a los agentes que participan en el mercado⁴⁵¹.

2.1.3. Principio de compensación social

Para entender el principio de compensación social, debemos recordar que el mercado es incapaz de corregir, por sí solo, desequilibrios en la distribución del ingreso y los patrimonios. De manera que es necesario que el Estado establezca un escenario donde haya igualdad de oportunidades y un acceso equitativo y abierto a los mercados y a los procesos productivos: «No se trata de compensar desigualdades que son propias a la esencia de los individuos, sino aquellas que emanan de factores ajenos a él: paro involuntario, crisis económicas (recesión, inflación), guerras etc.»⁴⁵².

Bajo el mismo tenor, el principio de compensación social aparece puesto que la libertad de mercado incita a que se produzca escenarios de concentración de riqueza, conllevando a que la pobreza afecte a gran parte de los sectores, lo cual el Estado no debe permitir en razón de su deber de

⁴⁵¹ Ídem, p. 266.

⁴⁵² GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Segunda edición. Óp. Cit., p. 79.

satisfacción de las necesidades básicas que debe proveer a su población⁴⁵³. Como manifestación de este principio, y con el ánimo de lograr un equilibrio entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado, está «la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables»⁴⁵⁴.

2.1.4. Principio de solidaridad

En primer lugar, y por más de que la denominación parezca relacionarse con la «caridad», el principio de solidaridad tiene que ver poco con ella; sino, más bien, se refiere a aquello que aporta cada uno de los actores en aras del desarrollo social⁴⁵⁵. Este principio dice que todas las personas están en una «relación recíproca de adhesión innata y de obligación mutua»⁴⁵⁶.

«La solidaridad se basa en una interrelación y responsabilidad mutua, éticamente fundada, entre los integrantes de grupos sociales (familia, comunidad, comunidad de asegurados)»⁴⁵⁷. De esta manera, el principio de solidaridad promueve el respeto y la responsabilidad por los demás; además de incidir en el ámbito empresarial, ya que se fomenta la cooperación y el trabajo en equipo⁴⁵⁸.

Este principio deriva de lo señalado en el artículo 43 de la Constitución (cláusula de Estado social y democrático de derecho). De esta manera, envuelve al compromiso del Estado, el de las personas naturales y el de las personas jurídicas para cumplir los fines sociales del Estado, para que vaya acorde a los lineamientos de la economía social de mercado: «atender al interés general a fin de que el orden económico no se desarrolle al margen de

⁴⁵³ HOEGEN, Miguel von. *La economía social de mercado: ¿una opción para Guatemala?* Óp. Cit., pp. 58-59.

⁴⁵⁴ STC Expediente N.º 00048-2004-AI/TC, fundamento 18.

⁴⁵⁵ RIVADENEIRA, Juan. *Economía social de mercado*. Óp. Cit., p. 10.

⁴⁵⁶ GALLEGOS, Luis. Óp. Cit., pp. 79-80.

⁴⁵⁷ RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Óp. Cit., p. 114.

⁴⁵⁸ Ídem, p. 115.

las necesidades de quienes se encuentran en una situación de desventaja socioeconómica»⁴⁵⁹.

A su vez, la solidaridad busca la valoración y el cuidado de lo público. Es por ello que este principio sufre una falencia, se quebranta, cuando surge un acto de corrupción⁴⁶⁰.

Marcelo Resico hace la referencia de que este principio señala que los puntos en común de las condiciones de vida y la convergencia de intereses deben ser «la base de la ayuda mutua». En ese sentido, el Estado debe ser el último garante de prestación de prevención y previsión social, estando primero la persona y la familia⁴⁶¹. Lo anterior debido a que las relaciones económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios requiere de una constante interacción entre los distintos niveles de organización social, desde la familia hasta la organización estatal⁴⁶².

Cabe resaltar que, además de la subsidiariedad, la solidaridad estatal es otro de las principales consideraciones para la participación del Estado en la economía social de mercado, puesto que alude a la política social que el Estado

⁴⁵⁹ LANDA, César. "Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución Económica de 1993". *Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, número 3, 2007, p. 46.

⁴⁶⁰ RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Loc. Cit.

⁴⁶¹ *Ibidem*.

⁴⁶² «El hombre es un ser social, de modo que la existencia personal tiene lugar en el seno de una serie de círculos sociales, cada vez más amplios, algunos concéntricos, y algunos superpuestos, alrededor del individuo humano, el más importante y más próximo de los cuales es la familia, pasando por el municipio, la comunidad productiva (empresa, escuela, universidad, hospital), el gremio, la comarca, la región, la nación, llegando a las organizaciones supranacionales y supraestatales. El acto económico, la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, no tiene lugar en islas comunicadas. La prosperidad económica, y en su defecto, la escasez, debe ser compartida en el seno de todos estos círculos, en la magnitud y con la intensidad que sea razonable». DURAN, Josep. "La economía social de mercado: una respuesta humanista al poder de los mercados". *Óp. Cit.*, p. 53. «El principio de solidaridad obliga a los ciudadanos a colaborar con quienes enfrenten necesidades, otorgándoles su ayuda personal o uniéndose con otros en organizaciones creadas para tal fin. En el caso de que el individuo no se halle en posibilidad de cumplir con su obligación de ayudarse a sí mismo, primero debe intervenir la familia, luego los vecinos, después las organizaciones sociales y finalmente el Estado, al que le corresponde, entre otras funciones, a través de la seguridad social, proporcionarle servicios de salud, desempleo, jubilación, además de otras prestaciones, todas las cuales deben tener un límite». HURTADO, Osvaldo. "Neoliberalismo y economía social de mercado". En MALDONADO, Jorge y Sebastián CASTILLO (editores). *Economía social de mercado. Una respuesta humanista que supera disyuntiva de Estado o mercado*. Santiago de Chile: UMC (Universidad Miguel de Cervantes); Fundación Konrad Adenauer; JC Sáez Editor SpA., 2016, pp. 83-84.

ofrece a sus ciudadanos: provisión (servicios de salud) y prevención social (a través de los servicios públicos, seguridad, infraestructura, para anticiparse ante posibles afectaciones a los ciudadanos; por ejemplo, el servicio de alcantarillado), mostrando, de esta manera, lo fuerte, competente y eficiente que debe ser el Estado en una economía social de mercado⁴⁶³.

En ese sentido, Ernesto Álvarez señala que el principio de solidaridad garantiza el actuar del Estado como árbitro, debido a que, así, el Estado será el encargado de reparar las injusticias tras la vulneración de dicho principio. Asimismo, señala la importancia de que tampoco se caiga en el error de pensar en el Estado paternalista que desincentive al esfuerzo y sea perjudicial para el libre desenvolvimiento del mercado, ya que atentaría contra el bien común:

Este principio no debe, de ninguna manera, conducirnos al yerro de pensar que, a rajatabla, se debe asistir al menos favorecido sin permitirle dejar de necesitar del asistencialismo estatal, muy por el contrario, se deben elegir los instrumentos apropiados de la solidaridad que eviten el absentismo y el desincentivo al esfuerzo. Y es que, corresponde al Estado amparar aspectos esenciales que, a todas luces, se hacen necesarios para preservar dignamente a los individuos de la sociedad, como lo son por ejemplo, la provisión de salud, educación y seguridad (por citar algunos ejemplos). Aquí hay que pensar especialmente en la protección de quienes por naturaleza son los más desvalidos en la sociedad: enfermos, los niños y los ancianos.

Es justamente en este contexto donde se hace presente el principio de solidaridad en el marco de la Economía Social de Mercado pues se debe considerar que el Estado en su faz social tiene que prestar, dentro de lo posible, *ayuda para la autoayuda* a fin de evitar convertirse en un Estado benefactor total, pues de ser así paralizaría el funcionamiento de la economía de mercado, tan importante para el bien común.

⁴⁶³ RIVADENEIRA, Juan. *Economía social de mercado*. Óp. Cit., pp. 20-21.

No es menos cierto que esta fórmula no garantiza en plenitud el principio de solidaridad pues con el paso de los años, la calidad de la prestación de algunos servicios públicos se ha ido degradando. Es por ello que resulta imperativo reconocer el papel del privado como una alternativa para la prestación de servicios en la sociedad. En suma, se trata de encontrar nuevos caminos, nuevos modelos de solidaridad social paraestatales⁴⁶⁴.

Por otro lado, el principio de solidaridad es garante para que ningún grupo sea favorecido, sino que, por el contrario, tengan las mismas probabilidades a la hora de participar en las reglas de juego⁴⁶⁵.

2.1.5. Principio de subsidiariedad

Este principio tiene su razón de ser en que ya que la iniciativa privada es la protagonista en la economía social de mercado, tiene que surgir la subsidiariedad del Estado como aquella «herramienta de corrección de las inequidades y procura la justicia social»⁴⁶⁶. Como su nombre lo dice, parte de «subsidio» (ayuda, colaboración), aunque, a estas alturas, es como referirse a «supletoriedad», ya que el Estado debe suplir aquello que la sociedad no puede realizar⁴⁶⁷. Es ahí cuando el Estado debe tener en cuenta el artículo 60 de la Constitución toda vez que le corresponda actuar como empresario.

Julio Alvear deja en claro que cuando hablamos de un Estado subsidiario tampoco nos referimos a un Estado «paralítico», sino, más bien, a uno que cumple con importantes tareas: «Una autoridad subsidiaria no es una autoridad *paralítica*: es el poder socialmente reconocido cuya misión es la de *fomentar*,

⁴⁶⁴ ÁLVAREZ, Ernesto. “El modelo económico en la Constitución peruana”. Óp. Cit., p. 267.

⁴⁶⁵ «La solidaridad presupone que el orden económico construido de acuerdo a dichas reglas de juego no favorece únicamente a un solo grupo. Al contrario, las posibilidades de ganar o perder deberán ser distribuidas más o menos equitativamente entre los grupos de la sociedad. Solo entonces, si existen oportunidades iguales para todos dentro de las reglas de juego, el sistema económico será políticamente aceptado y defendido por todos los ciudadanos». CLAPHAM, Ronald. “La economía social de mercado como sistema político-ordenador”. Óp. Cit., p. 78.

⁴⁶⁶ RIVADENEIRA, Juan. Óp. Cit., p. 10.

⁴⁶⁷ German Bidart citado en ÁLVAREZ, Ernesto. “El modelo económico en la Constitución peruana”. Óp. Cit., p. 267.

estimular, ordenar, suplir y complementar (fovet, excitat, ordinat, supplet atque complet) la actividad de los particulares»⁴⁶⁸.

El principio de subsidiariedad fue plasmado por primera vez en la encíclica *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI en 1931. Por lo tanto, podemos decir que este principio como rector del régimen económico de economía social de mercado es un aporte de la doctrina social de la Iglesia: «El Compendio de Doctrina Social de la Iglesia define este principio (punto 186), diciendo que “todas las sociedades de orden superior deben ponerse en una actitud de ayuda (“subsidium”) -por tanto de apoyo, promoción, desarrollo- respecto de las menores”»⁴⁶⁹.

Este principio alude a la preeminencia que desempeña la autoridad más cercana a la persona natural como responsable de las decisiones sociales. En otras palabras, por ejemplo, son las asociaciones de la sociedad civil las que prevalecen frente al Estado. Sin embargo, cuando se trata de funciones que, por su naturaleza, solo pueden estar a cargo de la autoridad superior (el Estado), esta ejerce su función supletoria, bien de manera constante (por ejemplo, la política monetaria) o de forma temporal (por ejemplo, la intervención del Banco Central de Reserva en una entidad financiera que vive una etapa de crisis)⁴⁷⁰.

Basándose en este principio de subsidiariedad, la economía social de mercado propulsa que el Estado delegue la mayor cantidad de funciones de acción y supervisión a instituciones autónomas como el Banco Central de Reserva, los gremios de los sectores económicos, la Superintendencia de Banca y Seguros, las ONG, etc.⁴⁷¹. Es decir, el Estado debe intervenir en la economía solo cuando «la libre competencia y la cooperación asociativa no

⁴⁶⁸ ALVEAR, Julio. “Las nocivas tendencias del neocapitalismo: ¿economía liberal o economía social de mercado?”. *Revista Actualidad Jurídica*. Santiago de Chile-Concepción, número 30, 2014, p. 247.

⁴⁶⁹ DURAN, Josep. “La economía social de mercado: una respuesta humanista al poder de los mercados”. *Óp. Cit.*, p. 53.

⁴⁷⁰ RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. *Óp. Cit.*, pp. 115-116.

⁴⁷¹ *Ibíd.*

alcancen a asignar con justicia (conmutativa y distributiva) los bienes y servicios que se producen en el país»⁴⁷². Cabe enfatizar que hay actividades calificadas como servicios públicos que son de titularidad estatal aunque su gestión pueda ser delegada al sector privado⁴⁷³.

En ese sentido, esta intervención del Estado está orientada a corregir las deficiencias de la competencia y se dedicará a cubrir los servicios públicos sociales que, debido a su baja rentabilidad, no son de interés para los inversionistas privados, como cuando hablamos de los servicios de salud y educación⁴⁷⁴. «Un ejemplo de ello acontece con las empresas que proveen servicios públicos en condiciones de monopolio natural, en cuyo caso, el Estado cumple su tarea a través de un organismo regulador, impidiendo que se cobren precios excesivos o que se reduzcan la calidad de los servicios que reciben los usuarios»⁴⁷⁵.

Por su parte, Herbert Schmidt aclara que el principio de subsidiariedad se basa en la responsabilidad individual, o sea, que primero debe agotarse la autoayuda antes que la propia ayuda del Estado:

Significa básicamente, que la autoayuda tiene preferencia ante la ayuda ajena y la "ayuda para la autoayuda" subsidiaria tiene preferencia frente a la transferencia de responsabilidad social de los afectados a terceros, por ejemplo, al Estado. El principio de Subsidiariedad debe, de esta forma, garantizar que la voluntad para la autoresponsabilidad y para la autorealización del individuo no se debilite y que la responsabilidad no sea transmitida a la comunidad. Los sentimientos autovalorativos, de confianza en sí mismo y de responsabilidad

⁴⁷² ALVEAR, Julio. "Las nocivas tendencias del neocapitalismo: ¿economía liberal o economía social de mercado?". Loc. Cit.

⁴⁷³ ÁLVAREZ, Ernesto. "El modelo económico en la Constitución peruana". Óp. Cit., p. 268.

⁴⁷⁴ OCHOA, César. "Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993". En COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima: CAJ (Comisión Andina de Juristas), 1995, p. 88. Para complementar, Miguel von Hoegen agrega lo siguiente: «Este principio puede también expresarse como el papel de subsidiariedad del gobierno central con respecto a las empresas, quienes pueden producir bienes y generar servicios mejor que aquél, excepto en los casos de servicios públicos como la defensa, la seguridad y la impartición de justicia». HOEGEN, Miguel von. *La economía social de mercado: ¿una opción para Guatemala?* Óp. Cit., p. 59.

⁴⁷⁵ ÁLVAREZ, Ernesto. "El modelo económico en la Constitución peruana". Loc. Cit.

individual de los ciudadanos deben fortalecerse y hacerse funcionales en el conglomerado del Estado Social⁴⁷⁶.

De manera semejante, Josep Duran esboza que con este principio de subsidiariedad se quiere dar a conocer que la intervención del Estado en la economía no es de forma directa, sino, a modo de alternativa final:

De este principio de subsidiariedad se deduce, como un corolario inmediato, que el Estado, en sus intervenciones en la esfera económica, debe actuar siempre con comedimiento y prevención, no abordando intervenciones directas, si no es después de haberse cerciorado de que otras entidades sociales menores, incluidas las administraciones públicas más cercanas al administrado, no son capaces de llevar a cabo la intervención con eficacia⁴⁷⁷.

Habría que decir también que, además del principio de solidaridad como consideración principal para la intervención del Estado en la economía social de mercado, también está el principio de subsidiariedad, el cual se concretiza mediante el apoyo que brinda el Estado a los sectores menos favorecidos, recordando que «los subsidios son reconocidos como parte de la política económica pero no se constituyen en su principal herramienta»⁴⁷⁸.

2.1.6. Principio de consenso

Este principio alude al consenso que debe haber con la política económica. En otros términos, en todo sistema económico hay conflictos de intereses de los diversos grupos y no es la excepción para la economía social de mercado. No obstante, la economía social de mercado —como pocos de los

⁴⁷⁶ SCHMIDT, Herbert. “Política social en un orden de economía social de mercado”. Óp. Cit., pp. 75-77. Como podemos apreciar, Luis Gallegos sigue esta línea: «Este principio se basa en la responsabilidad del individuo (autoayuda). Se refiere a que pequeños grupos o instituciones asuman preferentemente la autoayuda en vez de la ayuda del estado, cuando estén predispuestas y tengan la capacidad para resolver sus propios problemas, evitando así un tutelaje y paternalismo innecesario por parte del Estado». GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., p. 80.

⁴⁷⁷ DURAN, Josep. “La economía social de mercado: una respuesta humanista al poder de los mercados”. Óp. Cit., p. 54.

⁴⁷⁸ RIVADENEIRA, Juan. *Economía social de mercado*. Óp. Cit., p. 20.

sistemas— lo declara de manera explícita, conteniendo principios y políticas específicas para lograr el consenso⁴⁷⁹.

Marcelo Resico⁴⁸⁰ precisa que en todo conflicto de intereses lo único que es factible de negociar es la dimensión de los intereses y no el dar la razón a una de las partes. A modo de ejemplo, menciona el conflicto de intereses y/o necesidad de coexistencia entre los empresarios y los sindicatos: por un lado, los empresarios aceptan la existencia de sindicatos para no incentivar a las huelgas; por otro lado, los sindicatos no tendrían sentido si los empresarios cierran sus empresas.

2.2. Principios económicos

Los principios económicos de la economía social de mercado son aquellos que permiten concretizar los principios socio-políticos esbozados anteriormente, pues derivan de estos.

2.2.1. Principios estructurales y reguladores

Esta clasificación en dos grupos es atribuida al economista Walter Eucken, uno de los máximos exponentes de la Escuela de Friburgo, al argüir que son estos principios los que forman el orden de la competencia⁴⁸¹ y son lo que, por lo tanto, aseguran la libre competencia.

Por una parte, los principios estructurales —también llamados constitutivos o constituyentes— son los que garantizan la libertad económica. Por otra parte, los principios reguladores son los encargados de prever que no haya abusos de la libertad económica y de garantizar que los beneficios sean distribuidos de forma socialmente justa: «tienen que ver con el marco

⁴⁷⁹ RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Óp. Cit., p. 117.

⁴⁸⁰ «En primer lugar, en cualquier conflicto de intereses nunca se pone en cuestión la razón de ser del contrincante, sino sólo la dimensión de sus intereses. En segundo lugar, se parte del supuesto de que no pueden prevalecer los intereses propios en todas sus dimensiones y magnitud, por lo que se exige una disposición a buscar y aceptar consensos». *Ibíd.*

⁴⁸¹ SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSSELBERG (editores). *Conceptos básicos sobre el orden económico*. Óp. Cit., p. 103.

institucional y la política económica a cargo del Estado»⁴⁸²; «definen las tareas de la política económica estatal»⁴⁸³; «elimina[n] o corr[i]g[en] las distorsiones que pueden representar grave referencial al desenvolvimiento de los agentes económicos, amenaza para la vigencia del orden»⁴⁸⁴. Se diferencian en que, mientras los principios estructurales tienen por objeto el establecer las condiciones económicas como marco, los principios reguladores establecen condiciones sociales⁴⁸⁵.

Entre los primeros están la primacía de la política monetaria para preservar la estabilidad de la moneda; los mercados abiertos y competitivos (el libre acceso a los mercados); propiedad privada de los medios de producción; libertad de contratación (libertad contractual); responsabilidad para que la rentabilidad provenga del rendimiento; una política económica sistemática y permanente para evitar inseguridad para las personas; «una estructura de mercado que refleje el verdadero grado de escasez, así como una alta dosis de competencia»⁴⁸⁶.

⁴⁸² RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Óp. Cit., p. 118.

⁴⁸³ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 25.

⁴⁸⁴ GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., p. 62.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

⁴⁸⁶ «Cuentan entre ellos la propiedad privada de los medios de producción, la existencia de mercados abiertos y competitivos, de libertad de establecer contratos, y de requerimientos de transparencia en todas las operaciones, la necesidad de políticas económicas estables y predecibles, y la primacía de la política monetaria». RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Loc. Cit. «Primacía de la política monetaria: [...]; Mercados abiertos: [...]; Propiedad privada: [...]; Libertad de contratación: [...]; Responsabilidad: [...]; Persistencia de la política económica: [...]; Conexión económica: [...]». SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSSELBERG (editores). *Conceptos básicos sobre el orden económico*. Óp. Cit., pp. 104-106. «Los principios constituyentes comprenden: a. Una estructura de mercado que refleje el verdadero grado de escasez, así como una alta dosis de competencia. / b. La estabilidad de la moneda. / c. El libre acceso a los mercados (que incluye el libre ejercicio de la actividad económica). / d. La propiedad privada de los medios de producción. / e. La libertad contractual. / f. La plena responsabilidad para que la rentabilidad derive del rendimiento. / g. Una política económica sistemática y permanente para evitar inseguridad para las personas». FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 25. «Según Walter Eucken, el representante más conspicuo del ordoliberalismo, entre los principios constitutivos deben figurar un adecuado funcionamiento del sistema de precios en los mercados de bienes, servicios y capitales; una política monetaria destinada a preservar la estabilidad de la moneda; el libre acceso a los mercados; propiedad privada de los medios de producción; principio de la plena responsabilidad de los propietarios de los medios de producción; libertad contractual; y constancia de la política económica».

Entre los segundos están el adecuado control estatal del poder monopólico (política de defensa de la competencia); política de ingresos para corregir la distribución de ingresos que determina el mercado; cálculo económico en base al principio del contaminador-pagador (promoción de actividades económicas sustentables); política de mercado laboral y remuneración mínima⁴⁸⁷.

Ahora veamos, a groso modo, qué significa cada uno de estos principios. Empecemos con los principios estructurales.

En primer lugar, la primacía de la política monetaria para preservar la estabilidad de la moneda alude a que, precisamente, debe haber «un mecanismo regulador que asegure el valor del dinero y la estabilidad monetaria,

RADKE, Detlef. *Economía social de mercado: ¿una opción para los países en transición y en desarrollo?* Óp. Cit., p. 18. «[...] a. Sistema de precios libres. / b. Estabilidad monetaria. / c. Libre acceso a los mercados. / d. Propiedad privada. / e. La libertad contractual. / f. La plena responsabilidad. / g. Estabilidad en la Política Económica. [...]». GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., pp. 61-62.

⁴⁸⁷ «Podemos enumerar la intervención del Estado en el control y la reducción del poder monopólico (o política de defensa de la competencia), una política anti-cíclica integral que modere los auges y recesiones, la política social que garantiza la igualdad de oportunidades y la necesidad de que los precios reflejen todos los costos (para *internalizar* al mercado los beneficios y costos externos que no tendría en cuenta, lo que implica límites a la contaminación y a las conductas depredadoras)». RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Óp. Cit., p. 119. «Los principios constitutivos necesitan, según Eucken, estar asegurados y completados mediante “principios reguladores” para poder mantener el orden de la competencia: *Controles de los monopolios*: [...]; *Política de rentas*: [...]; *Cálculo económico*: [...]; *Oferta anómala*: [...]». SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSELBERG (editores). *Conceptos básicos sobre el orden económico*. Óp. Cit., pp. 105-106. «Los principios reguladores definen las tareas de la política económica estatal: a. El control estatal sobre los monopolios. [...] / b. La política de finanzas públicas. [...] / c. El tratamiento legal a la duración del trabajo, [...]. / d. La fijación del salario mínimo frente a un comportamiento anticoyuntural de la fuerza de trabajo». FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., pp. 25-26. «Además de estos principios constitutivos se agregan principios reguladores de la política económica, si se asume que en la práctica se agregan elementos no compatibles con el sistema, y además la competencia misma puede generar resultados socialmente no deseados. Entre otras regulaciones cabe mencionar: un adecuado y efectivo control de los monopolios; una política de ingresos destinada a corregir la distribución de ingresos determinada por el mercado; cálculo económico en base al principio del contaminador-pagador». RADKE, Detlef. *Economía social de mercado: ¿una opción para los países en transición y en desarrollo?* Óp. Cit., pp. 18-19. «a. La política de promoción de la competencia y lucha contra los abusos de posición dominante en el mercado (monopolios, oligopolios, etc.) / b. Política Redistributiva de los Ingresos. / c. Promoción de actividades económicas sustentables. / d. Política de mercado laboral y remuneración mínima». GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., p. 70.

las distorsiones de los precios de mercado y la inflación y deflación»⁴⁸⁸ para evitar que el ordenamiento económico se vea amenazado. En ese sentido, Luis Gallegos aporta lo siguiente:

Alcanzar una relativa estabilidad en el valor de la moneda hace posible mantener en la dinámica de un mercado libre un instrumento de dirección y coordinación básica como la competencia. Si se lograra proveer estabilidad a la constitución del sistema monetario se podría esperar que el orden competitivo consiguiera una tendencia inmanente hacia el equilibrio, en vez de aportar, como en el pasado, coyunturas inflacionarias o desflacionarias. Tanto la inflación como la deflación son grandes males monetarios con efectos multiplicadores para toda la economía⁴⁸⁹.

En segundo lugar, en una economía social de mercado los mercados abiertos y competitivos (el libre acceso a los mercados) son esenciales para que podamos hablar de una efectiva competencia; de lo contrario, se incitaría a la formación de estructuras monopólicas y oligopólicas. Precisamente, para evitar escenarios de concentración empresarial, no se debe restringir el acceso a los mercados a los nuevos competidores (nacionales o extranjeros)⁴⁹⁰. «Ello implica que el Estado debe eliminar las restricciones establecidas por el mismo o por grupos de poder económicos privados»⁴⁹¹.

En tercer lugar, la propiedad privada de los medios de producción es garantía para la existencia de estructuras de mercado competitivas⁴⁹². Además de los bienes de producción, se incluye la producción en sí y las utilidades tras el proceso de producción (entiéndase que también se incluye a los bienes intelectuales)⁴⁹³. Cabe resaltar que la propiedad privada debe estar respaldada

⁴⁸⁸ SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSSELBERG (editores). *Conceptos básicos sobre el orden económico*. Óp. Cit., p. 104.

⁴⁸⁹ GALLEGOS, Luis. Óp. Cit., p. 50.

⁴⁹⁰ SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSSELBERG (editores). *Conceptos básicos sobre el orden económico*. Óp. Cit., p. 105.

⁴⁹¹ GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., p. 51.

⁴⁹² SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSSELBERG (editores). Loc. Cit.

⁴⁹³ HOEGEN, Miguel von. *La economía social de mercado: ¿una opción para Guatemala?* Óp. Cit., p. 58.

por instrumentos constitucionales y legales, «ya que es motor del resto de los principios»⁴⁹⁴. Ello no obsta, como recalca Luis Gallegos, que, por el principio de subsidiariedad, haya algunas empresas bajo titularidad del Estado: «Este principio, conviene precisar, no excluye la posibilidad de que, en virtud del principio de subsidiariedad en su aspecto positivo, determinadas empresas se encuentran en manos del Estado, por ejemplo, algunas dedicadas a la explotación de recursos forestales, de minerales o incluso del sistema financiero»⁴⁹⁵.

En cuarto lugar, la libertad de contratación (libertad contractual) es crucial por ser «prerrequisito básico para asegurar la libertad individual»⁴⁹⁶. Está ligada a la propiedad privada; motivo por el cual, en una economía social de mercado se la debe garantizar toda vez que el escenario de libre competencia sea asegurado, de lo contrario, esta libertad daría cabida a que se formen estructuras monopólicas u oligopólicas estableciéndose contratos que limiten la competencia⁴⁹⁷. En resumidas cuentas, la economía social de mercado no permite privilegiar a la libertad de los particulares, pues, de este modo, se atentaría contra el principio de libre competencia⁴⁹⁸.

En quinto lugar, responsabilidad para que la rentabilidad provenga del rendimiento se refiere a la eficiencia de los mercados que se basa en una valoración de los bienes acorde con su escasez y en las señales que emiten sobre esta escasez a través de los precios de mercado. En toda planificación económica debe garantizarse la unidad de decisión y responsabilidad para

⁴⁹⁴ RIVADENEIRA, Juan. *Economía social de mercado*. Óp. Cit., pp. 10-11.

⁴⁹⁵ GALLEGOS, Luis. Óp. Cit., pp. 52-53.

⁴⁹⁶ Ídem, p. 56.

⁴⁹⁷ SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSSELBERG (editores). *Conceptos básicos sobre el orden económico*. Óp. Cit., p. 105.

⁴⁹⁸ Luis Gallegos Molina agrega: «En este punto se encuentra también, una de las diferencias básicas entre un orden de economía de mercado liberal y uno de la economía social de mercado ya que al privilegiar la libertad de los particulares, el liberalismo actuaba en contra de la competencia pues, garantizaba a los particulares la libertad de regular antojosamente a través de los contratos las formas en las que se discurría el proceso económico, es decir, sin considerar ninguna forma constitucional jurídica económica que, por parte del Estado, encausara correctamente el ejercicio de la libertad económica». GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., pp. 56-57.

conseguir las más amplias indicaciones posibles de los costes de las acciones económicas mediante cálculos económicos guiados por los precios de mercado⁴⁹⁹.

En sexto lugar, es necesaria una política económica sistemática y permanente (constante) para evitar inseguridad para las personas porque los competidores necesitan que se les garantice sus inversiones «bajo el supuesto de que, cuando el valor del dinero es estable, el sector privado tiende, en principio, al desarrollo y el pleno empleo permanente»⁵⁰⁰. Esta inseguridad está relacionada al cambio de disposiciones gubernamentales. En ese sentido, la política económica debe sustentarse en objetivos claros y puntuales que no permitan desvirtuar su esencia. «No se trata de que las políticas sean inmutables en el tiempo frente a una realidad dinámica sino más bien de que a pesar de los necesarios cambios y reajustes que deben producirse en ella, la orientación esencial tanto en las políticas específicas como de la política general se mantenga»⁵⁰¹.

En séptimo lugar, por último, tenemos a la estructura de mercado que refleje el verdadero grado de escasez y un gran nivel de competencia (un sistema de precios libres). Este principio expone que los precios deben establecerse por el mercado en un escenario próximo al de la competencia perfecta. Sin embargo, sabemos que se trata de un panorama alejado de la realidad. Luis Gallegos agrega lo siguiente:

El Estado debe posibilitar que los mercados funcionen competitivamente para de ese modo lograr precios que sean reales indicadores del grado de escasez o abundancia relativa de los bienes y servicios que existen en la economía nacional. En el caso de algunas economías emergentes o subdesarrolladas, la tarea de forjar un sistema de precios libres de las

⁴⁹⁹ SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSSELBERG (editores). *Conceptos básicos sobre el orden económico*. Loc. Cit.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

⁵⁰¹ GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., p. 61.

características antes señaladas es bastante arduo, limitada por la naturaleza de los bienes y servicios y por la estructura productiva altamente oligopolizada en algunos sectores de la producción⁵⁰².

A continuación, daremos paso a los principios reguladores.

En primer lugar, tenemos al adecuado control estatal del poder monopolístico (política de defensa de la competencia), con el fin de que puedan estar —también— inmersos en el panorama de la competencia⁵⁰³. «Esta política debe impedir el surgimiento de monopolios y carteles, disolver monopolios evitables y a los monopolios inevitables manejarlos en forma análoga a la competencia; es decir, regular los precios de los bienes monopolísticos como si resultaran de la competencia»⁵⁰⁴. Recordemos que el orden de la economía social de mercado busca que se garantice la libertad económica, motivo por el cual, el Estado debe intervenir a modo de regulación y control, a efectos de que la competencia no se pervierta⁵⁰⁵. Esto porque el mecanismo de la libre interacción de la oferta y la demanda no es perfecto, por ello, la regulación se hace necesaria⁵⁰⁶.

⁵⁰² Ídem, pp. 48-49.

⁵⁰³ SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSSELBERG (editores). *Conceptos básicos sobre el orden económico*. Óp. Cit., p. 106.

⁵⁰⁴ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 25.

⁵⁰⁵ «La principal preocupación de la economía social de mercado está referida al establecimiento de un orden competitivo que subordinado al bien común, garantice la libertad económica y la posibilidad para todos los agentes económicos de poder acceder al mercado y actuar en él sin restricciones o trabas. Para el orden en cuestión, tal como se ha precisado, la competencia no es un don natural del mercado y por ello debe ser preservada por el Estado de las tendencias que se generan a su interior y que a largo plazo pueden terminar por aniquilarla. Asimismo la competencia, por dicha razón es que no puede dejársela librada a la posibilidad de distorsión o supresión de ella, que pueden hacer los particulares si es que el Estado no interviene permanentemente para asegurar su funcionamiento como mecanismo de coordinación descentralizada de la economía». GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., p. 63.

⁵⁰⁶ Juan Rivadeneira menciona a los precios definidos por el mercado como un principio operacional de la economía social de mercado: «*Precios definidos por el mercado*: la libre interacción de la oferta y la demanda, aquella “mano invisible” definida por Adam Smith, es la herramienta por la cual se fijan los precios en la economía. Este mecanismo no es perfecto por lo que la regulación tiene un papel importante en el momento de su establecimiento, mediante controles a prácticas desleales como monopolios y oligopolios, reconociendo la existencia de monopolios naturales en determinados casos, y limitaciones a precios de productos básicos de supervivencia». RIVADENEIRA, Juan. *Economía social de mercado*. Óp. Cit., p. 11.

En segundo lugar, la política de ingresos para corregir la distribución de ingresos que determina el mercado se da en función a que en la economía social de mercado el orden económico (política económica) va de la mano con el orden social (política social) y, lo que se quiere lograr con este principio es «compensar a los sectores menos favorecidos en la distribución primaria del ingreso»⁵⁰⁷, ya que el mercado —por sí solo— no es capaz de lograr aquella distribución justa de los ingresos: «En una economía social de mercado que busca conciliar la libertad individual con la justicia social, el Estado debe promover agresivamente el crecimiento económico para, una vez producido éste, captar parte del excedente a través de la tributación»⁵⁰⁸.

En tercer lugar, tenemos al cálculo económico en base al principio del contaminador-pagador (promoción de actividades económicas sustentables), para el cual Alfred Schüller y Hans-Günter Krüsselberg se pronuncian del siguiente modo: «Los cálculos económicos necesitan de corrección en los campos en los que no se internalizan los costes, es decir, en los que se producen efectos externos»⁵⁰⁹.

Finalmente, en cuarto lugar, la política de mercado laboral y remuneración mínima es necesaria por la diferencia de posiciones en las que se encuentran los empleadores y los trabajadores. De ahí que el Estado establezca una serie de políticas que garantice las condiciones de trabajo en una esfera de respeto y salvaguarda a la dignidad humana. Evidentemente, este conjunto de disposiciones debe efectuarse «sin entorpecer el conjunto de reglas básicas para una producción eficiente preestablecidas en un orden de mercado competitivo»⁵¹⁰. Asimismo, la política salarial (en estricto, la remuneración mínima) es el reflejo del consenso entre el Estado, los

⁵⁰⁷ GALLEGOS, Luis. Óp. Cit., p. 67.

⁵⁰⁸ *Ibíd.*

⁵⁰⁹ SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSSELBERG (editores). *Conceptos básicos sobre el orden económico*. Óp. Cit., p. 106.

⁵¹⁰ GALLEGOS, Luis. *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Óp. Cit., p. 70.

empleadores y los trabajadores (por medio de los sindicatos)⁵¹¹. Por su parte, Lourdes Flores resume esta política de mercado laboral aclarando que se trata del «tratamiento legal a la duración del trabajo, la magnitud del trabajo de mujeres y menores de edad y medidas similares para proteger la fuerza del trabajo humano, así como la regulación de otras intervenciones apropiadas para corregir la falta de presión de la planificación individual (la explotación, etc.)»⁵¹².

Como podemos ver, cada uno de estos principios tiene como cimiento la promoción de la eficiencia competitiva y, a su vez, la amplia política social que posee el Estado⁵¹³.

2.2.2. Principio de proceso de mercado e intervención

Marcelo Resico señala este principio teniendo en cuenta aquellas tres posibles estrategias de la política económica:

Un elemento importante del enfoque de la política económica dentro de una Economía Social de Mercado tiene que ver con la recomendación de la misma frente a *ajustes del sistema económico*. En un mercado se producen de tiempo en tiempo variaciones de la oferta y la demanda que implican ajustes para la estructura de producción empresarial en cuanto a factores de la producción como el trabajo y los bienes de capital. Frente a la necesidad de reacomodamiento económico existen tres posibles estrategias de la política económica:

- La primera es el *laissez-faire* (por la famosa frase de los fisiócratas franceses), es decir, no hacer nada puesto que el mercado se autorregula; esta estrategia puede conllevar en varios casos un elevado costo social.

⁵¹¹ RIVADENEIRA, Juan. *Economía social de mercado*. Óp. Cit., p. 11.

⁵¹² FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., pp. 25-26.

⁵¹³ RADKE, Detlef. *Economía social de mercado: ¿una opción para los países en transición y en desarrollo?* Óp. Cit., pp. 18-19.

- La segunda es el *control-coactivo*, que interrumpe el proceso económico del sistema de precios y, por lo tanto, conduce en el corto o mediano plazo a desequilibrios económicos.

- La tercera estrategia consiste en la *intervención-cooperativa*, la cual acelera el proceso de ajuste moderando sus consecuencias sociales y humanas, y apoya permanentemente, de modo especial, a los grupos más débiles⁵¹⁴.

En suma, el principio de intervención del Estado en los procesos económicos no debe ser sólo el de conformidad con el «objetivo» perseguido, sino predominantemente el de «conformidad con el mercado»⁵¹⁵.

2.2.3. Principio de política de ordenamiento y política de procesos

Dentro de la política económica en la economía social de mercado se distingue la política de ordenamiento y la política de procesos. Por un lado, la política de ordenamiento —como su nombre lo dice— se encarga de diseñar e implementar el orden económico, las condiciones generales para que se desarrolle la actividad económica, o sea, un adecuado marco legal. La política de ordenamiento está a cargo del Poder Legislativo.

Por otro lado, la política de procesos interviene en los procesos económicos: «Expresado en términos de la teoría del juego, podemos decir que la política de ordenamiento establece las reglas, en tanto que la política de procesos impacta en las jugadas»⁵¹⁶. La política de procesos está a cargo del Poder Ejecutivo⁵¹⁷.

⁵¹⁴ RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Óp. Cit., pp. 120-121.

⁵¹⁵ GARCÍA, Santiago. *Empresa y orden económico*. Óp. Cit., p. 77.

⁵¹⁶ RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Óp. Cit., 121.

⁵¹⁷ «Las medidas de la política de procesos pueden dirigirse directamente a determinados mercados de bienes o factores, y también a sectores (por ej., minería, agricultura) o a la macroeconomía (por ej., nivel de precios, empleo, distribución de ingresos)». Ídem, p. 122.

2.2.4. Principio de un Estado fuerte y limitado

La economía social de mercado propugna un Estado fuerte pero — también— limitado: fuerte para hacerle frente a los monopolios y otras manifestaciones de concentración de poder económico y, de esta manera, salvaguardar la constitución económica; y limitado para prevenir abusos provenientes de la concentración del poder político para salvaguardar la constitución política⁵¹⁸.

3. TOMA DE POSTURA: ¿ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN EL PERÚ?

Como resultado de lo expuesto anteriormente, en este apartado aterrizaremos en la conclusión a la que nos lleva el análisis siguiente: ¿Podemos hablar de una real y efectiva economía social de mercado en el Perú o solo es una respuesta paliativa hacia el liberalismo puro? ¿Se ha avanzado lo suficiente en el desarrollo y respeto de la economía social de mercado? En las siguientes líneas expondremos cómo se han ido implementado cada uno de los principios de la economía social de mercado en nuestro país y cuánta efectividad ha denotado hasta el día de hoy.

En primer lugar, recordemos que fue en la Constitución de 1979 donde se incorporó a la economía social de mercado como fundamento para el orden económico en nuestro país⁵¹⁹, considerándosele, también, en la Constitución de 1993. Años más tarde, en el Acuerdo Nacional del año 2002⁵²⁰, se ratificó y

⁵¹⁸ Ídem, pp. 123-124.

⁵¹⁹ «La Economía Social de Mercado (ESM) como concepto rector de nuestro ordenamiento económico, está presente entre nosotros desde 1979, año en el cual se aprobó la nueva Constitución Política del Perú que, de algún modo, adelantó la conclusión del siglo XX y nos trasladó a los umbrales del siglo XXI por lo avanzado de sus principios y, particularmente, de los derechos económicos, sociales y políticos incorporados en ella. En esa constitución, a iniciativa de los constituyentes del Partido Popular Cristiano encabezados por el recordado maestro socialcristiano, don Ernesto Alayza Grundy, se incluyó a la ESM como el régimen económico del Perú». GALLEGOS, Luis. *La realidad peruana y la economía social de mercado. Parte 1: Precondiciones para implementar una Economía Social de Mercado (ESM) en el Perú. Datos para un Balance de situación*. Lima: IPESM (Instituto Peruano de Economía Social de Mercado); Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 9.

⁵²⁰ «3. Competitividad del País

desarrolló un poco más el concepto de lo que involucraba estar regidos por una economía social de mercado: «Como modelo de desarrollo económico, la Economía Social de Mercado resultar un tanto paradójica, ya que el reconocimiento de derechos sociales por un lado, y la protección de derechos liberales por otro, puede estar en oposición»⁵²¹.

Durante la década de los noventa, con la entrada en vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993 como punto de empuje, se vivió un periodo de reforma institucional del Estado (liberalización de la economía), el cual respondió a los lineamientos de un sistema de economía social de mercado como modelo político-económico. De ahí que este modelo garantice la libre y leal competencia en el mercado e impulse la defensa de la libre competencia y la defensa del consumidor⁵²².

Concordamos que para lograr el desarrollo humano y solidario en el país, el Estado adoptará una política económica sustentada en los principios de la economía social de mercado, reafirmando su rol promotor, regulador, solidario y subsidiario en la actividad empresarial. Dentro de ese marco nos comprometemos a:

- a.1. Fomentar la competitividad y formalización de la actividad empresarial, especialmente de la pequeña y microempresa, y promover la inversión privada nacional y extranjera, así como la identificación y el desarrollo creciente de cadenas productivas que compitan exitosamente tanto a escala nacional como internacional.
- a.2. Promover el planeamiento estratégico concertado, políticas de desarrollo sectorial y regional que fomenten el empleo, la formación de capital humano, la inversión, la producción y consumo de bienes nacionales y las exportaciones, en el marco de una política económica de equilibrio fiscal y monetario, y de una política tributaria que permita financiar adecuadamente el presupuesto para lo cual la base tributaria deberá ampliarse hasta alcanzar una recaudación no menor al 18% del PBI.
- a.3. Promover la participación del sector privado en la construcción, mantenimiento y operación de infraestructura al sector privado, así como desarrollar la infraestructura que, junto a la inversión pública del Estado, dinamicen a todos los sectores de la actividad económica.
- a.4. Fortalecer la capacidad de gestión y competencia del Estado y del sector privado, mediante el fomento a la innovación, la investigación, la creación, la adaptación y la transferencia tecnológica y científica.
- a.5. Desarrollar agresivamente el comercio exterior en base al esfuerzo conjunto del Estado y el sector privado para incrementar y diversificar nuestra oferta exportable y lograr una inserción competitiva en los mercados internacionales».

⁵²¹ LÓPEZ, Karen. "La constitucionalización de la economía social de mercado en Colombia". *Advocatus-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla*. Barranquilla, número 28, 2017.

⁵²² «A su vez, y como premisa fundamental [la economía social de mercado] reconoce la relevancia, para el mantenimiento del sistema, de un marco normativo que proteja la libre competencia, que prohíba y sancione los comportamientos que los individuos desplieguen en el mercado orientados a restringir condiciones de competencia libre o abuso de su posición de dominio en el mercado, que proteja al consumidor». ALARCÓN, Andrea. *Economía social de mercado y libre competencia en Colombia*. Tesis de

En ese sentido, en atención al rol subsidiario del Estado, este asumió un rol para intervenir como ente regulador de los servicios públicos, los cuales, anteriormente, fueron gestionados directamente por el Estado⁵²³.

Ahora bien, para concretizar lo sugerido por la economía social de mercado, el Estado creó distintos organismos constitucionalmente autónomos y especializados, entre los que están la agencia de competencia (el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual [Indecopi]), a la que se le asignó la función de bregar por el fomento y la defensa de la libre competencia en el mercado y cuatro organismos reguladores de servicios públicos⁵²⁴ (Ositran, Osinergmin, Osiptel y Sunass)⁵²⁵.

Cabe indicar que la agencia de competencia tiene la importante labor de velar por la promoción y defensa de la libre competencia en el mercado. Por su parte, los organismos reguladores tienen como objetivo lograr que las empresas privadas que brindan los servicios públicos lleven a cabo su actuación en un ámbito donde se simulen condiciones de competencia. Es por ello que realizan su labor en diferentes etapas: en el caso de los organismos reguladores, estos actúan en una etapa *ex ante*, siendo responsables del marco regulatorio pertinente y las autorizaciones; en el caso de la agencia de competencia, esta actúa en una etapa *ex post*, es decir, sanciona las conductas que lleven a cabo

doctorado en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología. Valencia: Universidad de Valencia, 2017, p. 176.

⁵²³ Ídem, p. 119.

⁵²⁴ «La finalidad de la creación de los organismos reguladores fue garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos o de actividades que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivo y que requieren para su desarrollo la utilización de redes de infraestructura. Asimismo, se crearon para ejercer acción sobre el mercado mediante una intervención «arbitral», buscando el equilibrio entre los intereses de los usuarios, de los prestadores del servicio y del mismo Estado. Por ello, la regulación debe ser utilizada como un instrumento al servicio del mercado y no como un sustituto del mismo. Los organismos reguladores se crean, además, para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego

y la inversión. En esa línea, su éxito dependerá del entendimiento de las relaciones entre la estructura del mercado, el diseño de las reglas y los requerimientos institucionales». Ídem, p. 111.

⁵²⁵ Ídem, p. 106.

los agentes económicos que distorsionen en el mercado la libre y leal competencia⁵²⁶.

Por ende, podemos concluir —hasta aquí— que gozamos de un reconocimiento expreso de la economía social de mercado en nuestra Constitución vigente, la que da pie a que se reconozca, por un lado, las libertades económicas y, por otro lado, el rol regulador del Estado. En ese sentido, en un sistema de economía social de mercado la intervención del Estado se ve justificada por aquel fin supremo de la sociedad del Estado que es el salvaguardar la dignidad de la persona humana⁵²⁷.

Ahora bien, es cierto que desde la Constitución de 1979 los gobiernos han aplicado —aunque con políticas económicas distintas— planes acorde a los principios de la economía social de mercado. Sin embargo, «en ninguno de estos gobiernos hubo una auténtica economía social de mercado, ni un pleno respeto de las libertades económicas»⁵²⁸. Es más, tal como señala Jorge Santistevan, la Constitución de 1993 reduce la función social del Estado, lo cual significa que hay un bajo ámbito regulatorio.

La opinión doctrinaria en referencia al citado artículo y, en general a la nueva concepción del régimen económico del Estado concebido en la vigente Constitución, han motivado diversos análisis. Si bien ambas Cartas son de tendencia liberal, es mayoritaria la opinión de la academia en el sentido de que la vigente aminora la función social del Estado, propendiendo a un modelo con mayor acento liberal, que muchos califican como neoliberal, que circunscribe la

⁵²⁶ Ídem, p. 119.

⁵²⁷ «En un sistema de economía social de mercado es claro que el Estado tiene que intervenir para complementar, perfeccionar y regular el funcionamiento del mercado, con la finalidad de que la persona humana sea —de verdad— el fin supremo de la sociedad y del Estado; y que su dignidad esté por encima de conceptos como eficiencia económica. A partir de esta constatación, la discusión se limita a saber cuánta intervención del Estado en el mercado es buena y en qué momento dicha intervención puede resultar excesiva». MATOS, Margaret y Doris VALDEZ. “Un ‘Nuevo’ Indecopi a la Luz del Anteproyecto del Código de Consumo”. Entrevista a Juan Francisco Rojas Leo. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 34, 2010, p. 147.

⁵²⁸ GUTIÉRREZ, Walter. “Constitución económica, iniciativa privada y economía social de mercado”. En GUTIÉRREZ, Walter (director). *La Constitución comentada*. Tomo II. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 295.

participación estatal a los ámbitos de orientación y protección, con mínimos acentos promocionales y nulos regulatorios, por lo que la legislación y la jurisprudencia vienen jugando un papel complementario esencial⁵²⁹.

Influye mucho el hecho de que haya una definición imprecisa en la Constitución acerca de lo que es la economía social de mercado. Así, por ejemplo, el artículo 58 señala en qué rubros el Estado actúa de manera principal, pero no se especifica si aquella intervención del Estado se da en términos de regulación económica, de intervención directa o de realización directa de la actividad.

Por otro lado, tampoco se evidenció unanimidad respecto a lo que deba entenderse por economía social de mercado; puesto que, a pesar de que no está en discusión la necesidad de limitar al libre mercado, no existe aún un consenso sobre cómo o hasta dónde deben ser estos límites. Este es el meollo del asunto. Y ya que la economía social de mercado busca lograr un equilibrio entre un mercado eficiente y una sociedad justa, el Estado es quien está a cargo de crear las condiciones para el pleno ejercicio de las libertades económicas⁵³⁰.

La norma orientadora señalada en la Constitución sirve de cimiento para la construcción del conjunto normativo que ayudará a solucionar los conflictos en materia económica; motivo por el cual, ya que la economía social de mercado es el régimen político-económico⁵³¹ consagrado en la Carta Magna, su

⁵²⁹ SANTISTEVAN, Jorge. "Estado orientador y promotor". En GUTIÉRREZ, Walter (director). *La Constitución comentada*. Tomo II. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp. 303.

⁵³⁰ GUTIÉRREZ, Walter. "Constitución económica, iniciativa privada y economía social de mercado". Óp. Cit., p. 296.

⁵³¹ Es menester aclarar que, tal como señala el abogado constitucionalista Alberto Cruces, la economía social de mercado no es una propuesta económica en sí, sino una propuesta política: «No es raro encontrar que se piense en la Economía Social de Mercado como un modelo económico, percepción que comúnmente puede llevar a la errónea idea de que estamos hablando de un régimen sostenido por la ciencia económica que busca de esta manera explicar todos los fenómenos económicos en una sociedad. La realidad es que la Economía no hace esta propuesta, sino la Política. En economía podremos encontrar diversos modelos orientados a describir o predecir cómo funciona o funcionará un determinado mercado o sector. Desde luego, existen reflexiones sobre el Estado y la necesidad de su intervención, más no suele tratarse de una visión global que busque ser parámetro para todos los supuestos, como sucede en el caso que nos ocupa. En consecuencia, antes que un modelo económico, la

clara definición es necesaria para que cumpla su papel de parámetro material para la actividad del Estado.

En una entrevista al economista Jorge González Izquierdo en el año 1993, este resaltó el desbalance entre el mercado y el Estado respecto a su función en el desenvolvimiento en el sistema económico, donde se muestra la preponderancia del mercado frente a la función social a cargo del Estado plasmada en la Constitución vigente:

El Estado puede perfectamente coexistir con el mercado, cada uno haciendo lo suyo. El mercado preocupándose de la economía y el Estado preocupándose de construir en igualdad de oportunidades y de convertirse en el garante de la justicia social. Por lo tanto, estos dos conceptos forman la economía social de mercado. Lo que está pasando con la Constitución aprobada es que se le ha dado mucho peso al mercado como sistema económico y no se ha dado importancia al Estado en su función social. Nos hemos ido al otro extremo [...] ⁵³².

Es cierto que hay un modelo de economía social de mercado, ¿pero este cumple con los lineamientos que le corresponde? Es sabido que las actividades económicas a cargo de los privados no cumplen con la satisfacción de las necesidades sociales, puesto que predomina su ánimo de lucro, por lo que la calidad de la prestación de servicios no es óptima.

Bajo ese tenor, estamos ante un Estado fuerte que se encarga de regular y sancionar en aras de velar por el buen funcionamiento del Estado, procurando dejar fluir al libre mercado e interviniendo solo cada vez que sea pertinente.

En lo sucesivo, expondremos, de manera puntual, cómo se han ido plasmando los principios de la economía social de mercado en el contexto

Economía Social de Mercado es un modelo político para intentar comprender y dirigir los fenómenos económicos». CRUCES, Alberto. “¿Qué significa economía social de mercado en el Perú?”. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 79, 2014, pp. 174.

⁵³² EZCURRA, Huáscar y Mariana MOREYRA. “El modelo económico adoptado por el proyecto de Constitución de 1993. Entrevista a Jorge González Izquierdo”. *Ius et Veritas*. Lima, volumen 4, número 7, 1993, p. 206.

peruano. Recordando los principios propuestos por Walter Eucken (siete principios constituyentes, los cuales intentan llegar al escenario de la competencia perfecta y cuatro principios reguladores, los mismos que están enfocados en que se cumpla el rol social que la economía social de mercado le encomienda al Estado)⁵³³.

Respecto al sistema de precios de competencia perfecta, tengamos presente que los factores más trascendentales (estabilidad de los precios y la estructura de mercado) han coadyuvado para que nos encontremos en una situación de estabilidad, sobre todo después del prolongado periodo de inflación vivido en el siglo XX⁵³⁴. Eso sí, las estructuras monopólicas y oligopólicas generadas producto de las fusiones empresariales se han incrementado, aprovechando la carencia de regulación al respecto en el Perú.

En torno al principio de estabilidad monetaria, producto de los niveles de hiperinflación vividos a nivel latinoamericano, se instaló la autonomía del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) y su finalidad de preservar la estabilidad monetaria. «De esta manera, hoy podemos sostener que en el Perú el principio de estabilidad monetaria es una realidad, que ha permitido que fluya la inversión teniendo como premisa básica que el valor del dinero y su evolución en el tiempo es una variable absolutamente predecible para el cálculo económico»⁵³⁵.

En cuanto al libre acceso a los mercados, este principio queda plasmado a través de los artículos 59 («El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria») y 63 («la producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres») de la Constitución. Es por ello que podemos decir que nuestro país goza de una economía abierta: hay un libre acceso al mercado, sin restricciones. Por un lado, previo pago del arancel debido, está garantizado el libre ingreso de

⁵³³ GALLEGOS, Luis. *La realidad peruana y la economía social de mercado*. Óp. Cit., p. 14.

⁵³⁴ Ídem, pp. 14-15.

⁵³⁵ Ídem, p. 16.

productos del extranjero. Sin embargo, por otro lado, si hablamos del acceso al mercado interno, puede que los casos de concentraciones empresariales en nuestro país afecten el cumplimiento de este principio⁵³⁶.

El principio de propiedad privada está denotado en el artículo 70 de la Constitución («el derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley...»). Este principio es respetado y se cumple: «la propiedad privada está garantizada plenamente y solo se encuentra afectada por la función social que permite imponer los límites por causas, previstas taxativamente, de seguridad nacional o necesidad pública»⁵³⁷.

En relación a la libertad contractual, además de quedar constada en el artículo 2, numeral 14 de nuestra Carta Magna, cuando dice que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre y cuando que no se contravenga leyes de orden público, está también especificado en el artículo 62: «la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato». Y ya que en la presente investigación estamos tratando el tema de las concentraciones empresariales, nos enfocaremos en un par de cuestiones controversiales relacionadas a la aplicación de este principio⁵³⁸. El primero es respecto a los contratos de fusión empresarial, los cuales devienen en escenarios de concentración empresarial que atentan contra la competencia ante la ausencia de legislación al respecto. El segundo se refiere a que el principio de libertad contractual carece de equidad entre las partes contratantes (el capital y el trabajo). Gran parte de los empresarios prefiere no asumir las cargas sociales que implica contratar formalmente a un trabajador.

El principio de responsabilidad recalca que todo aquel que asuma una actividad económica, debe ser consciente de su posible éxito, así como de su

⁵³⁶ Ídem, p. 17.

⁵³⁷ Ídem, pp. 18-19.

⁵³⁸ Ídem, p. 19.

posible error⁵³⁹. En nuestra Constitución Política no consta este principio, pero sí está regulada y sancionada en la Ley General del Sistema Concursal (Ley N.º 27809) desde el artículo 99 hasta el 102, así como el delito de quiebra fraudulenta (del artículo 209 al 213 del Código Penal).

En torno al principio de constancia de la política económica, en la actualidad se habla de una estabilidad en cuanto a las reglas de juego, lo cual no ahuyenta a los inversionistas nacionales ni extranjeros⁵⁴⁰.

Dentro de los principios reguladores están la política de defensa y promoción de la competencia, la política redistributiva de ingresos, la promoción de actividades económicas sustentables (conformidad ecológica), la política de mercado laboral y remuneración mínima, y el salario mínimo.

La política de defensa y promoción de la competencia está reflejada constitucionalmente en el artículo 61 cuando dice que el Estado facilita y vigila la libre competencia, que combate las prácticas que la limiten y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, además de la prohibición para que una ley o concertación pueda autorizar o establecer monopolios. Tal como lo menciona Luis Gallegos⁵⁴¹, a pesar de que se constó la expresión «economía social de mercado» desde la Constitución de 1979, fue a partir de 1991 cuando se empezó a organizar la economía en base a los principios de dicho ordenamiento político-económico con los decretos legislativos N.º 701 y 807, los cuales dieron las primeras pinceladas respecto a la regulación de las prácticas restrictivas de la libre competencia. En el 2008 este marco legal se modificó con la dación de los decretos legislativos N.º 1033 (Ley de Organización y Funciones del INDECOPI), 1034 (Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas) y 1044 (Ley de Represión de la Competencia Desleal). Como podemos apreciar, todo el avance que hubo no involucró una regulación en torno a las concentraciones empresariales.

⁵³⁹ Ídem, p. 20.

⁵⁴⁰ Ídem, p. 22.

⁵⁴¹ Ídem, p. 23.

Como detallaremos en el siguiente capítulo, en nuestro país existe un régimen de control posterior (ex post) desde 1992, el mismo que apareció en el Decreto Legislativo N.º 701, derogado en el 2008 para la dación del Decreto Legislativo N.º 1034 (Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas). No obstante, sí hubo regulación anterior (ex ante) para el sector eléctrico, a través de la Ley N.º 26876 promulgada en 1997: «Considerada como la primera que estableció un directo control a las fusiones o adquisiciones de cualquier tipo o de los activos productivos de otras empresas; dicho control incluía cualquier supuesto de vinculación que de origen a concentración de empresas, sociedades, activos o acciones que realicen actividades en el mencionado sector»⁵⁴².

Respecto a la política redistributiva de ingresos, aunque el texto constitucional no señale algo al respecto, sí lo hace el Acuerdo Nacional (2002) en el inciso f) de la Política de Estado N.º 17:

17. Afirmación de la Economía social de Mercado:

Nos comprometemos a sostener la política económica del país sobre los principios de la economía social de mercado, que es de libre mercado pero conlleva el papel insustituible de un Estado responsable, promotor, regulador, transparente y subsidiario en la actividad empresarial, que busca lograr el desarrollo humano y solidario del país mediante un crecimiento económico sostenido con equidad social y empleo.

Con este objetivo, el Estado: (a) garantizará la estabilidad de las instituciones y las reglas de juego; (b) promoverá la competitividad del país, el planeamiento estratégico concertado y las políticas de desarrollo sectorial en los niveles nacional, regional y local; (c) estimulará la inversión privada; (d) fomentará el desarrollo de la infraestructura; (e) evitará el abuso de posiciones dominantes y prácticas restrictivas de la libre competencia y propiciará la participación de organizaciones de consumidores en todo el territorio; (f) fomentará la igualdad de oportunidades que tiendan a la adecuada distribución del ingreso; y (g)

⁵⁴² Ídem, p. 24.

propiciará el fortalecimiento del aparato productivo nacional a través de la inversión en las capacidades humanas y el capital fijo⁵⁴³.

En relación a la promoción de actividades económicas sustentables (conformidad ecológica) es sabido que desde la Carta Magna de 1979 se le ha dado importancia de conservar la diversidad biológica y los recursos naturales. En ese sentido, desde los noventa se implementó políticas públicas para lograr este cometido: el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 1990, la Ley Marco del Crecimiento de la Inversión Privada de 1991, la creación del Consejo Nacional del Ambiente de 1994, etc.⁵⁴⁴. Años más tarde, en el Acuerdo Nacional (2002) se incorporó la Política de Estado N.º 19:

19. Desarrollo Sostenible y Gestión Ambiental

Nos comprometemos a integrar la política nacional ambiental con las políticas económicas, sociales, culturales y de ordenamiento territorial, para contribuir a superar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible del Perú. Nos comprometemos también a institucionalizar la gestión ambiental, pública y privada, para proteger la diversidad biológica, facilitar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, asegurar la protección ambiental y promover centros poblados y ciudades sostenibles; lo cual ayudará a mejorar la calidad de vida, especialmente de la población más vulnerable del país.

Con ese objetivo el Estado: (a) fortalecerá la institucionalidad de la gestión ambiental optimizando la coordinación entre la sociedad civil, la autoridad ambiental nacional, las sectoriales y los niveles de gestión descentralizada, en el marco de un sistema nacional de gestión ambiental; (b) promoverá la participación responsable e informada del sector privado y de la sociedad civil en la toma de decisiones ambientales y en la vigilancia de su cumplimiento, y fomentará una mayor conciencia ambiental; (c) promoverá el ordenamiento territorial, el manejo de cuencas, bosques y zonas marino costeras así como la recuperación de ambientes degradados, considerando la vulnerabilidad del territorio; (d) impulsará la aplicación de instrumentos de gestión ambiental,

⁵⁴³ <https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/acta-de-suscripcion-del-an-22-de-julio-del-2002/>

⁵⁴⁴ GALLEGOS, Luis. *La realidad peruana y la economía social de mercado*. Óp. Cit., p. 26.

privilegiando los de prevención y producción limpias; (e) incorporará en las cuentas nacionales la valoración de la oferta de los recursos naturales y ambientales, la degradación ambiental y la internalización de los costos ambientales; (f) estimulará la inversión ambiental y la transferencia de tecnología para la generación de actividades industriales, mineras, de transporte, de saneamiento y de energía más limpias y competitivas, así como del aprovechamiento sostenible de los recursos forestales, la biotecnología, el biocomercio y el turismo; (g) promoverá y evaluará permanentemente el uso eficiente, la preservación y conservación del suelo, subsuelo, agua y aire, evitando las externalidades ambientales negativas; (h) reconocerá y defenderá el conocimiento y la cultura tradicionales indígenas, regulando su protección y registro, el acceso y la distribución de beneficios de los recursos genéticos; (i) promoverá el ordenamiento urbano, así como el manejo integrado de residuos urbanos e industriales que estimule su reducción, reuso y reciclaje; (j) fortalecerá la educación y la investigación ambiental; (k) implementará el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para asegurar la participación ciudadana, la coordinación multisectorial y el cumplimiento de las empresas de los criterios y condiciones de protección ambiental; (l) regulará la eliminación de la contaminación sonora; (m) cumplirá los tratados internacionales en materia de gestión ambiental, así como facilitará la participación y el apoyo de la cooperación internacional para recuperar y mantener el equilibrio ecológico; y (n) desarrollará la Estrategia Nacional de Comercio y Ambiente⁵⁴⁵.

Respecto a la política de mercado laboral y remuneración mínima, la Constitución vigente dejó en claro en su artículo 23 que «El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre

⁵⁴⁵ <https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/acta-de-suscripcion-del-an-22-de-julio-del-2002/>

consentimiento». Sin embargo, a decir de Luis Gallegos, aquello que no ha logrado un cumplimiento y/o aplicación cabal es la Política de Estado N.º 14 del Acuerdo Nacional:

14. Acceso al Empleo Pleno, Digno y Productivo

Nos comprometemos a promover y propiciar, en el marco de una economía social de mercado, la creación descentralizada de nuevos puestos de trabajo, en concordancia con los planes de desarrollo nacional, regional y local. Asimismo, nos comprometemos a mejorar la calidad del empleo, con ingresos y condiciones adecuadas, y acceso a la seguridad social para permitir una vida digna. Nos comprometemos además a fomentar el ahorro, así como la inversión privada y pública responsables, especialmente en sectores generadores de empleo sostenible.

Con este objetivo el Estado: (a) fomentará la concertación entre el Estado, la empresa y la educación para alentar la investigación, la innovación y el desarrollo científico, tecnológico y productivo, que permita incrementar la inversión pública y privada, el valor agregado de nuestras exportaciones y la empleabilidad de las personas, lo que supone el desarrollo continuo de sus competencias personales, técnicas y profesionales y de las condiciones laborales; (b) contará con normas que promuevan la formalización del empleo digno y productivo a través del diálogo social directo; (c) garantizará el libre ejercicio de la sindicalización a través de una Ley General del Trabajo que unifique el derecho individual y el colectivo en concordancia con los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo y otros compromisos internacionales que cautelen los derechos laborales; (d) desarrollará políticas nacionales y regionales de programas de promoción de la micro, pequeña y mediana empresa con énfasis en actividades productivas y en servicios sostenibles de acuerdo a sus características y necesidades, que faciliten su acceso a mercados, créditos, servicios de desarrollo empresarial y nuevas tecnologías, y que incrementen la productividad y asegurar que ésta redunde a favor de los trabajadores; (e) establecerá un régimen laboral transitorio que facilite y amplíe el acceso a los derechos laborales en las micro empresas; (f) apoyará las pequeñas empresas artesanales, en base a

lineamientos de promoción y generación de empleo; (g) promoverá que las empresas inviertan en capacitación laboral y que se coordine programas públicos de capacitación acordes a las economías locales y regionales; (h) garantizará el acceso a información sobre el mercado laboral que permita una mejor toma de decisiones y una orientación más pertinente sobre la oferta educativa; (i) fomentará la eliminación de la brecha de extrema desigualdad entre los que perciben más ingresos y los que perciben menos; (j) fomentará que los planes de desarrollo incluyan programas de empleo femenino y de los adultos mayores y jóvenes; (k) promoverá la utilización de mano de obra local en las inversiones y la creación de plazas especiales de empleo para las personas discapacitadas; (l) garantizará la aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor, sin discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, credo, opinión, condición económica, edad o de cualquier otra índole; (m) garantizará una retribución adecuada por los bienes y servicios producidos por la población rural en agricultura, artesanía u otras modalidades, (n) erradicará las peores formas de trabajo infantil y, en general, protegerá a los niños y adolescentes de cualquier forma de trabajo que pueda poner en peligro su educación, salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social; (o) promoverá mejores condiciones de trabajo y protegerá adecuadamente los derechos de las trabajadoras del hogar; (p) fomentará la concertación y el diálogo social entre los empresarios, los trabajadores y el Estado a través del Consejo Nacional de Trabajo, para promover el empleo, la competitividad de las empresas y asegurar los derechos de los trabajadores; y (q) desarrollará indicadores y sistemas de monitoreo que permitan establecer el impacto de las medidas económicas en el empleo⁵⁴⁶.

En torno al salario mínimo, el artículo 24 de nuestra Constitución lo estipula del siguiente modo: «El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las

⁵⁴⁶ <https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/acta-de-suscripcion-del-an-22-de-julio-del-2002/>

organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores». Además de ello, las leyes N.º 27711 y 28318 del año 2004 señalan que la remuneración mínima es determinada por el Consejo Nacional del Trabajo, teniendo como participantes al gobierno, a los gremios empresariales y a las confederaciones de trabajadores⁵⁴⁷.

En conclusión, en nuestro país aún estamos en proceso de consolidar aquella idea de economía social de mercado como ordenamiento socio/político-económico, ya que lo usual ha sido y es que se le considere como un «instrumento para solucionar problemas coyunturales»⁵⁴⁸ y que, además de ello, la política económica desarrollada es propia de una economía de mercado abierta: «No obstante, en materia del orden económico, la estructura jurídica institucional que sustenta la configuración del orden económico vigente, necesita de algunas reformas significativas, a efectos de acercar el modelo en curso a una ESM [economía social de mercado]»⁵⁴⁹.

Por ello, debe seguir profundizándose en cuanto a reforzar y fortalecer la coherencia interna entre lo político y lo económico, motivo por el cual, a propuesta de Luis Gallegos⁵⁵⁰, debe implementarse las siguientes medidas políticas y económicas: en el plano político: el fortalecimiento del Acuerdo Nacional (que se promueva la concertación con actores políticos y sociales para que se planteen los objetivos a alcanzar en un largo plazo), la reforma del Estado (en cuanto a simplificar los procedimientos que se llevan a cabo en las entidades públicas), el fortalecimiento del proceso de descentralización (aquella construcción de espacios territoriales competitivos), el diseño y ejecución de una política social (esencial para lograr la ansiada equidad a causa de la distribución de los beneficios del crecimiento económico); en el plano económico: definir o redefinir los derechos de propiedad de las tierras (ante esta ausencia de claridad de definiciones, las transacciones distan de ser

⁵⁴⁷ GALLEGOS, Luis. *La realidad peruana y la economía social de mercado*. Óp. Cit., p. 30.

⁵⁴⁸ Ídem, p. 31.

⁵⁴⁹ Ídem, p. 32.

⁵⁵⁰ Ídem, pp. 31-32.

transparentes y equitativas en el mercado, lo que suscita una serie de conflictos sociales y económicos), la reforma tributaria (se debe pretender lograr un sistema tributario sustentado en impuestos directos [impuesto progresivo a la renta]; de este modo, se debería dejar de lado, reduciendo o eliminando, los impuestos indirectos que, sin equidad, gravan de la misma forma a agentes económicos con distinta capacidad adquisitiva y contributiva), la Ley Marco del Empresariado (a fin de que las nuevas figuras de actuación empresarial sean incluidas en ella), una ley sobre control de concentraciones empresariales y defensa de la competencia (para frenar los escenarios de concentraciones empresariales, los cuales causan perjuicio a los consumidores y a la libre competencia), y una reforma constitucional sobre los elementos centrales que definen nuestro orden económico de economía social de mercado (la inclusión del componente ambiental en la definición y organización del sistema económico, la propiedad del suelo y subsuelo, la defensa de la competencia, la política social y derechos sociales).

Es así que, direccionando el objetivo de la presente investigación, consideramos que es necesario efectuar algunas reformas importantes, como la implementación de una ley sobre el control de las concentraciones empresariales y defensa de la competencia, la cual garantizaría el funcionamiento de la competencia en los mercados y limitarían el poder de las concentraciones empresariales en perjuicio de los consumidores y el libre acceso a los mercados.

De acuerdo a las bases de la economía social de mercado y a lo que ha abordado el Tribunal Constitucional, podemos llegar a determinar estas características: «Es un conjunto de principios y no un modelo cerrado y rígido⁵⁵¹. Es un modelo integrador que reconoce la diferencia y convive con ella

⁵⁵¹ «[...] el sistema de Economía Social de Mercado no es un sistema fijo sino abierto a variaciones y modificaciones, siempre que las mismas sean conformes con los mecanismos de mercado, las libertades económicas, la propiedad privada y en general con todos los principios y valores que consigna la Constitución Económica». ALARCÓN, Andrea. *Economía social de mercado y libre competencia en Colombia*. Óp. Cit., p. 186.

(la competencia en el mercado presupone diferencia). Es un modelo esencialmente personalista»⁵⁵².

Ahora, ¿por qué hablamos de la economía social de mercado como modelo político-económico imperante en nuestro país? Porque el desarrollo de la libre y leal competencia es el eje bajo el cual se deben desarrollar las actividades económicas, correspondiéndole al Estado el velar por su correcto funcionamiento; asimismo, este interviene ante abusos de poder económico para garantizar el bienestar social. Por lo tanto, el mercado y el Estado complementan sus actividades; el primero y el segundo a través de las políticas públicas para superar las condiciones de desigualdad que deja —muchas veces— esta búsqueda de eficiencia económica, corrigiendo las fallas del mercado⁵⁵³.

Hay que mencionar, además, que la protección al consumidor es fundamental, puesto que los consumidores resultan ser los más perjudicados. En adición, el derecho al trabajo es considerado «una herramienta para lograr un orden económico y social justo»⁵⁵⁴, motivo por el cual el Estado impulsa la creación de empleos y el salario mínimo.

Si bien es cierto, el sistema de economía social de mercado ha permitido un crecimiento económico, esto no se traduce en un desarrollo económico⁵⁵⁵.

⁵⁵² FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., p. 299.

⁵⁵³ «Los mecanismos del mercado pueden producir menoscabo a intereses sociales legítimos, circunstancia que obliga al Estado a intervenir para corregir las fallas del mercado y suplir las circunstancias en que el mercado no garantice satisfacción de necesidades de grupos poblacionales en condición estructural de pobreza, mendicidad o necesidad satisfaciendo el mandato del Estado Social de Derecho». ALARCÓN, Andrea. *Economía social de mercado y libre competencia en Colombia*. Óp. Cit., p. 180.

⁵⁵⁴ Ídem, p. 184.

⁵⁵⁵ «En el caso peruano, lo que se observa últimamente es que la economía crece, pero ello no se traduce en una mejora de las condiciones de empleo, de ingresos, lo que ha significado críticas a programas económicos expansivos, porque no permite un "chorreo" de los beneficios del crecimiento en los estratos de menos recursos. Se sigue apreciando, por el contrario, que hay un alto nivel de subempleo, pobreza extrema, de desnutrición, mortalidad infantil, deserción escolar, y ciudades como Huancavelica y Ayacucho tienen hasta un 80% de pobres». VERA, Manuel. *Avances en la economía social de mercado en el Perú: antecedentes, hechos estilizados y una mirada desde un modelo económico de la pobreza y*

Como señala Lourdes Flores, los elementos del sistema de economía social de mercado que han sido consagrados tanto en la Constitución como en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional impulsan a que se geste una nueva etapa de modernización, la cual permitiría:

- (i) la expansión y consolidación de los beneficios de la libertad económica;
- (ii) una adecuada distribución de los ingresos que el crecimiento genera;
- (iii) el fortalecimiento de un Estado descentralizado que cumpla su función constitucional normativa y promotora;
- (iv) el reconocimiento de la diversidad y de la pluralidad nacionales como un factor de enriquecimiento del proceso de modernización;
- (v) la integración como un elemento de cohesión en el marco del pluralismo existente⁵⁵⁶.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional tiene una importante labor.

Evidentemente, en nuestro país se refleja la llamada «fórmula irenarca» propuesta por Alfred Müller-Armack: hay una combinación del principio de libertad de mercado con el principio de la compensación social⁵⁵⁷.

educación. Tesis de pregrado. Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín (UNSA), Facultad de Economía, Escuela Profesional de Economía, 2010, p. 2.

⁵⁵⁶ FLORES, Lourdes. *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Óp. Cit., pp. 291-292.

⁵⁵⁷ «En nuestro concepto, la fórmula también debe entenderse como el mecanismo más idóneo que, partiendo de la diferencia y reconociéndola:

- (i) Comprenda y respete la diversidad, valorando el aporte de lo diferente en la generación de riqueza.
- (ii) Confiera a través del derecho genuinos instrumentos para beneficiarse de los recursos que corresponden, integrando al mercado a quienes están excluidos de él.
- (iii) Permita una coparticipación en la generación de riqueza que constituya un factor de integración donde hay conflicto y segregación.

Concluimos este trabajo señalando que, en nuestro concepto, el desarrollo de la propuesta formulada contribuiría a consolidar una modernización democrática y pluralista, que estimamos fundamental en nuestro país». FLORES, Lourdes. Óp. Cit., p. 304.

CAPÍTULO IV: EVALUACIÓN PREVIA A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES DENTRO DEL MARCO TEÓRICO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

En este capítulo esbozaremos los cimientos del derecho de la competencia, para situarnos y ser conscientes de la importancia del bien jurídico que tutela, las políticas de protección de libre competencia, los mecanismos de concentración empresarial existentes en la doctrina, etc. Le dedicaremos un capítulo exclusivo a estos aspectos que enmarcarán lo que posteriormente aseveremos.

Al ser el tratamiento legal en el Perú nuestro foco de atención ante la necesidad que acarrea desde hace varios años su regulación, toda la doctrina que citaremos en esta parte estará íntimamente relacionada a la realidad peruana, para aterrizar, poco a poco, en lo que será conveniente considerar.

En adición a ello, hemos considerado pertinente agregar las experiencias internacionales más influyentes y representativas a nivel mundial. Empezaremos por la cuna del tratamiento de nuestro tema en cuestión: Estados Unidos. Luego abordaremos los antecedentes más directos a nuestra legislación en la materia: la Unión Europea. Por último, pero no menos importante, señalaremos el abordaje en los países más representativos de América Latina en cuanto a legislación referencial: Colombia, Chile y Argentina.

Para concluir, trataremos el estándar de en qué consiste el abordaje de la evaluación previa a las concentraciones empresariales, dejando en claro que no atenta contra la inversión privada ni reprime el crecimiento de las empresas, sino que, por el contrario, garantiza una libre competencia.

1. DERECHO DE LA COMPETENCIA

1.1. Definición, finalidad y bien jurídico protegido

Antes de definir lo que entendemos por derecho de la competencia, es importante señalar que esta rama del derecho surge como parte del sistema económico liberal. Producto de ello, se evidenció excesos propios del individualismo extremo⁵⁵⁸, motivo por el cual fue necesario que el Estado cuente con un instrumento que regule y garantice el correcto funcionamiento del mercado⁵⁵⁹ y el comportamiento de sus agentes económicos: «el derecho de la competencia es el instrumento regulador de la economía liberal»⁵⁶⁰.

En razón a un consenso doctrinario, el derecho de la competencia se divide en un par de disciplinas⁵⁶¹: la defensa de la competencia (o derecho antitrust [antimonopolios]) y el derecho de la competencia desleal, las cuales — a pesar de pertenecer a campos distintos por su propia finalidad— se complementan, debido a que «cada una de ellas suple las carencias de la otra

⁵⁵⁸ «El Derecho de la libre competencia surge de la imperiosa necesidad de proporcionar al Estado normas que le permitan controlar los excesos de los ofertantes en materia de producción, así como reprimir y castigar dichos excesos sentando las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado». FLINT, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2002, p. 23.

⁵⁵⁹ «[Para el derecho antimonopolios] el mercado es un producto o un grupo de estos en un espacio geográfico determinado al cual se le hacen una serie de análisis económicos y jurídicos con el propósito específico de extraer conclusiones relacionadas con el poder de mercado o la realización de posibles conductas anticompetitivas». CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Bogotá: Temis; Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 93.

⁵⁶⁰ ROJAS LEO, Juan Francisco. «Derecho de la competencia, funcionamiento del mercado y realidad latinoamericana». En CASTILLO, Mario (coordinador). *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Volumen III. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 2125.

⁵⁶¹ «Tanto en el Derecho comunitario como en el Derecho español la defensa de la libre competencia se desdobra en dos vertientes: prohibición de acuerdos o concertos que restrinjan la libre competencia y prohibición de explotación abusiva de la posición dominante, amén de los controles sobre concentraciones de empresas y sobre las ayudas públicas». COSCULLUELA, Luis y Mariano LÓPEZ. *Derecho público económico*. Tercera edición. Madrid: Lustel, 2009, p. 256.

con el fin de proteger la libre y leal competencia, mediante la formulación de principios normativos, reglas de conducta y sanciones jurídicas»⁵⁶².

Por un lado, el derecho antitrust se encarga de garantizar las condiciones básicas para que se dé la competencia entre los agentes económicos participantes en el mercado⁵⁶³. En otros términos, «representa la posición del ordenamiento jurídico frente a las limitaciones impuestas a la competencia por los propios competidores. No establece limitaciones a la competencia, sino que determina la licitud o ilicitud de las impuestas por los competidores mismos, ya a través de una acción individual, bien mediante acciones concertadas entre varios»⁵⁶⁴. Por otro lado, el derecho de la competencia desleal está enfocado a analizar la conducta correcta con la que deben desempeñarse los participantes en el mercado⁵⁶⁵. Es decir, esta disciplina «está constituida por un sistema de verdaderas limitaciones legales a la libertad de competir, en cuanto prohíbe desarrollar la competencia con medios que se consideran reprobables, con actuaciones irregulares e incorrectas»⁵⁶⁶.

A continuación, nos enfocaremos a describir cuál es el bien jurídico y la finalidad del derecho de la competencia, para, de este modo, recabar los elementos esenciales para lograr definirlo.

Pues bien, cuando aludimos al bien jurídico nos referimos a aquel valor, fijado en la Constitución, traducido como aquel interés que desea tutelarse en la

⁵⁶² KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009, p. 515.

⁵⁶³ En Colombia, por ejemplo, se garantiza la competencia mediante estos medios: «1) reprimiendo una serie de comportamientos que de acuerdo con la experiencia tienden a exterminar injustificadamente la competencia o explotar abusivamente el mercado; 2) previniendo que algunas situaciones adversas a la competencia derivadas de las grandes integraciones empresariales se materialicen afectando el mercado; y 3) tendiendo a crear un medio amigable a la competencia mediante el ejercicio de la abogacía de la competencia, para que la cultura de la competencia penetre en el tejido social y también que la regulación económica no afecte injustificadamente la libre competencia». CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., p. 1.

⁵⁶⁴ FERNÁNDEZ, Juan Manuel. “El derecho de las limitaciones de la competencia”. En BAYLOS, Hermenegildo. *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. Tercera edición. Navarra: Aranzadi, Civitas, 2009, p. 336.

⁵⁶⁵ CORTÁZAR, Javier. Óp. Cit., p. 2.

⁵⁶⁶ FERNÁNDEZ, Juan Manuel. Loc. Cit.

sociedad⁵⁶⁷. En este caso, la libertad de competencia es el bien jurídico que el derecho de la competencia tutela, debido a que la protección legal de la competencia es esencial para el correcto funcionamiento del sistema de economía de mercado⁵⁶⁸. En sintonía, como señala Pinkas Flint⁵⁶⁹, debe presenciarse el ejercicio de una actividad libre, la libertad de los empresarios competidores para ofrecer bienes y servicios en condiciones óptimas y la libertad de los consumidores para elegir la mejor alternativa.

Cabe mencionar, además, que el bien jurídico del derecho de la competencia no ha sido el mismo siempre. Al principio, se limitaba a proteger los derechos subjetivos del empresario⁵⁷⁰; en la actualidad, se vela por los intereses de los consumidores y, en general, por los de todo aquel que participe en el mercado⁵⁷¹. «La concepción tradicional del bien jurídico tutelado es de

⁵⁶⁷ FLINT, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Óp. Cit., p. 26.

⁵⁶⁸ «Ahora bien, la libertad de competencia como valor, dentro de una economía social de mercado, ha sido unánimemente reconocida como bien jurídico. Su importancia radica en la operatividad que otorga al sistema de economía de mercado; la libre competencia es el instrumento que hace real la consecución, no solamente de fines económicos (aumento de bienestar), sino también de fines políticos: el permitir el máximo desarrollo posible de libertad individual». ABANTO, Manuel. «La protección penal de la competencia». *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 36, 1997, p. 144.

⁵⁶⁹ FLINT, Pinkas. Óp. Cit., p. 38.

⁵⁷⁰ «Como hemos observado, la protección tradicional que el Ordenamiento jurídico liberal concede a la competencia se limita al reconocimiento y tutela, en favor del empresario, de derechos subjetivos absolutos sobre bienes de la propiedad industrial de la empresa frente a las usurpaciones de otros competidores, y a la garantía de la libre iniciativa económica privada frente a las injerencias del propio Estado. [...] En los últimos veinte años esta concepción individualista y abstracta de la libre competencia ha venido siendo objeto de duras críticas en un contexto socioeconómico en el que el empresario, la empresa y los modos de ejercitar la actividad empresarial (aspecto este fundamentalmente referido a la competencia económica) adquieren una nueva dimensión dinámica y social. En efecto, como ha puesto de manifiesto DUQUE, el empresario ya no es considerado como individuo abstracto y aislado, sino como miembro de una comunidad cuya actividad empresarial está flanqueada por el concurso de otras personas como productores en el momento de la producción, y como consumidores en el de la comercialización. Por su parte, el empresario, en el ejercicio de su actividad económica y en el uso de su propiedad o titularidad de los bienes y derechos que integran la empresa, no goza ya de unos poderes incondicionales e ilimitados, “sino limitados intrínsecamente por el uso que hace de los mismos, uso que es enjuiciado o valorado comunitariamente por la adecuación del uso elegido —dentro de los varios posibles— a la finalidad social”». FONT, Juan. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 114.

⁵⁷¹ «El Derecho de la competencia nace del sistema económico liberal y evoluciona al compás de las transformaciones socioeconómicas ocurridas durante las últimas décadas. Inicialmente concebido como un sistema inhibicionista, este es paulatinamente reemplazado por una intervención pública más o menos acusada en sintonía con las nuevas corrientes políticas superadoras de los postulados económicos

naturaleza individual y abstracta en tanto que la moderna es una de “libertad de los participantes en el proceso económico”»⁵⁷².

Bajo este tenor, José Carlos Laguna De Paz destaca, en tres puntos, por qué es necesaria la protección de la competencia:

1. La competencia contribuye a la eficiencia económica. La oferta se orientará a la demanda, recompensando a las mejores empresas y dificultando la aparición de posiciones de dominio de mercado.
2. La protección de la libre competencia es una exigencia del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional español, al destacar que la tutela de la concurrencia no restringe, sino que protege esta libertad, que -en otro caso- se vería amenazada por el "juego incontrolado de las tendencias naturales del mercado".
3. La defensa de la competencia sirve también a la protección de los intereses de los consumidores. Es garantía de que los acuerdos y prácticas concertadas no se traduzcan en incremento de precios o reducción de cantidades y calidades. Impide que el poder de mercado se adquiera por medios ilícitos, restringiendo la concurrencia. No permite el abuso de la posición de dominio en el mercado. Excluye las ayudas públicas anticompetitivas⁵⁷³.

Dentro de este orden de ideas, la finalidad del derecho de la competencia es «garantizar un adecuado funcionamiento del mercado para la satisfacción de los consumidores»⁵⁷⁴. Es decir, hacer prevalecer el principio de

liberales, y en concordancia con los principios y valores normativos incorporados en las Constituciones económicas modernas, algunas de las cuales persiguen la edificación de un Estado Social y Democrático de Derecho. El Derecho de la competencia se integra dentro de la llamada economía social de mercado, y abandona sus preocupaciones únicas por la propiedad y el status profesional de los empresarios, para convertirse en una rama comprometida con la defensa de la institución de la competencia en interés de todos los sujetos que participan en el mercado». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., pp. 514-515.

⁵⁷² FLINT, Pinkas. Óp. Cit., p. 26.

⁵⁷³ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. “El derecho de la competencia a la luz de un derecho administrativo ‘garantista’”. En INDECOPI. *Legislación y políticas de competencia en la Comunidad Andina*. Lima: Indecopi, 2005, pp. 52-53.

⁵⁷⁴ ROJAS LEO, Juan Francisco. “Derecho de la competencia, funcionamiento del mercado y realidad latinoamericana”. Óp. Cit., p. 2126. En el mismo sentido, José Carlos Laguna De Paz enfatiza el papel e importancia de los consumidores: «En síntesis, puede decirse que su finalidad es la *protección del*

la libre competencia⁵⁷⁵, lo cual significa defender al mercado como institución⁵⁷⁶, ya que el derecho de la competencia es un mecanismo de intervención necesario en el funcionamiento del mercado, por lo que debe ser utilizado con equilibrio entre la eficiencia económica y el bienestar de las personas⁵⁷⁷, de lo contrario, se desestabilizaría el sistema de economía de mercado⁵⁷⁸.

Con todo lo abordado hasta el momento, aterricemos, pues, en una definición del derecho de la competencia. Podemos decir, entonces, que el derecho de la competencia —a través de las dos disciplinas que la componen: el derecho antimonopolios y el derecho de la competencia desleal— es aquel mecanismo de intervención necesario en el funcionamiento del mercado, expresado en un conjunto de normas⁵⁷⁹ (principios normativos, reglas de

*proceso competitivo en el mercado y, con ello, la tutela de los intereses de los consumidores. [...] La política de la competencia no debe convertirse en política industrial, comercial, de defensa de los consumidores o ambiental. Lo específico del Derecho de la Competencia es la protección de los consumidores a través de la protección del proceso competitivo en el mercado». LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho administrativo económico*. Navarra: Aranzadi; Civitas, 2016, p. 318. «El Derecho de la competencia —el denominado Derecho antitrust— constituye un sector del ordenamiento jurídico que tiene como finalidad garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados». GARCÍA, Fernando. “Fundamentos del derecho de la libre competencia”. En BELLO, María y Francisco HERNÁNDEZ (coordinadores). *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Navarra: Aranzadi, 2009, p. 49.*

⁵⁷⁵ «El Derecho de las limitaciones de la competencia persigue que prevalezca el principio de la competencia en la acción concurrencial». FERNÁNDEZ, Juan Manuel. “El derecho de las limitaciones de la competencia”. *Óp. Cit.*, p. 337.

⁵⁷⁶ «[...] en puridad, el Derecho de la Competencia sólo persigue que el mercado funcione correctamente y que se respeten por todos los agentes y operadores económicos las reglas de juego por las que dicho mercado se rige. Con palabras certeras lo ha expresado nuestro Tribunal Constitucional cuando ha dicho que la defensa de la competencia es una actividad administrativa dirigida a prevenir y, en su caso, reprimir las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado (STC 71/1982). Dicho en otras palabras, a través del ordenamiento de la libre competencia lo que se persigue es la defensa del mercado en cuanto institución». COSCULLUELA, Luis y Mariano LÓPEZ. *Derecho público económico*. *Óp. Cit.*, p. 255.

⁵⁷⁷ ROJAS LEO, Juan Francisco. “Derecho de la competencia, funcionamiento del mercado y realidad latinoamericana”. *Óp. Cit.*, pp. 2126-2127.

⁵⁷⁸ «Si los operadores económicos pudiesen alterar libremente las reglas vigentes en el mercado, se haría peligrar la subsistencia de la Economía de mercado, basada en la libre competencia, que constituye a su vez uno de los pilares esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho [...]». PÉREZ, Patricia. “La importancia del derecho de la competencia para el correcto funcionamiento de la economía, especialmente en épocas de crisis”. *Strategy & Management Business Review*. s/l, volumen 3 (1), 2012, p. 60.

⁵⁷⁹ «[El derecho de la competencia] es el conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial, para que prevalezca en el increado el principio de competencia y la lucha entre los competidores se desenvuelva con lealtad y corrección». FERNÁNDEZ, Juan Manuel. “El derecho de las limitaciones de la competencia”. *Óp. Cit.*, p. 335. «Para que el reconocimiento de la libre competencia sea efectivo en la

conducta y sanciones jurídicas) destinadas a regular la actividad de concurrencia en el mercado, cuyo propósito es proteger a la libertad de competencia (bien jurídico) para garantizar un adecuado funcionamiento del mercado.

1.2. Principio de libre competencia económica

Ya que hablamos de derecho de la competencia, es menester desarrollar el principio constitucional de libre competencia económica. Para empezar, el término «competencia» (no confundirla con «conurrencia»⁵⁸⁰) —desde ya— refleja aquella pugna, lucha, disputa entre personas por conseguir objetivos similares. Pero, ¿en qué momento la competencia económica adquiere relevancia jurídica? Pues, cada vez que concurre, por un lado, las necesidades de los consumidores y, por otro lado, los bienes y servicios ofrecidos por empresarios independientes⁵⁸¹.

En resumidas cuentas, cuando hablamos de competencia económica nos referimos a aquel concepto pluridimensional⁵⁸² que es «la fuerza reguladora del

práctica, es necesario que se aprueben determinadas medidas orientadas a protegerla frente a comportamientos y actuaciones que puedan o bien hacer peligrar su existencia, o bien deteriorarla (Botana, 1984), que vienen a ser las normas de defensa de la competencia, donde se prevén determinadas conductas ilícitas por vulnerar la libre competencia». PÉREZ, Patricia. Óp. Cit., p. 60.

⁵⁸⁰ «Es preciso tener presente que competencia y concurrencia no son conceptos iguales ni expresan lo mismo. Concurrencia, en términos económicos y jurídicos, es la junta de varias personas o empresas en el mercado, el poder o facultad de acudir a este. Tiene una connotación cercana a la de acceso al mercado. Competencia es oposición, rivalidad, lucha en el mercado entre dos o más que a él acuden, o que ahí ya están. Mientras que la concurrencia hace pues referencia a la pluralidad de empresarios oferentes de bienes o servicios en el mercado, competencia significa rivalidad entre ellos». KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., pp. 495-496.

⁵⁸¹ FONT, Juan. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 1987, pp. 27-28.

⁵⁸² «Mas he aquí que a pesar de la apreciable atención que la doctrina jurídica (fundamentalmente la germana) ha dedicado a la noción de competencia, no se ha podido llegar a un concepto unívoco —ni unitario— de la misma. En efecto, apenas examinemos las disposiciones legales que tienen como objetivo la regulación de la competencia y nos introduzcamos en los estudios doctrinales sobre la materia, llegamos a la conclusión de que la competencia es un fenómeno complejo que ni económica ni jurídicamente guarda una uniformidad de significado y relevancia, razón por la cual se resiste a ser encuadrada en un concepto cerrado y unívoco. En realidad, la competencia es un concepto *pluridimensional* que acoge perfiles o aspectos diferentes contemplados de forma autónoma y fragmentaria en normas legales integradas, generalmente, en disciplinas jurídicas hasta ahora distintas: existe, en efecto, una dimensión *estructural* o *concurrencial* de la competencia según la cual ésta se concibe como relación (*Beziehung*) de una pluralidad de sujetos económicos que actúan en el marco de

libre mercado»⁵⁸³, debido a que la competencia garantiza que la disputa entre los proveedores de bienes y servicios por la preferencia de los consumidores, asegurando que estos elijan con total libertad, actuando independientemente⁵⁸⁴. Lo que nos lleva a señalar que la protección de los intereses de los consumidores es la razón de ser de todas las legislaciones en torno a la defensa de la competencia: «Existe en las legislaciones el interés de proteger ya sea directa o indirectamente los intereses de los consumidores. La competencia no es el fin último a proteger sino el marco que garantiza que los consumidores se beneficiarán por su existencia y fortalecimiento»⁵⁸⁵.

En ese sentido, el español Juan Ignacio Font Galán expuso tres presupuestos mínimos para que pueda desarrollarse una efectiva competencia económica:

«[...] la competencia económica, como “motor” del sistema de economía de mercado, requiere para su efectivo funcionamiento los siguientes presupuestos mínimos:

- a) Ejercicio de una *actividad económica libre* por parte de una *pluralidad de empresarios*.
- b) Libertad de los empresarios competidores para ofrecer al público, aun dentro de ciertos límites, aquellas condiciones de contratación y ventajas comerciales que estimen oportunas.

un determinado mercado; existe, también, otra dimensión *dinámica* o *competitiva* del fenómeno conforme a la cual la competencia se concibe como un proceso de actuaciones (*Verhaltensprozess*) a través del cual aquella pluralidad de personas lucha entre sí por conseguir la misma meta económica en una misma unidad de tiempo y espacio; y, finalmente, existe también una dimensión *ideológica* o *político social* —y que por ello mismo tiende a ejercer una evidente función (de política del Derecho) inspiradora del sistema socioeconómico de economía de mercado— para la cual la competencia conforma un particular sistema institucional de vida social (*Lebens-und Socialsystem*) dentro del cual se ordenan las actividades de los sujetos económicos». Ídem, pp. 31-33.

⁵⁸³ ROJAS LEO, Juan Francisco. “La defensa de la competencia en una nueva dimensión”. *Coyuntura. Análisis Económico y Social de Actualidad*. Lima, noviembre-diciembre, 2005, p. 16.

⁵⁸⁴ «La característica más relevante del mercado competitivo es que vendedores y compradores actúan de manera independiente. Esta independencia obliga a los vendedores a buscar por sí mismos la oferta del producto que mejor satisface a los consumidores, con la incertidumbre que supone saber que si la calidad es peor que la de alguno de sus rivales o el precio es más alto, el consumidor se decantará por la oferta del competidor antes que por la suya». GARCÍA, Fernando. “Fundamentos del derecho de la libre competencia”. Óp. Cit., pp. 37-38.

⁵⁸⁵ FLINT, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Óp. Cit., p. 33.

c) *Libertad de consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los empresarios que ofrezcan los bienes o servicios que necesitan; esto es, libertad de elección de las ofertas de bienes o servicios en el mercado*⁵⁸⁶.

Otro punto a considerar es aquella ineludible relación entre el Derecho y la Economía al tratar la competencia⁵⁸⁷; ello a razón de que el Derecho regula conductas sustentadas en un modelo económico⁵⁸⁸ que contempla el ordenamiento jurídico correspondiente. «Por ello, todo intento de elaborar una *noción jurídica de competencia económica* útil y operativa en la aplicación del Derecho de la competencia requiere, previamente, tener en cuenta las *características socioeconómicas del régimen u orden del mercado en la que se genera y desarrolla* (actualmente en los países occidentales) *la competencia*»⁵⁸⁹.

En efecto, ya que la competencia económica implica un enfrentamiento entre los agentes del mercado, surge el daño concurrencial, el cual es aquel que se da como consecuencia de la elección del producto rival que hace el consumidor⁵⁹⁰. Cabe resaltar que este daño —en principio— es lícito, porque responde al normal desenvolvimiento del mercado⁵⁹¹. En cambio, cuando la

⁵⁸⁶ FONT, Juan. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Óp. Cit., pp. 52-53.

⁵⁸⁷ La noción de «competencia económica» proviene de la Economía. FERNÁNDEZ, Juan Manuel. “La competencia económica”. En BAYLOS, Hermenegildo. *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. Óp. Cit., p. 299.

⁵⁸⁸ FLINT, Pinkas. Óp. Cit., p. 23.

⁵⁸⁹ FONT, Juan. Óp. Cit., p. 34.

⁵⁹⁰ «La competencia entre los agentes del mercado supone un enfrentamiento: cada vez que un producto ofertado por un agente económico es dejado de lado por la elección del producto rival, el agente económico sufre un daño, sufre una afectación en su expectativa de permanecer en el mercado, en su ilusión de ganar la competencia. A esta situación de daño reiterado, permanente y dinámico al que se encuentran expuestos los agentes económicos, el Derecho de la Competencia le llama daño concurrencial. El daño concurrencial es un instrumento válido del proceso competitivo, siempre y cuando sea el resultado de prácticas aceptables y no prohibidas de competencia». ROJAS LEO, Juan Francisco. “Derecho de la competencia, funcionamiento del mercado y realidad latinoamericana”. Óp. Cit., p. 2124.

⁵⁹¹ «En efecto, el daño concurrencial —o sea, el que se causa a los competidores— es lícito en principio, pues es parte de la dinámica misma del mercado y es que resulta lógico que en la pugna entre agentes económicos por la preferencia del consumidor o usuario, el ganador cause un perjuicio al perdedor. Un producto más vendido por un empresario es un producto menos que su competidor puede colocar en el mercado». LUNA, Carlos. “Las políticas de competencia y la función regulatoria en los servicios públicos de telecomunicaciones”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 163, 2007, p. 127. «El régimen de competencia está basado, no en la ilicitud, sino en la licitud del daño concurrencial: es perfectamente

competencia es ilícita, hablamos de sus dos manifestaciones: la competencia prohibida (hay una obligación legal de abstenerse [mediante ley o contrato]) y la competencia desleal (la actividad es lícita pero lo que está prohibido es ejercerla mediante ciertos medios especificados en la ley)⁵⁹².

La libre competencia es un principio constitucional puesto que es un elemento fundamental de la economía social de mercado. Por lo tanto, cualquier excepcional restricción a dicho principio debe realizarse a través de una ley formal y debe estar justificada bajo los lineamientos de la Constitución⁵⁹³. En adición, es menester resaltar que la libertad de competencia es un derecho y una obligación, contando con base constitucional implícita (artículos 58 [«la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado] y 59 [«se garantiza la libertad de empresa»]) y explícita (artículo 61 [«el Estado facilita y vigila la libre competencia, y combate las prácticas que la limiten y el abuso de posición de dominio»])⁵⁹⁴.

Además, como señala Font Galán, la libre competencia está conformada por libertades económicas y jurídicas:

En realidad, la libre competencia es una libertad integrada tanto por las denominadas libertades económicas (libertad de establecimiento, y de circulación de personas, bienes, servicios y capitales) —de las que aquella es expresión genuina y esencialísima—, como por las libertades de cuño jurídico, específicamente contractuales. En este sentido, la libre competencia se concibe como el resultado fáctico y efectivo de la integración de las libertades económicas mencionadas y de aquellas libertades jurídicas coadyuvantes a la

admisible y resulta inevitable que el competidor, en el desarrollo normal y legítimo de su actividad, cause un perjuicio a los concurrentes. Se comprende así teniendo en cuenta simplemente el concepto vulgar y empírico de competencia que tenemos dado: si la competencia consiste en aquella situación en que cada empresa se representa como una ocasión comercial perdida toda transacción efectuada por un competidor, de ello se deduce que en definitiva vender es quitarle un comprador a otro; lo que resulta totalmente lícito y admisible, a no ser que se empleen para conseguirlo medios en sí mismos ilícitos y reprobables, que es todo el problema de la competencia desleal». FERNÁNDEZ, Juan Manuel. “La competencia económica”. Óp. Cit., p. 304.

⁵⁹² KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009, pp. 497-498.

⁵⁹³ BERCOVITZ, Alberto. *Apuntes de derecho mercantil*. Séptima edición. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 293.

⁵⁹⁴ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Óp. Cit., p. 494.

realización de la libertad de empresa: libertad de iniciativa económica privada (toda persona puede ejercer libremente una actividad económica destinada al mercado), libre autonomía de la voluntad (cada cual puede establecer relaciones jurídicas y fijar su contenido), y libertad para determinar la organización de la propia actividad empresarial, la forma, calidad, cantidad y precio de los productos o servicios. He aquí los elementos típicos que conforman la libre competencia constitucionalmente reconocida en nuestro Ordenamiento jurídico, fundamento del sistema económico de libre empresa, y principio integrador del orden público económico y configurador del funcionamiento del mercado y, por ende, del tráfico comercial y de la actividad externa de la empresa⁵⁹⁵.

En ese sentido, la libre competencia económica busca cumplir una función social, esa es la justificación para que se rija bajo el principio de rendimiento o de eficiencia: «Desde esta nueva concepción dinámica y social, el principio decimonónico de libre competencia tiene, en la actualidad, como presupuesto legitimador inherente a su ejercicio, el cumplimiento de una función social que actúa, a su vez, como límite inmanente de la libertad de empresa en la organización y desarrollo de actividades económicas competitivas»⁵⁹⁶. Lo cual no afecta el contenido esencial de la libertad de empresa; por el contrario, ansía mantener en igualdad a los agentes económicos participantes en el mercado y proteger a los consumidores y a los usuarios⁵⁹⁷.

Para analizar y entender el concepto económico de la competencia, surge un par de modelos desde los cuales podemos hacerlo: el modelo de competencia perfecta y el modelo de competencia imperfecta.

El primer modelo es ideal, puesto que en él la producción de los bienes es máximo y el precio de venta es mínimo: «todos los bienes son producidos por los fabricantes más eficientes, todos los consumidores son tan adinerados como pueden ser, no existen monopolios y no hay utilidades excesivas porque

⁵⁹⁵ FONT, Juan. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 1987, pp. 61-62.

⁵⁹⁶ Ídem, p. 116.

⁵⁹⁷ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Óp. Cit., p. 495.

los precios están fijados al costo marginal de producción»⁵⁹⁸. «[...] en pocas palabras consiste en mercados con una pluralidad de oferentes, ninguno de ellos con poder dominante, enfrentándose por conseguir el favor de una también pluralidad de consumidores bien informados. En tales circunstancias, el resultado entonces es que el precio es igual al costo marginal, lo que supone la ausencia de una utilidad superior al costo marginal, que es lo que caracteriza al monopolio»⁵⁹⁹.

El modelo de competencia perfecta es solo un modelo didáctico: no existe⁶⁰⁰. Esto a razón de que los mercados no están exentos de imperfecciones, evidentemente⁶⁰¹. Incluso Guillermo Cabanellas no consideró relevante darle importancia a su estudio: «No sólo no responde la competencia perfecta a la realidad imperante en la mayoría de los mercados de las economías industrializadas, sino que tampoco resultan válidas las hipótesis sobre la base de las cuales se puede afirmar el carácter maximizador del bienestar de la competencia perfecta»⁶⁰².

Evidentemente, como señalan María del Rosario Quiroga y Miguel Rodríguez, se presentan situaciones y actuaciones que distorsionan el sistema de señales, imposibilitando que funcione un mercado libre, las cuales pueden originarse a consecuencia de dificultades en la conducta de las empresas dentro de una determinada industria (un monopolio natural, por ejemplo), así como a consecuencia de dificultades en la conducta de las empresas dentro de una industria (abuso de posición de dominio o colusión)⁶⁰³.

⁵⁹⁸ FLINT, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Óp. Cit., p. 154.

⁵⁹⁹ CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., p. 3.

⁶⁰⁰ «Algunos [mercados] se acercarán al modelo [de competencia perfecta], otros se alejarán y otros estarán en el medio, pero ninguno es como el modelo». *Ibidem*. «La competencia perfecta es un modelo de mercado de mucha importancia ya que a partir de éste se pueden analizar los problemas más complejos que se presentan en la realidad». FLINT, Pinkas. Óp. Cit., p. 157.

⁶⁰¹ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho administrativo económico*. Óp. Cit., p. 320.

⁶⁰² CABANELLAS, Guillermo. *Derecho antimonopolístico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires: Heliasta, 1983, pp. 41-42.

⁶⁰³ QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Cultural Cuzco, 1997, pp. 33-34.

En ese sentido, tiene que darse cuatro condiciones en el mercado para encontrarnos en un escenario de competencia perfecta⁶⁰⁴: los bienes ofertados

⁶⁰⁴ «[la competencia perfecta] requiere que se presenten las siguientes condiciones en el mercado, para que ninguna empresa sea capaz de determinar por sí sola las condiciones de oferta: -Productos homogéneos. Todos los bienes ofertados deben tener características idénticas o muy similares, de modo que los consumidores los asuman como bienes homogéneos independientemente de quien los provea y no tengan preferencias marcadas hacia alguno de esos bienes. Con ello, la sustitución entre los productos de cualquier proveedor es totalmente posible. / -Gran número de vendedores y compradores. Las compras y ventas se producen entre un sinnúmero de proveedores y clientes, con lo cual las cantidades involucradas en cada transacción son muy pequeñas como para impactar en las condiciones del mercado. / -Información perfecta. Todos los participantes en el mercado deben tener información completa y simétrica sobre las características y calidad de los productos, cantidades producidas, precios cobrados, entre otros, con lo cual los consumidores siempre tendrán información oportuna y suficiente para tomar decisiones de compra adecuadas. / -Ausencia de barreras importantes de acceso al mercado. La posibilidad de entrada y salida de empresas en el mercado debe ser libre, es decir, no deben existir mayores obstáculos o costos que inhiban la decisión de cualquier empresa o inversionista de entrar en una determinada actividad económica e irse del mercado de forma casi inmediata, si lo considera conveniente a sus intereses». QUINTANA, Eduardo. *Libre competencia. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Lima: Indecopi, 2013, pp. 14-15. «La competencia perfecta, tal y como la hemos descrito, es un modelo económico que sólo tiene lugar cuando se dan, entre otras, las circunstancias siguientes: a) hay un número elevado de compradores y vendedores, de modo que ninguna empresa puede por sí misma condicionar el precio del producto; b) los productos son homogéneos para que los consumidores puedan encontrar alternativas a los mismos; c) no existen barreras de entrada que impidan a las empresas introducirse en un determinado sector económico; y d) el mercado es transparente: consumidores y proveedores disponen de la información necesaria para adoptar correctamente sus decisiones. No obstante, en la práctica este modelo no se cumple en la mayoría de los mercados en los que es frecuente que no todos los competidores tengan el mismo poder económico, los productos no sean intercambiables, existan barreras de entrada y los consumidores y clientes no dispongan del mismo nivel de información. Con todo, los estudios económicos sobre el funcionamiento de los mercados plenamente competitivos son útiles porque nos permiten aventurar cómo han de comportarse las empresas en ausencia de esta clase de condicionantes». GARCÍA, Fernando. “Fundamentos del derecho de la libre competencia”. Óp. Cit., p. 38. Alfonso Calvo le adhiere una condición más: la movilidad de los factores de producción: «El concepto de competencia perfecta (*perfect competition*) fue acuñado por A. MARSHALL en sus *Principles of Economics* (London, 1890). Conforme al pensamiento económico clásico, sólo hay competencia perfecta, cuando un mercado cumple cinco condiciones (R. BARRE): a) Atomicidad. Conforme a este sistema económico, existe una pluralidad —en principio, ilimitada— de sujetos que participan en el mercado, ofertando (*atomistic industries*) o adquiriendo diversos bienes y servicios, agentes económicos a los que se les reconoce un tratamiento jurídico substancialmente igual. Como consecuencia de ello, el precio es para la empresa un dato objetivo y externo, que le es suministrado por el proceso económico general. La empresa se ve obligada a adaptar su comportamiento económico a la situación cambiante del mercado y el consumidor puede libremente elegir entre varias alternativas según sus preferencias. b) Trasparencia: Gracias a la circulación y accesibilidad de la información sobre el mercado, las empresas pueden adaptar a él su comportamiento y el consumidor, elegir entre los bienes o servicios ofertados con información suficiente para ello o, al menos, con la posibilidad de indagarla fácilmente. c) Homogeneidad de los productos: La fungibilidad o sustituibilidad de los productos ofertados en el mercado es tan grande que el consumidor tiene amplias posibilidades de opción (*homogeneous products*). Eso aumenta tanto su poder como disminuye el de las empresas. Aumenta así la competitividad entre las empresas y se las estimula a rebajar precios, mejorar otras condiciones económicas o introducir productos innovadores. El sistema económico, en general, se beneficia y, en particular, los consumidores, cuyo poder crece tanto

deben ser productos homogéneos para que los consumidores cuenten con una amplia gama de alternativas para elegir; debe haber un gran número de vendedores y compradores, para que no se condicione el precio del producto; todos los participantes en el mercado deben contar con información perfecta (el mercado debe ser transparente), con motivo a que los proveedores y los consumidores adopten decisiones adecuadas; y que haya ausencia de barreras importantes de acceso al mercado (ausencia de barreras de entrada).

El modelo de competencia imperfecta, en cambio, es un modelo real. Esto quiere decir que, si bien hay una latente libertad de acceso al mercado y una multiplicidad de empresarios, también puede apreciarse posiciones dominantes en el mercado que aspiran a ser un monopolio o un oligopolio; considerando, además, que sus productos no son homogéneos⁶⁰⁵.

Juan Ignacio Font Galán define las características socioeconómicas de la competencia imperfecta:

- a) Libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios. Pero, de hecho, existen grupos económicos que adoptan en el mercado posiciones dominantes y crean situaciones de monopolio u oligopolio.
- b) Falta de homogeneidad de los productos o servicios y carácter sustituible de los mismos. [...]
- c) Presencia en cada mercado de los denominados poderes económicos o de mercado que controlan o manipulan directa o indirectamente la oferta, la

como disminuye el de las empresas oferentes. Sin embargo, si una empresa consigue diferenciar un producto (*product differentiation*), crea su propio mercado y se sustrae a la competencia de las demás.

d) Movilidad de los factores de producción: la libre movilidad de los precios a los que vienen ofertados los bienes y servicios en el mercado sólo es posible de manera satisfactoria cuando los factores de producción —en especial, el capital y el trabajo, pero también la tierra— pueden transvasarse de un sector de actividad económica a otro o de un lugar geográfico a otro, permitiendo a la empresa adaptarse a las circunstancias cambiantes del mercado o la aparición de nuevos operadores económicos.

e) Ausencia de barreras de entrada: No hay un régimen de libre competencia si el acceso al mercado no permanece abierto (*ease of entry*). Obstáculos artificiales —ad ex. monopolios legales, trabas aduaneras o reglamentaciones técnicas inspiradas por el proteccionismo a las manufacturas nacionales— pueden impedirlo». CALVO, Alfonso. *Derecho antitrust europeo*. Tomo I: Parte General (La Competencia). Madrid: Colex, 2009, pp. 39-40.

⁶⁰⁵ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 503.

demanda, los precios y, en general, las condiciones de cambio o contratación de los bienes y servicios. [...]

d) Tendencia a la concentración de grandes empresas, dando lugar así a situaciones monopolísticas configuradoras de la estructura y funcionamiento del mercado en cuestión, en el que se aprecia, además, un abuso de poder por parte del capital.

e) Intervención del Estado en la economía del país, tanto para regular la vida económica de los distintos sectores industriales y mercados, como para desarrollar directamente actividades económicas.

f) En esta situación económica descrita presidida por el mercado hay que presuponer, como afirma BROSETA, “la existencia de un cierto, aunque relativo, grado de competitividad entre las empresas”, pues “para que exista competencia imperfecta es indispensable la presencia de cierto grado de libertad o de iniciativa privada en el quehacer económico”. [...]⁶⁰⁶.

Tomando en consideración dichas características, el modelo de competencia imperfecta da pie a que surjan casos de concentración empresarial.

Ahora, otro punto a tomar en cuenta es que la competencia económica tiene extremos: la competencia perfecta y el monopolio puro⁶⁰⁷. Ambos extremos son meramente teóricos. Aludimos a ellos porque nos servirán para explicar que la competencia presenta grados, los cuales sirven para contrastarlos con los casos reales, cada uno de estos —dicho sea de paso— con un matiz distinto y particular⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ FONT, Juan. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Óp. Cit., pp. 37-40 y 43-44.

⁶⁰⁷ FLINT, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Óp. Cit., p. 164.

⁶⁰⁸ «La definición del grado de competencia en una situación determinada suele hacerse por su referencia a esquemas ideales que, por serlo, no habrá que pretender que los cumplimente la realidad sino aproximativamente. La confrontación de la situación real con esos esquemas ideales o modelos económicos servirá para medir el grado de competencia que existe en cada caso. Dichos esquemas son fundamentalmente el de competencia perfecta, como modelo del régimen de competencia, y el de monopolio, como modelo de supresión de la competencia». FERNÁNDEZ, Juan Manuel. “La competencia económica”. Óp. Cit., pp. 312-313.

La visión simple del concepto de monopolio alude a que hay un solo vendedor (oferente) de un bien o un servicio que no cuenta con sustitutos aceptables en un mercado determinado; por lo tanto, el vendedor puede modificar su precio de venta⁶⁰⁹.

Se dice que con el monopolio se elimina la competencia, ya que, al haber un único oferente, los compradores no tienen otra opción, convirtiéndose en compradores necesarios ante la posición de dominio generada. No obstante, ya que el concepto de mercancía (producto o servicio) y el concepto de vendedor único son difíciles de delimitar, debe llamarse monopolista no solo a quien posea la oferta total de la mercancía, sino también a quien ostente la posición de dominio⁶¹⁰.

1.3. Políticas de protección de la libre competencia

Las políticas de competencia son «aquellas medidas gubernamentales que afectan la conducta de las empresas y la estructura de las industrias»⁶¹¹.

⁶⁰⁹ FLINT, Pinkas. Óp. Cit., p. 164.

⁶¹⁰ «A) [...] ROBNSON ha razonado que en la noción usual de monopolio existen dos conceptos de muy difícil delimitación: el concepto de la mercancía y el concepto de vendedor único. Para fijar el primero, es preciso considerar que cada tipo de productos admiten matizaciones de calidad y toda una gama de sucedáneos directos, que deben ser tomados en cuenta para determinar si constituyen en realidad modalidades o variantes de una misma especie o mercancías diversas. Respecto a la noción de vendedor único es también relativa. No dejará de ser monopolista en sentido económico quien, poseyendo sobre el mercado de ese producto el poder característico del monopolio, sin embargo, no asuma su oferta total. Ello hace decir a este autor que “existe una gradación continua entre la competencia y el monopolio, como existe entre la luz y la oscuridad o entre la salud y la enfermedad” (407).

Sucede, pues, que la imagen vulgar de monopolio que lo presenta como la otra cara o la otra alternativa posible de la competencia es un esquema demasiado simplista. Del mismo modo que al hablar de la competencia, al referirnos al monopolio es preciso también admitir la posibilidad de que esa situación es susceptible de matices y grados. Así como en una determinada situación de mercado hay más o menos competencia, o competencia más o menos pura, caben también en el monopolio un más y un menos. Ello conduce a la conclusión de que en definitiva las expresiones competencia y monopolio no son en sí mismas antitéticas y excluyentes de la competencia de un modo absoluto y en todos los casos.

B) Todo esto hace preciso concebir el monopolio como una posición dominante, más que como la situación derivada del hecho puro y simple de que para un determinado producto o servicio exista un único oferente. [...] Es preciso, pues, admitir que existen monopolios más o menos influyentes fuertes como posiciones dominantes; lo que obliga a completar el concepto inicial con una referencia al grado de poder asumido en cada caso». FERNÁNDEZ, Juan Manuel. “La competencia económica”. Óp. Cit., p. 319-320.

⁶¹¹ ROCA, Santiago. “Las políticas de competencia en mercados ampliados”. En INDECOPI. *Legislación y políticas de competencia en la Comunidad Andina*. Lima: Indecopi, 2005, p. 108.

Está compuesta por la ley de competencia y por la política económica. Santiago Roca las describe de manera detallada:

La política de competencia está relacionada con políticas de gobierno como el acceso a mercados de bienes, el acceso al mercado de servicios, el comercio, las compras estatales, los estándares, las regulaciones, las privatizaciones, la ley de competencia y la inversión directa extranjera. Asimismo, se busca regular conductas de las empresas como las conductas unilaterales, las conductas colusivas, y las fusiones y concentraciones⁶¹².

Por ende, la legislación de competencia no es el único instrumento de las políticas de competencia⁶¹³. Además de ello, cabe resaltar que la legislación de la competencia (abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la competencia) y la regulación sectorial —como las dos formas mediante las cuales el Estado puede intervenir en la economía— son complementarias, puesto que, por ejemplo, mientras que en nuestro país hubo intervención estructural por parte del Estado en el sector eléctrico, en los demás sectores no se restringían las concentraciones empresariales que puedan generarse⁶¹⁴.

La intervención del Estado en la economía —a través de su actividad regulatoria— es necesaria para contrarrestar las imperfecciones o fallas del

⁶¹² *Ibidem*.

⁶¹³ «La política de competencia se ocupa de definir los valores que inspiran la actuación del Estado respecto del poder económico de las empresas y que, por tanto, son esenciales para el orden económico de una sociedad. Las leyes son un instrumento de la política, pero no son la única forma de lograr los fines de esa política. En este orden de ideas, se ha sostenido que la política de competencia, en un sentido amplio, no comprende sólo a la legislación de competencia, sino también aspectos relacionados con la desregulación, el rol del regulador, etc.». TOVAR, Teresa. *Derecho de la competencia y telecomunicaciones*. Lima: ARA Editores, 2006, p. 25.

⁶¹⁴ «Cabe anotar que, en caso de la política de competencia, en nuestra legislación sectorial de telecomunicaciones no se contempla la intervención estructural, como sí ocurre en el sector eléctrico. Igualmente, salvo este sector, a las demás actividades económicas no se aplican restricciones en cuanto a las concentraciones (fusiones, adquisiciones, etc.) como sí ocurre en otros países sólo se sancionan las conductas contrarias a la competencia. Existen, por tanto, dos formas en que el Estado puede intervenir en las actividades económicas: la regulación y la legislación en materia de abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la competencia (colusión o concertación). La legislación de competencia y la regulación sectorial, en tanto parte ambas de la política de competencia en sentido amplio (acción del Estado frente al poder económico) son complementarias y alternativas, son dos caras de la misma moneda». *Ídem*, p. 29.

mercado⁶¹⁵. En otras palabras, hay ocasiones en las cuales el interés social está por encima de toda intención de lucro económico por parte de los competidores en el mercado. «Por ejemplo, en los casos en que es mucho más eficiente, y por consiguiente en beneficio del interés social, la existencia de una sola empresa que brinde un determinado servicio, por cuanto la duplicidad de la infraestructura requerida resulta innecesaria y únicamente significaría el encarecimiento del servicio, es perfectamente posible sustituir la competencia "en el mercado" por la competencia "por el mercado"»⁶¹⁶.

Evidentemente, las políticas de competencia y la regulación tienen funciones distintas: «las políticas de competencia buscan preservar el proceso competitivo mientras que, por el contrario, la regulación se dirige a obtener un

⁶¹⁵ Las principales fallas del mercado son el poder de mercado, las externalidades, los bienes públicos y la asimetría informativa: «El poder de mercado constituye la capacidad de los productores o consumidores de fijar el precio de un bien de forma unilateral. Esta situación se produce cuando no existe atomismo en el mercado y existe un productor o consumidor con una participación lo suficientemente grande en el mercado que le da la capacidad de afectarlo. El caso más claro de poder de mercado es el monopolio, donde existe un solo proveedor de un determinado bien y no hay posibilidad de que entre al mercado nuevos productores. [...]

El segundo caso de falla del mercado consiste en la existencia de externalidades. Estas representan la afectación de un agente económico por parte de otro al momento de la toma de decisiones. Las externalidades pueden ser positivas o negativas, del productor o de consumidor. La producción de bienes puede generar costos sociales, como por ejemplo daño al medio ambiente, los mismos que no están internalizados, y que determinan una inadecuada asignación de los recursos en la sociedad. Es decir, algunos miembros de la sociedad se benefician con la producción del bien, pero otros se perjudican por este sin recibir un resarcimiento o compensación por el hecho de no estar internalizado este costo. [...]

El tercer caso de falla de mercado consiste en la existencia de bienes públicos. Los bienes públicos son los que escapan a la esfera de lo privado y por consiguiente no pueden ser sujetos de comercialización, o al menos no por parte de un privado. La existencia de estos bienes genera la participación de un *free rider*, quien se beneficia recibiendo el bien, pero no contribuye a financiar su provisión. [...]

Por último, la cuarta falla del mercado consiste en la asimetría informativa. Puede darse el caso de que los agentes del mercado posean información privada que pueden ocultar a los otros actores. Esto hace que en una transacción un agente no pueda identificar cual es la calidad de su contraparte, generando dudas y desconfianzas en las transacciones, pudiendo llegarse a sancionar a agentes que actúan de buena fe y con transparencia y confiar en agentes que no lo hacen. Esta situación reduce considerablemente el número de transacciones, lo que se denomina racionamiento del mercado». ROCHA, Fidel. "Regulación de los servicios públicos. ¿Por qué?, ¿cuándo? y ¿cómo debe intervenir el Estado en el mercado?". *Actualidad Jurídica*. Lima, número 177, 2008, pp. 340-342.

⁶¹⁶ Ídem, p. 339.

resultado concreto, busca que el mercado en el que la competencia no es viable dé los mismos resultados que si existiera competencia»⁶¹⁷.

El objetivo principal (finalidad) de las políticas de competencia es «garantizar el correcto funcionamiento del mercado»⁶¹⁸. En otras palabras, «es el mantenimiento del proceso competitivo en sí a través de la eliminación o prevención de todo tipo de restricciones»⁶¹⁹, en razón de que todo nuevo competidor que se presente en un mercado compita en condiciones de igualdad con los demás. Es por eso que se puede traducir en términos sencillos lo dicho por María del Rosario Quiroga y Miguel Rodríguez: «su objetivo principal es justamente velar por que exista una competencia real en el mercado»⁶²⁰.

No obstante, debemos tomar en cuenta lo que señala el profesor Juan Francisco Rojas Leo⁶²¹ respecto a lo que —realmente— las políticas de competencia buscan garantizar: la convivencia pacífica social. Con esto quiere decir que, si bien es cierto, el aspecto económico es importante porque las políticas de competencia persiguen proteger el correcto funcionamiento del mercado, esta protección debe ser factible de darse siempre y cuando con ella

⁶¹⁷ TOVAR, Teresa. *Derecho de la competencia y telecomunicaciones*. Óp. Cit., p. 30.

⁶¹⁸ Intervención del profesor Juan Francisco Rojas Leo. En ROJAS LEO, Juan Francisco, Luis DIEZ CANSECO y Miguel CANDELA. Mesa redonda: “Cambios en libre competencia. Los funcionarios no pueden actuar ideológicamente”. *Ius et Veritas*. Lima, número 30, 2005, p. 360.

⁶¹⁹ FLINT, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Óp. Cit., p. 224.

⁶²⁰ QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., p. 38.

⁶²¹ «JFR: Desde mi punto de vista, las políticas de competencia tienen por finalidad garantizar el correcto funcionamiento del mercado. Al hacerlo, es decir, al garantizar el funcionamiento del mercado, hacen posible la convivencia social. Las políticas de competencia, como toda estructura de Derecho, buscan garantizar la convivencia pacífica y tienen un claro compromiso con la pacificación de los conflictos sociales. Las políticas de competencia, al estar vinculadas al funcionamiento adecuado del mercado, no pueden dejar de considerar el tema económico, que es central en la vida de la sociedad. Las políticas de competencia persiguen la armonización de la acción económica en la sociedad a través de la acción del mercado y esto no debiera perderse de vista nunca. En el Perú tenemos la ventaja de que nuestra ley nacional -vigente- ha definido el tema con claridad. En efecto, la norma dice expresamente que el objetivo de la política de competencia es la protección del correcto funcionamiento del mercado. Pero no el mercado por el mercado; el mercado en tanto contribuye a generar bienestar para los consumidores. Lo anterior, porque finalmente, el eje de toda organización jurídica, de todo esquema social y de todo esquema de actuación administrativa solo puede ser el bienestar de la persona humana». Intervención del profesor Juan Francisco Rojas Leo. HOLZ, Johanna y Ernesto SALAZAR. “Cambios en libre competencia. Óp. Cit., pp. 360-361.

se genere bienestar para los consumidores. Solo así se dará el ansiado equilibrio.

El derecho de la competencia, en su afán de cumplir la función supervisora y reguladora que le ha encomendado la Constitución al Estado con el fin de vigilar y corregir las fallas del mercado, está conformado por dos áreas distintas, por aquellas dos formas de intervención estatal mediante las cuales se aplica las políticas de la competencia, a las que José Carlos Laguna De Paz denomina «modelos de aplicación del derecho de la competencia»⁶²²: el control de conductas y el control de estructuras (también denominados «control *ex post* y control *ex ante*»⁶²³, «control *a posteriori* y control *a priori*»⁶²⁴ o «derecho antimonopolios correctivo y derecho antimonopolios preventivo»⁶²⁵).

A grandes rasgos, podemos decir que el control de conductas sirve para sancionar actos ya concertados y el control de estructuras para evitar las concentraciones empresariales⁶²⁶.

A través del control de conductas se reprime «aquellos comportamientos de los agentes económicos que se consideran una negación de la acción de la competencia en el mercado»⁶²⁷. Hay que mencionar, además, que el control de conductas se da después de cometido aquel comportamiento prohibido; es

⁶²² «Las normas de defensa de la competencia (i) establecen un *control administrativo previo* respecto de determinadas actuaciones que tienen incidencia en el mercado (concentración empresarial, ayudas públicas). (ii) Además, *prohíben* una serie de conductas anticompetitivas (prácticas colusorias y abuso de posición dominante). En caso de incumplimiento, por una parte, la normativa contempla la intervención de las *autoridades administrativas*, que pueden imponer sanciones y disponer medidas de restablecimiento de la legalidad (*acción pública*)». LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho administrativo económico*. Óp. Cit., 2016, p. 321.

⁶²³ QUINTANA, Eduardo. *Libre competencia. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Lima: Indecopi, 2013.

⁶²⁴ GARCÍA, Fernando. “Fundamentos del derecho de la libre competencia”. Óp. Cit., pp. 38-39.

⁶²⁵ CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., pp. 5-6.

⁶²⁶ LUNA, Carlos. “El sistema jurídico de control de concentraciones empresariales. ¿Resulta necesaria su implementación en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones? *Actualidad Jurídica*. Lima, número 250, 2014, p. 96.

⁶²⁷ ROJAS LEO, Juan Francisco. “Derecho de la competencia, funcionamiento del mercado y realidad latinoamericana”. En CASTILLO, Mario (coordinador). *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Volumen III. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 2133.

decir, hablamos de un control posterior (o *ex post*)⁶²⁸: «El control de conducta culmina su intervención con una sanción. Se entiende que la sanción debe ser drástica y crear los incentivos necesarios para que la conducta no se repita. Si llegara a repetirse, se requiere de una nueva sanción y así hasta doblegar el comportamiento anticompetitivo»⁶²⁹.

Nuestra legislación clasifica estas conductas en dos tipos: el abuso de la posición de dominio (o monopolización) y las prácticas restrictivas de la libre competencia (o prácticas colusorias).

En primer lugar, para entender lo que significa el abuso de posición de dominio en el mercado, la doctrina autorizada señala que es menester entender un par de conceptos: el mercado relevante y la posición de dominio⁶³⁰.

⁶²⁸ «Como regla general, el control de conductas opera luego que la conducta prohibida se ha producido en el mercado, es decir, funciona como una evaluación *ex post* del comportamiento de las empresas, identificando si el mismo ha sido conforme al marco legal o ha incurrido en la práctica prohibida. Dado lo anterior, el control de conductas se aplica en los casos en que el poder de mercado se obtiene por medios ilegítimos como producto de comportamientos inválidos de los agentes económicos». QUINTANA, Eduardo. *Libre competencia. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Óp. Cit., p. 17.

⁶²⁹ ROJAS LEO, Juan Francisco. «Derecho de la competencia, funcionamiento del mercado y realidad latinoamericana». Óp. Cit., p. 2137.

⁶³⁰ «Para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado deben seguirse dos pasos: (1) debe determinarse el mercado relevante, es decir qué bienes y/o servicios puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición en el mercado se quiere determinar, y dentro de qué espacio geográfico se da dicha competencia. Esto porque cuanto más competencia exista, menor será la posibilidad de que se considere que hay una posición de dominio, pero para ello hay que determinar precisamente a qué nivel de competencia está sujeta la empresa; y (2) determinar el nivel de concentración en el mercado, es decir cuál es el poder de mercado real que la empresa tiene en el mercado relevante, una vez determinado este último.

Una vez establecida la posición de dominio de la empresa en el mercado relevante, el paso siguiente es establecer si se abusó o no de tal posición, analizando tanto los supuestos tipificados expresamente en la ley, como los posibles casos de efectos equivalentes que encajen dentro de las cláusulas generales establecidas legalmente». BULLARD, Alfredo. «¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio». *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 36, 1997, p. 67. «[...] para determinar si una empresa ostenta una posición de dominio en el mercado es preciso, en primer lugar, delimitar el mercado relevante, y, en segundo lugar, es preciso analizar cuándo entendemos que una empresa tiene en ese momento una posición de dominio». PACHECO, Matilde. «El abuso de posición dominante en el sector de la telefonía fija». En FONT, Juan y Manuel PINO (coordinadores). *Estudios de derecho de la competencia*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons; Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, p. 415. «Necesariamente se debe recurrir al método tradicional para determinar si una empresa ocupa una posición de poder en el mercado. Y el método tradicional consiste, primero, en definir el mercado relevante; segundo, en computar la cuota de penetración alcanzada en dicho mercado; y, tercero, en decidir si la cuota de mercado es lo suficiente-

Es así que el mercado relevante es —en palabras sencillas— aquel «segmento del mercado en el que se es dominante»⁶³¹; o sea, «es el espacio donde efectivamente compite un producto; es decir, el grupo de clientes a los cuales dicho producto está dirigido y por los cuales compiten. Comprende el mercado real del producto y el de sus bienes o servicios sustitutos»⁶³².

La importancia de determinar el mercado relevante radica en que a partir de esta determinación se analiza la estructura del mercado en específico; de esta manera, sabremos cuántas empresas cuentan con posición dominante en él⁶³³. En ese sentido, se delimita el mercado relevante con el objetivo de identificar si una empresa en concreto está abusando de su poder en aquel mercado, o sea, «qué tanta posibilidad existe de que una empresa fije las condiciones de venta sin el riesgo de verse enfrentada por sus rivales y de perder a su clientela dentro de un ámbito determinado»⁶³⁴.

Ahora bien, existe tres criterios para delimitar el mercado relevante: el mercado del producto⁶³⁵ (o criterio objetivo⁶³⁶), el mercado geográfico⁶³⁷ y el

mente elevada para apreciar la existencia de una posible violación del Derecho antitrust, según la naturaleza de las prácticas empresariales en estudio y el volumen de las ventas de la industria afectada». GINER, César. *Distribución y libre competencia (el aprovisionamiento del distribuidor)*. Madrid: Montecorvo, 1994, p. 118.

⁶³¹ MENDOZA, Dante. “Aspectos generales de la libre competencia y los monopolios en el D.L. 701”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 10, 1995, p. 129.

⁶³² QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., pp. 51-52

⁶³³ FLINT, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Óp. Cit., p. 211.

⁶³⁴ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009, p. 499.

⁶³⁵ «Para su delimitación, debe examinarse cómo afecta a la oferta y la demanda de un producto, el aumento pequeño pero significativo de los precios del mismo, el denominado “SSNIP test” (Small but Significant non Transitory Increase in Price). Si un pequeño aumento en el precio de un producto X hace que los consumidores compren Y, eso significa que X e Y están en el mismo mercado o, lo que es lo mismo, que se trata de productos sustitutos o intercambiables. [...] Asimismo deben observarse las consecuencias que tiene el pequeño aumento del precio del producto desde el punto de vista de la oferta dado que —en ocasiones— los productos no son sustituibles a los ojos del consumidor, pero sí los son para los productores. Por lo tanto, si el aumento del precio de un producto X provoca que los fabricantes de Y comiencen a fabricar X atraídos por el alza de su precio, ello también significa que ambos productos pertenecen al mismo mercado. El sector del papel constituye un ejemplo clásico de este examen de la “sustituibilidad de la oferta”. GARCÍA, Fernando. “Fundamentos del derecho de la libre competencia”. Óp. Cit., pp. 46-47.

⁶³⁶ «Por lo que respecto al criterio objetivo, el mercado relevante se delimita atendiendo a un tipo determinado de producto o servicio. En este sentido lo relevante es la intercambiabilidad o sustituibilidad del producto (o servicio, en nuestro caso) desde el punto de vista de los consumidores o adquirente, es decir, al hecho de que el producto o servicio pueda ser sustituido por otro que satisface las mismas necesidades». PACHECO, Matilde. “El abuso de posición dominante en el sector de la telefonía fija”. Óp. Cit., pp. 417-418. Gonzalo Ruiz expone un ejemplo de mercado del producto: «Si se deseara evaluar las condiciones de competencia en el mercado de cervezas deberíamos partir por una definición restringida del mismo. Por ejemplo, la cerveza marca X. Si la reacción de los consumidores ante incrementos en el precio de dicha cerveza es desplazar su consumo al de cerveza marca Y, ampliarnos nuestro conjunto de productos bajo evaluación, incluyendo dicha marca. Si ante un aumento en el precio de las cervezas X e Y, los consumidores prefieren mayoritariamente consumir otra bebida alcohólica, por ejemplo, el pisco, nuestro nuevo conjunto de productos incluiría también el pisco. La cadena de sustitutos se rompería en el caso en que, ante el aumento de precios, muy pocos consumidores estén dispuestos a reemplazar el consumo de cerveza por el de pisco». RUIZ, Gonzalo. “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 41, 2000, p. 300.

⁶³⁷ «La definición del mercado relevante geográfico es una labor de concreción jurídica de la significación de la cuota de mercado de una empresa porque mediante ella se puede conocer en qué grado las empresas ubicadas en mercados relacionados que ofrezcan el mismo producto u otro sustituto influyen en el comportamiento económico de la empresa situada en el mercado inicialmente considerado». GINER, César. *Distribución y libre competencia (el aprovisionamiento del distribuidor)*. Óp. Cit., p. 126. «Un atributo de suma importancia en cuanto el grado de sustituibilidad de la demanda de un producto es el área geográfica donde éste se ubica. El *Horizontal Merger Guidelines del Department of Justice* de los Estados Unidos establece que “la delimitación del mercado geográfico está constituido por aquella área en la que un monopolista hipotético esté en capacidad de imponer un aumento no transitorio del 5% del precio de un producto o grupo de productos”. Por su parte la Comisión de la Comunidad Europea define el mercado geográfico como aquel que “comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de productos y de prestación de servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a los de aquéllas”». FLINT, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Óp. Cit., pp. 212-213. «Para delimitar geográficamente un mercado es importante obtener la información sobre los flujos de comercio, las correlaciones entre las series de precios entre regiones, así como aquella información que podrían proporcionar las partes involucradas en la investigación. Además se debe analizar las barreras legales tales como los aranceles, medidas para-arancelarias, cuotas de importación o actividades otorgadas en concesión exclusiva a empresas privadas o públicas que evitan la entrada a un mercado geográfico de determinado periodo». Ídem, p. 213. «La localización o ubicación geográfica del proveedor puede constituir una característica o atributo importante de un bien o servicio. Imaginemos que existen dos grifos A y B, que ofrecen llenar un tanque de gasolina de características idénticas por S/. 40. El primero está localizado a 10 kilómetros mientras el segundo a 9 kilómetros. Los costos de transporte son de 1 sol por kilómetro y no existe otro grifo cercano. En las condiciones actuales, preferiríamos acudir al grifo B pues el costo total de consumir un galón sería S/. 49 (S/. 40 más los costos de transporte que son S/. 9), mientras que en el caso del grifo A, el costo total sería de S/. 50. Si el grifo B elevara el precio a S/. 40.5 o S/. 40.9 por tanque lleno, aún continuaría siendo más rentable acudir a B que a A. Sin embargo, si fijara un precio por encima de S/. 41, comenzaría a ser más rentable acudir al grifo A. Es decir, la localización del grifo B, en este ejemplo, le otorga a éste cierta capacidad de variar sus precios -siendo el límite máximo S/. 41 sin que la cantidad demandada de gasolina por los consumidores ubicados en las cercanías se altere sustancialmente. En este sentido, la localización de los proveedores puede constituir un factor que influya en la capacidad que tiene el consumidor de sustituir distintos productos ofrecidos por competidores alternativos». RUIZ, Gonzalo. “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”. Óp. Cit., p. 301.

criterio temporal⁶³⁸. El mercado del producto está compuesto por los bienes sustitutos del producto sujeto a análisis; mientras que el mercado geográfico es aquel área donde se ubican los proveedores alternativos de la empresa en cuestión⁶³⁹. A su vez, el criterio temporal alude a que la posición de dominio a

⁶³⁸ «[...] el concepto relevante de mercado presenta una doble dimensión: territorial, relativa al área geográfica comprendida en aquél, y cualitativa, que hace a los bienes y servicios involucrados. Un tercer elemento, que incide sobre los dos precedentes, es el temporal: cuanto mayor sea el período contemplado para evaluar la reacción de la oferta y la demanda frente a la conducta de un productor cuyo mercado relevante se trata de determinar, tanto mayor será la amplitud de tal mercado». CABANELLAS, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Óp. Cit., p. 307. «Para determinar si existe una posición dominante es punto de partida obligado la delimitación del mercado relevante, a cuyos efectos han de tomarse en consideración tres criterios concurrentes:

-Geográfico (ámbito geográfico en que actúa la empresa en posición dominante y tiene ese dominio).

-Temporal, es decir, en un espacio de tiempo determinado.

-Objetivo (intercambiabilidad o sustituibilidad de los bienes desde el punto de vista de los consumidores o adquirentes, teniendo en cuenta en particular las propiedades, precio y uso de los productos o servicios)». BERCOVITZ, Alberto. *Apuntes de derecho mercantil*. Séptima edición. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 327. «Para determinar el mercado relevante existen tres criterios concurrentes: geográfico (puede darse el caso de que una empresa tiene posición de dominio en una determinada zona geográfica de nuestro país; sin embargo, se mantiene una libre competencia en otras zonas, por lo que será necesario determinar con exactitud el espacio geográfico en el que se argumenta que existe posición de dominio, sin abarcar lugares con libre competencia), objetivo (por lo que respecta al criterio objetivo, el mercado relevante se delimita atendiendo a un tipo de determinado producto o servicio. En este sentido, lo relevante es la intercambiabilidad o sustituibilidad del producto desde el punto de vista de los consumidores o adquirentes; es decir, el hecho de que el producto o servicio pueda ser sustituido por otro que satisface las mismas necesidades) y temporal». TORREBLANCA, Giancarlo. “Libre competencia Vs. autonomía privada”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 137, 2005, p. 289.

⁶³⁹ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Óp. Cit., p. 499. «Para determinar el mercado relevante a su turno, existen hasta tres criterios. El primero de ellos se centra en el análisis de la existencia de productos similares que puedan resultar alternativos o sustitutos, ya sea en función a su precio, el prestigio de la marca, el uso que tenga, etc. Para el caso de la cerveza, por ejemplo, ingresarán al análisis tanto aquellas “ligeras” como las “fuertes” de todas las marcas que coexisten en nuestro mercado, y habrán incluso casos, en que las maltas también sean consideradas.

El segundo criterio apunta a determinar una zona geográfica en la que existan condiciones más o menos homogéneas para los distintos competidores. La Comisión de Libre Competencia, por ejemplo, en el caso de FONGALSUR con GLORIA S.A., entendió que, dadas las características geográficas especiales de la zona, correspondía establecer como mercado relevante para el análisis de la existencia de una posición de dominio, a la cuenca lechera del sur del país (Arequipa, Moquegua y Tacna)». MENDOZA, Dante. “Aspectos generales de la libre competencia y los monopolios en el D.L. 701”. Óp. Cit., pp. 129-130. «La delimitación del mercado geográfico se basa igualmente en el análisis de la sustitución de la oferta y de la demanda como consecuencia de la alteración de los precios, debiendo responder a la pregunta de si los clientes transferirían sus pedidos a empresas en otras localizaciones o si éstos presentarían su oferta atraídos por el alto precio ofrecido por los proveedores locales. Desde el punto de vista de la oferta, se analizan los obstáculos que pueden tener los productores de otras localizaciones para realizar las ventas en un territorio, como son los costes de transporte del producto, la necesidad de disponer de una red de distribución propia o los obstáculos normativos para instalarse. Desde el punto de vista de la demanda, se observan las pautas de conducta de los consumidores y los distintos factores que pueden explicar su preferencia por productos de una determinada zona, como pueden ser la predilección por determinadas

evaluarse debe ser considerada dentro de un periodo de espacio-tiempo en específico, puesto que las condiciones del mercado y la estructura de la empresa pueden variar⁶⁴⁰.

Se dice que una empresa o grupo empresarial⁶⁴¹ adquiere posición de dominio en el mercado cuando las actuaciones de sus competidores, compradores, clientes o proveedores no influyen a la hora de establecer los precios, la calidad de los productos, etc.⁶⁴². En otros términos, dicha empresa o grupo empresarial prescinde de ellos, actúa de manera independiente, ya que no hay una cantidad suficiente de ofertantes y/o demandantes⁶⁴³. «Una empresa tiene posición dominante cuando tiene un alto grado de participación en el mercado relevante, el cual le da la capacidad de restringir la competencia

marcas, cuestiones idiomáticas, de identidad nacional, etc.». GARCÍA, Fernando. “Fundamentos del derecho de la libre competencia”. Óp. Cit., p. 47.

⁶⁴⁰ «Por su parte, en virtud del criterio temporal, la posición de dominio de la empresa o las empresas ha de juzgarse en relación con un intervalo de espacio-tiempo determinado, porque las condiciones del mercado y de la estructura de las empresas puedan hacer desaparecer la posición de dominio que una empresa ostenta en un momento determinado». PACHECO, Matilde. “El abuso de posición dominante en el sector de la telefonía fija”. Óp. Cit., p. 418.

⁶⁴¹ «La posición dominante puede corresponder a una empresa sólo o a varias empresas distintas. A estos efectos pueden ostentar una posición dominante varias empresas del mismo grupo». BERCOVITZ, Alberto. *Apuntes de derecho mercantil*. Óp. Cit., p. 327.

⁶⁴² «Una empresa o varias compañías vinculadas (grupo empresarial) tienen una posición de dominio cuando pueden actuar en el mercado de manera independiente, esto es, sin que la conducta que puedan observar sus competidores, proveedores o clientes, afecte mayormente las decisiones que tenga que adoptar respecto a precios, calidad de los productos, canales de distribución etc. En términos del Decreto Legislativo 701, una empresa ostentará una posición de dominio en el mercado cuando pueda actuar con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. Si puede actuar con independencia de sus competidores, es porque no está expuesta a una competencia significativa. El hecho que pueda hacerlo con relación a sus compradores o clientes, brinda un claro indicio del poder que se tiene en el mercado sobre el producto que se trate; y, la independencia en relación a los proveedores descubre casos de monopsonio u oligopsonio». MENDOZA, Dante. “Aspectos generales de la libre competencia y los monopolios en el D.L. 701”. Óp. Cit., p. 129.

⁶⁴³ ECHEANDÍA, Jorge. “Límites entre la libre contratación y la libre competencia”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 113, 2003, p. 67. «La posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes ofertantes y/o demandantes como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva en el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado. En un mercado competitivo, todos (ofertantes y demandantes) son "tomadores" de precios y de condiciones. Esto quiere decir que asumen el precio y las condiciones como dadas, y quien los dicta es el mercado a través de un conjunto indeterminado de decisiones atomizadas. Sin embargo, cuando el número de ofertantes o demandantes no es suficiente para que esto se cumpla, uno o unos pocos tienen la facultad de fijar un precio y las condiciones de manera distinta a aquellos que el mercado arrojaría en libre competencia». BULLARD, Alfredo. “¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio”. Óp. Cit., p. 67.

y ejercer un control efectivo sobre sus competidores, clientes o abastecedores»⁶⁴⁴.

Ya que al referirnos a la independencia y prescindencia como aspectos necesarios a considerar a la hora de definir lo que es una posición de dominio en el mercado se está recayendo a una situación no real⁶⁴⁵, lo que se quiere rescatar es que «con la expresión “posición dominante” —y esto parece ser un consenso a nivel de jurisprudencia internacional —se quiere describir una situación en la que las empresas tienen un significativo poder en el mercado y no un poder absoluto»⁶⁴⁶.

Los factores para que llegue a la posición de dominio son «la participación significativa de la empresa en el mercado, el nivel de concentración en el mismo, la tendencia del mercado a generar monopolios naturales, el acceso de la empresa a información de titularidad exclusiva, limitaciones legales de acceso al mercado, existencia de pactos exclusivos de distribución, suministro, financiamiento, insumos, entre otros»⁶⁴⁷.

Es así que resulta crucial tener presente la distinción entre una empresa líder (o empresa con poder sustancial⁶⁴⁸) y una empresa en posición de dominio⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., p. 62.

⁶⁴⁵ «Ambas expresiones aluden a una empresa absolutamente omnipotente en el mercado, situación extrema y, por ello, muy difícil de darse en la realidad y probarse en la práctica. El mercado es el lugar en el cual los agentes económicos interactúan, por lo que es poco probable que una empresa actúe de manera independiente de los otros agentes. En relación a los competidores, para que una empresa pueda actuar con prescindencia de ellos, tendría que ser monopólica. En cuanto a los compradores o clientes, para ser independiente respecto de ellos, tendría que tratarse de un producto que afecte una demanda casi totalmente inelástica. Y, finalmente, para prescindir de sus proveedores, tendría que ser un monopsonio. Es sumamente difícil que una empresa presente esas condiciones». QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., p. 58.

⁶⁴⁶ Ídem, p. 59.

⁶⁴⁷ ECHEANDÍA, Jorge. “Límites entre la libre contratación y la libre competencia”. Óp. Cit., p. 67.

⁶⁴⁸ «Además de esta noción de posición dominante, es importante manejar el concepto de poder sustancial. Este término ha sido tomado de la legislación mexicana y lo entendemos como la capacidad de ejercer una influencia apreciable en el mercado relevante. En determinados casos —y la concentración de empresas puede ser uno de ellos—, es necesario detectar a las empresas que tienen un poder sustancial en el mercado, aún cuando no gocen de posición dominante; ello, porque sus acciones

Los elementos para determinar la existencia de una empresa con posición de dominio son muy bien especificados —del siguiente modo— por María del Rosario Quiroga y Miguel Rodríguez:

A. El porcentaje de participación de la empresa en el mercado relevante. Para conocerlo, primero debe definirse el mercado relevante, para luego calcular la participación de la empresa en éste. [...] Al igual que en la legislación alemana, consideramos que, en principio, una empresa con un tercio o más del mercado tendría posición dominante, a menos que se pruebe lo contrario. Es decir, que no puede tratarse de un porcentaje definitivo, sino referencial, porque las características de cada mercado, la importancia de los otros competidores, así como otros elementos, podrían desvirtuar la presunción inicial sobre la posición dominante. En cuanto al poder sustancial, se considera —también en principio— que una participación en el mercado relevante mayor de 15%, implica que la empresa tiene poder sustancial, salvo que el resto del mercado se encuentre altamente fragmentado, en cuyo caso se podría incluir una empresa con una menor participación. En cualquier caso, debe realizarse un análisis de otros elementos que a continuación se desarrollan, relacionados con el mercado y las empresas que lo conforman, para llegar a una determinación de la existencia de posición dominante.

pueden derivar más fácilmente en la adquisición y legítima de una posición dominante o en una restricción significativa de la libre competencia». QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. Óp. Cit., p. 62.

⁶⁴⁹ «El concepto de empresa líder pertenece al mundo empresarial y está prestado de la terminología del *marketing* y las ventas. Su significado puede variar. Así, por ejemplo, se puede hablar de un líder del mercado refiriéndonos a una empresa que es la que mayor volumen de ventas ha generado en un determinado período; o, en relación a la que mayores beneficios económicos ha obtenido en el mismo lapso de tiempo.

Una empresa líder, no necesariamente es una empresa que domine el mercado. El mercado de la leche en el Perú es un claro ejemplo de ello. Hay un grupo de empresas compitiendo entre sí por un “liderazgo” que sin embargo, desde hace algún tiempo, suele ser efímero, dado que cualquier variación, por mínima que sea, en el comportamiento de quien ha logrado ser “líder”, puede generar que la competencia le arrebatase ese lugar de privilegio.

Una empresa dominante, por el contrario, muy difícilmente pierde esa condición. La posición de dominio no se determina únicamente por los niveles de venta o utilidad que pueda tener un determinado agente económico. Es preciso realizar, además, un análisis de aspectos tales como condiciones de acceso al mercado, el grado de concentración económica del sector que se trate, las características propias del producto, el comportamiento de la clientela, el avance tecnológico, el mayor o menor grado de integración de la actividad industrial o comercial entre otras». MENDOZA, Dante. “Aspectos generales de la libre competencia y los monopolios en el D.L. 701”. Óp. Cit., p. 129.

B. El número de competidores y la concentración del mercado. Un reducido número de empresas en el mercado hace más probable la existencia de empresas con posición dominante o por lo menos con poder sustancial, sin embargo, la existencia de un número mayor no asegura que no se den tales situaciones. Por ejemplo, si cuatro o menos empresas tienen una participación de 80% o más en el mercado relevante, este mercado se considerará altamente concentrado y, por consiguiente, con mayor probabilidad de que exista una empresa con posición dominante y/o varias con poder sustancial.

C. La importancia de sus competidores. Este es un aspecto muy importante, especialmente el poder del competidor más fuerte y la rapidez con la que otras empresas puedan abastecer la demanda de sus consumidores si ésta incrementa sus precios por encima del competitivo. Mientras mayor sea su participación en el mercado, mayor será el tiempo que tomará a otras empresas reemplazar su producción.

D. El tamaño absoluto de la empresa. Puede ser que la empresa no tenga una presencia muy significativa en el mercado en el mercado relevante que se está evaluando, pero sí en otros mercados. Este hecho —que la empresa sea grande y tenga mucho poder en términos absolutos— es un factor significativo, dado que de ello podría derivarse un mayor acceso a recursos financieros, sistemas de distribución, etc.

E. Las barreras de entrada. Si las barreras de entrada al mercado son casi o totalmente inexistentes, es muy difícil que alguien goce de posición dominante. Se consideran barreras o impedimentos a la entrada cualquier obstáculo que incremente el riesgo, genere retrasos u ocasione gastos adicionales a la empresa que está tratando de entrar al mercado, de tal forma que se encuentre en desventaja en relación con la que ya se encuentra en él. [...]

F. La elasticidad de la demanda del producto. Si la demanda de un producto disminuye sustancialmente ante un pequeño aumento en el precio, se trata de una demanda muy elástica; y si disminuye sólo marginalmente ante un aumento de precio significativo, entonces se trata de una demanda inelástica. El grado de elasticidad de la demanda está directamente vinculado a qué tan esencial es el bien y a la disponibilidad de bienes sustitutos. Si un producto tiene muchos

sustitutos, su demanda es elástica, ya que el público no soportará una subida en el precio porque tiene la posibilidad de acudir a otros mercados. Por tanto, en el caso de productos con demanda elástica es difícil tener posición dominante (el mercado relevante es demasiado amplio al incluir muchos sustitutos).

G. Situaciones coyunturales. En determinadas circunstancias, una empresa que opera normalmente en un mercado competitivo puede encontrarse en una posición dominante debido a la escasez relativa de la oferta que le permite imponerse sobre sus clientes⁶⁵⁰.

Ya que sabemos lo que es el mercado relevante y la posición de dominio, se entenderá mejor el concepto de abuso de posición de dominio, primero debe delimitarse el mercado relevante y luego debe verificarse si hay posición de dominio en el mercado.

El abuso de la posición de dominio es aquella conducta mediante la cual una empresa con posición de dominio (con poder sustancial de mercado) «aprovecha indebidamente ese poder o posición en el mercado para sacar ventaja de ello e impedir la entrada de nuevos competidores u obstaculizar la permanencia de los que ya se encuentran operando en el mercado. Usualmente son actos ilícitos de una empresa; es decir, actos unilaterales para excluir ilegalmente del mercado a los competidores»⁶⁵¹. «[...] una situación de abuso, la misma que se presenta cuando un agente económico que se encuentra en posición dominante, por cualquier medio, se procura una ventaja artificial, que, de haber operado en condiciones normales en el mercado, no habría obtenido»⁶⁵².

De este modo, están prohibidas aquellas conductas que atenten contra el normal desenvolvimiento de la competencia, como excluir a sus competidores

⁶⁵⁰ QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., pp. 62-66.

⁶⁵¹ QUINTANA, Eduardo. *Libre competencia. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Óp. Cit., p. 18.

⁶⁵² MENDOZA, Dante. "Aspectos generales de la libre competencia y los monopolios en el D.L. 701". Óp. Cit., p. 130.

debido a la posición de dominio que mantengan o afectar el bienestar de los consumidores⁶⁵³.

Ahora, es necesario resaltar que no se prohíbe la posición de dominio, sino el abuso de esta. En otras palabras, lo que se sanciona es «la actuación indebida de las empresas dominantes con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no gozar de tal posición»⁶⁵⁴.

Por todo lo abordado, los principales casos de abuso de posición de dominio que señala la ley que elimina las prácticas monopólicas son tres: la negativa injustificada de contratar, la discriminación de precios y las cláusulas de atadura. Por la primera se entiende que toda empresa que tenga posición de dominio en el mercado no puede negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra de bienes o de provisión de servicios⁶⁵⁵, a excepción de que haya una causa justificada. «Como justificación, resultan aceptables la limitación real de su aparato productivo, la existencia de una desproporción evidente entre la demanda y la oferta, la escasez de insumos o materias primas requeridas para producir el bien, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquirente, etc.»⁶⁵⁶.

⁶⁵³ «La figura del “abuso de la posición de dominio” es propia de la doctrina y en ella se engloban todas aquellas conductas posibles del que goza de la posición de dominio que resulten inaceptables para la competencia misma, las que pueden estar destinadas a mantener la posición de dominio excluyendo a sus competidores; o destinadas a afectar a los consumidores con total desconocimiento de sus derechos y con plena explotación de su bienestar. El abuso de la posición de dominio puede materializarse en conductas de tipo excluyentes de los competidores o explotativas de los consumidores. En ambos casos, la acción de la autoridad de competencia es la sanción de la conducta infractora». ROJAS LEO, Juan Francisco. “Derecho de la competencia, funcionamiento del mercado y realidad latinoamericana”. Óp. Cit., pp. 2136-2137.

⁶⁵⁴ ECHEANDÍA, Jorge. “Límites entre la libre contratación y la libre competencia”. Óp. Cit., p. 67.

⁶⁵⁵ «En mercados competitivos, si una empresa se negara a vender un bien los compradores podrían acudir a las otras empresas para abastecerse del producto. Sin embargo, si la empresa que se niega a vender tiene una posición monopólica dominante, el mercado puede sufrir diversos perjuicios. El caso empeora si la empresa que se niega a vender es proveedora de insumos básicos para determinada industria y su negativa es sólo respecto de una empresa a la cual quiere eliminar del mercado, impidiéndole producir o —en el mejor de los casos— incrementando sus costos. No es necesario abundar en las distorsiones y perjuicios que dicha práctica podría causar». QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., p. 47.

⁶⁵⁶ FLINT, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Óp. Cit., p. 227.

La segunda, la discriminación de precios, se da cuando se aplican condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, las cuales logran que algunos competidores estén en desventaja frente a otros⁶⁵⁷.

Por último, las cláusulas de atadura «supone la subordinación de la celebración de determinado contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tal contrato. Es el caso de una empresa con posición de dominio que obliga a quien desea comprarle un producto a adquirir otro distinto sin que exista una relación entre ambos que justifique la atadura»⁶⁵⁸.

Las prácticas restrictivas de la libre competencia (o prácticas colusorias⁶⁵⁹) son aquellos acuerdos que surgen entre agentes competidores o agentes que participan en las distintas etapas del proceso productivo o de comercialización con el fin de eliminar la competencia en distintas formas: «fijar

⁶⁵⁷ «Este caso puede referirse a dos supuestos distintos. El primero se produce cuando la discriminación perjudique a los competidores en un mercado dado, subvencionando el precio de venta con las ganancias monopólicas que obtiene en el mercado en que goza de la posición de dominio. Se trataría de una suerte de *dumping* interno. El segundo caso se verifica si la discriminación perjudica a los clientes y proveedores de la empresa que la lleva a cabo, favoreciendo a uno o algunos para desplazar del mercado a los otros, permitiendo a los clientes o proveedores privilegiados competir en distintas condiciones sin justificación alguna. Por ejemplo el caso de un fabricante que vende a un distribuidor, a un precio superior a aquel en que vende a sus demás distribuidores, a fin de impedirle competir y por dicha vía eliminarlo del mercado». Ídem, p. 228.

⁶⁵⁸ «Las cláusulas de atadura también son admitidas en casos como la venta de prestaciones suplementarias que sean necesarias para una explotación técnica adecuada del objeto principal del contrato (en caso de repuestos de un bien determinado), prestaciones suplementarias necesarias para preservar el secreto y confidencialidad de conocimientos técnicos (como servicios de reparación de maquinarias que contienen secretos industriales) o prestaciones suplementarias dirigidas a facilitar la identificación del producto con una marca determinada, nombre comercial o calidad (como sucede comúnmente en contratos de *franchising*)». Ídem. «Todas estas prácticas son concebidas por la "*regla de la razón*", es decir, se requiere la actuación de ciertos medios probatorios y otros estudios a fin de que se determine si los hechos incurren en un acto ilícito». ECHEANDÍA, Jorge. "Límites entre la libre contratación y la libre competencia". Óp. Cit., p. 68.

⁶⁵⁹ «Estas conductas concertadas o coludidas pueden ser catalogadas en tres modalidades básicas. El acuerdo: cuando existe alguna forma de contrato; la decisión: cuando el acuerdo de voluntades está revestido de la forma de una imposición gremial; y la práctica concertada: cuando simplemente se presentan conductas paralelas, sin una justificación de mercado, y se demuestra la existencia de códigos de comunicación y contacto entre los agentes que evidencia la voluntad concertada de la acción». ROJAS LEO, Juan Francisco. "Derecho de la competencia, funcionamiento del mercado y realidad latinoamericana". Óp. Cit., p. 2135.

precios de venta o de compra, paralizar o reducir la producción o en la asignación de zonas o cuotas de mercado»⁶⁶⁰ y, así, no competir en un mercado específico.

A diferencia del abuso de posición de dominio, las prácticas colusorias implican dos o más agentes, los cuales deben ser independientes, es decir, deben ser capaces de asumir los riesgos con cada decisión comercial y empresarial que tomen, para que, de esta manera, se evidencie que —efectivamente— hay una práctica colusoria⁶⁶¹.

El Decreto Legislativo N.º 1034 las clasifica en prácticas colusorias horizontales (artículo 11)⁶⁶² y prácticas colusorias verticales (artículo 12)⁶⁶³.

⁶⁶⁰ ZAVALA, José y Joaquín MORALES. *Derecho económico*. Tercera edición. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2010, p. 171. «El Derecho de la competencia prohíbe a las empresas que se pongan de acuerdo sobre las condiciones de la oferta que dirigen a sus clientes. Se requiere evitar que las empresas rivales pacten cuestiones tales como el precio de los bienes, la cuantía de la producción, el grado de innovación, el número de competidores o las zonas en los que éstos están presentes en un mercado. Estos indicadores deben ser el resultado de lo que dice la ley de la oferta y la demanda (el mercado) y no pueden ser decididos por las empresas». GARCÍA, Fernando. “Fundamentos del derecho de la libre competencia”. Óp. Cit., p. 39.

⁶⁶¹ QUINTANA, Eduardo. *Libre competencia. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Óp. Cit., p. 33.

⁶⁶² «Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

- (a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;

Como señala Guillermo Cabanellas, «las restricciones horizontales son las que tienen lugar entre empresas que operan en igual nivel productivo y en el mismo mercado, mientras que las restricciones verticales son las que afectan a empresas correspondientes a distintas etapas del mismo proceso productivo»⁶⁶⁴.

Esto quiere decir que las horizontales se dan entre empresas del mismo nivel del proceso productivo («es decir, entre empresas que producen y/o venden bienes que son sustitutos [por ejemplo, bienes que cumplen la misma finalidad pero son de distintas marcas]»⁶⁶⁵); mientras que las verticales se suscitan entre empresas que realizan actividades en distintas etapas de una misma cadena de producción o de comercialización, «actividades que —por lo general— son complementarias, como por ejemplo las de un fabricante y su proveedor de insumos, o de un fabricante y sus canales de distribución

(j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,

(k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas».

⁶⁶³ «Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

12.4. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas».

⁶⁶⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Óp. Cit., p. 271.

⁶⁶⁵ QUINTANA, Eduardo. *Libre competencia. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Óp. Cit., p. 33.

mayorista y/o minorista; por ello, se las califica como verticales al involucrar una relación de esta naturaleza»⁶⁶⁶.

Se han presentado más casos de prácticas colusorias horizontales que de verticales. No obstante, la autoridad debe ser más cautelosa al momento de analizar un caso de práctica colusoria vertical, puesto que hay acuerdos que sí son válidos entre aquellos agentes que pertenecen a distintos niveles de la cadena de producción, comercialización⁶⁶⁷.

Podemos decir, entonces, que a diferencia del control de conductas, donde la autoridad, a través de un procedimiento administrativo sancionador, determina si se ha cometido una infracción administrativa y sanciona al agente económico que ha incurrido en ella, el control de estructuras se ejerce mediante un procedimiento de evaluación previa aplicado a aquellas concentraciones empresariales que signifiquen una amenaza al desenvolvimiento de la libre competencia⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ Ídem, pp. 40-41.

⁶⁶⁷ «Las prácticas colusorias horizontales son las más frecuentes y las más sancionadas. Sin embargo, las prácticas colusorias verticales también se encuentran prohibidas y pueden dar lugar a una sanción. En las conductas verticales, la autoridad debe ser muy cuidadosa porque la línea entre lo lícito y lo ilícito es muy tenue. Los contratos de exclusividad pueden ser una estrategia de colaboración empresarial lícita o una estrategia ilícita para impedir el acceso de competidores y cortar las fuentes de abastecimiento o comercialización». BLUME, Aldo y José Luis URRUCHI. “Perspectivas y precisiones del Derecho de la Competencia”. Entrevista a Juan Francisco Rojas Leo. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 28, 2007, p. 21. «En el caso de la concertación vertical, el análisis que la autoridad debe realizar se exige mucho más fino y cuidadoso pues, es práctica válida en los mercados la existencia de acuerdos entre agentes de distintos niveles de la cadena de producción, comercialización que podrían confundirse como prácticas anticompetitivas cuando en realidad no lo son». ROJAS LEO, Juan Francisco. “Derecho de la competencia, funcionamiento del mercado y realidad latinoamericana”. Óp. Cit., p. 2135.

⁶⁶⁸ «Mientras que el procedimiento de evaluación de conductas anticompetitivas, denominado control *ex post*, constituye un procedimiento administrativo sancionador por el cual se someten a investigación y evaluación las conductas de los agentes económicos en el mercado, pudiendo ser calificadas como infracción administrativa y objeto de la imposición de una sanción por parte de la autoridad de competencia, en el caso del procedimiento de evaluación previa, se trata de un procedimiento de autorización de la operación de concentración, el cual actúa como instrumento de prevención de la generación de efectos anticompetitivos en un escenario futuro de conductas de los agentes económicos. En ambos casos, se debe cumplir la función por parte del Estado de tutelar el proceso competitivo en el mercado; es decir, la promoción de la libre competencia y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores; sin embargo, la finalidad del procedimiento y sus características son distintas». ZÚÑIGA, Tania. “El control de concentraciones empresariales en el Perú: fundamentos para su regulación”. *Ius et Veritas*. Lima, número 56, 2018, p. 221.

Es por eso que el control de estructuras (también llamado «derecho antimonopolios preventivo»⁶⁶⁹) requiere que primero la autoridad evalúe para luego autorizar o no si procede aquella concentración empresarial. «Como puede apreciarse, el rol que la autoridad de competencia juega en el control de estructuras es de mayor intervención en el mercado, pues debe investigarlo, debe conocerlo e incluso debe prever los efectos que en él pudieran producirse como consecuencia de los procesos de integración económica que en dicho mercado se produzcan»⁶⁷⁰.

En otros términos, la autoridad interviene mediante el control de estructuras con el objetivo de evitar que se genere un escenario de posición de dominio dañino para la competencia; es por ello que debe investigar a fondo el mercado en cuestión para poder prever si podrían suscitarse efectos adversos.

2. CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL Y PODER DE MERCADO

2.1. Definición y origen de las concentraciones empresariales

Puesto que en el presente trabajo expondremos sobre las implicancias que conlleva el procedimiento de evaluación previa a las concentraciones empresariales, es fundamental definir qué se considera por concentración empresarial y qué efectos jurídicos conlleva.

En primer lugar, la concentración empresarial parte del fenómeno de la concentración económica, el cual surgió debido a que las grandes empresas

⁶⁶⁹ «El derecho antimonopolios preventivo tiene un enfoque un poco diferente. Obedece a la idea que ha venido haciendo carrera desde hace tiempo de que la promoción y defensa de la competencia no solo depende de la represión *ex post facto* de los comportamientos anticompetitivos, sino que además existen otros asuntos no represivos o correctivos, sino preventivos, que también son muy importantes, tales como la notificación y autorización previa de ciertas integraciones empresariales que por su tamaño eventualmente pueden generar efectos negativos en el mercado, o el ejercicio de actividades de abogacía de la competencia mediante la intervención de las autoridades de competencia en el proceso regulatorio». CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., p. 6.

⁶⁷⁰ ROJAS LEO, Juan Francisco. «Derecho de la competencia, funcionamiento del mercado y realidad latinoamericana». Óp. Cit., p. 2138.

apostaron por su expansión a mayor escala⁶⁷¹. Ahora bien, este fenómeno es, prácticamente, parte de aquellos países cuyo modelo económico es el de la economía de mercado, ya que es la máxima expresión de lo que significa pretender un máximo lucro⁶⁷². Es por ello que José María Curá define a la concentración de empresas como una consecuencia del fenómeno de la concentración económica:

No se deja de advertir que la concentración de empresas constituye una expresión reciente que se muestra como consecuencia de la producción y comercio en gran escala, necesarios para la satisfacción de nuevas necesidades de los mercados masivos. No se duda en reconocerlo como un fenómeno económico que así responde a la evolución del capitalismo moderno, tras la satisfacción de necesidades de un mejor aprovechamiento de recursos de las empresas mediante la unificación de la dirección y decisión de las empresas agrupadas⁶⁷³.

La diferencia entre la concentración económica (o concentración del poder económico) y la concentración empresarial es que la primera se da

⁶⁷¹ «Aquí juega un papel muy importante la revolución industrial; en efecto, los comerciantes aprecian que los nuevos inventos y el desarrollo acelerado que empieza a experimentar el mundo son propicios para iniciar empresas de mayor escala, más aún cuando la demanda acrecienta gracias al acercamiento de los mercados, la que se satisface con la producción en masa. Tal coyuntura acarrea un cambio en las concepciones de la época; ya no había "futuro" para los capitales individuales, reducidos y aislados, puesto que surgía una nueva estrategia: la concentración económica. Abocados en tal tendencia, los comerciantes deciden acumular ingentes capitales, mediante agresivas inversiones; autofinanciarse a través de emisiones de acciones y bonos; adquirir empresas, incluso de la competencia; buscar socios estratégicos; y vincular empresas a través de mecanismos económicos y jurídicos. Todas estas son manifestaciones de la concentración económica». ECHAIZ, Daniel. "La concentración empresarial como mecanismo para el crecimiento corporativo". *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, año LI, número 20, 2001, p. 126.

⁶⁷² «Garrigues señala que este fenómeno se explica en razón de que la existencia de mercados territoriales cada vez más extensos y con capacidad de consumo cada vez mayor exige, como es lógico, la creación de mayores unidades de producción que permitan aprovechar al máximo las ventajas derivadas de la extensión del mercado; agrega a ello, el progreso de la técnica que supone —en ciertas ramas de la industria— la necesaria cooperación entre empresas para proseguir la actuación investigadora o para racionalizar la producción, reconoce finalmente que no se puede ignorar el deseo de los empresarios de asegurarse el mercado de sus productos, no como triunfo de la competencia, sino por la eliminación de esta». LAMA, Héctor. "El origen y control de las concentraciones económicas". *Revista Jurídica del Perú*. Lima, número 76, 2007, p. 266.

⁶⁷³ CURÁ, José María. "¿Concentración empresarial o concentración de sociedades? Una mirada desde el sistema de los contratos de colaboración empresarial en el Derecho argentino". En ECHAIZ, Daniel (coordinador). *Instituciones de derecho empresarial*. Lima: APECC (Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación), 2010, p. 84.

producto del crecimiento interno de una empresa o cuando surgen acuerdos temporales entre empresas⁶⁷⁴; en cambio, la segunda alude a aquella situación en la que participan más de una empresa, perdiendo su independencia al unirse⁶⁷⁵.

¿Por qué las empresas devienen en concentración? Según Andrés Moncayo, básicamente, se debe a estrategias para obtener mayores ganancias (los efectos de la concentración empresarial son más rápidos que los de los propios al crecimiento interno de las empresas); por competitividad industrial (es más barato que construir otra empresa); por motivos financieros (incentivos fiscales propiciados por el gobierno); y/o porque una empresa desea contar con tecnología para mejorar su capacidad de investigación y desarrollo⁶⁷⁶.

Por su parte, Alfonso Calvo y Javier Carrascosa aducen que las causas económicas para que las empresas decidan concentrarse son los avances tecnológicos, los cuales provocan que las empresas anhelan mayor poder económico; la pretensión de ampliar cuota de mercado; la racionalización de los procesos productivos para contar con un alto índice de predictibilidad, a efectos de reducir el riesgo; el deseo de conseguir economías de escala, debido a lo

⁶⁷⁴ «La concentración económica se presenta cuando una empresa crece por sí misma, es decir, se vuelve tan competitiva que puede ofrecer al público consumidor precios menores, tecnología de punta, mayor distribución, produciéndose un crecimiento de la empresa. Asimismo la concentración económica puede crecer cuando dos o más empresas deciden unirse en una sola dejando por ello de competir entre ambas. La fusión necesariamente desaparece sea por absorción o integración». FLINT, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Óp. Cit., p. 246.

⁶⁷⁵ «De acuerdo con lo expuesto anteriormente, consideramos que resulta conveniente, para efectos de este trabajo, suscribirnos a la concepción restringida que mencionaba Daranas Pelaez. Es decir, considerar como una "concentración de empresas" únicamente a las uniones estables, que impliquen una verdadera pérdida de independencia entre dos empresas o, por lo menos, entre dos áreas de dos empresas distintas. Los acuerdos temporales no podrían considerarse como una forma de concentración de empresas, constituyendo simplemente coordinaciones de comportamientos. No obstante, dichas coordinaciones podrían generar una concentración del poder económico.

Así mismo, para que se configure una concentración de empresas, como el mismo término lo indica, es necesaria la presencia de más de una empresa o unidad económica; en tal sentido, el que una empresa crezca internamente, apoderándose de gran parte del mercado, no implicaría que se dé una concentración de empresas, aún cuando sí se estaría generando una concentración económica». QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., p. 90.

⁶⁷⁶ MONCAYO, Andrés. "El control de eficiencia en el marco de las 'adquisiciones hostiles' de empresas". *Revista del Derecho Industrial*. Buenos Aires, año 15, número 43, 1993, pp. 151-152.

que significa la reducción de costes para los consumidores o usuarios; a la pretensión de contar con economías de gama con el fin de asumir un coste inferior por producir componentes que pueden servir para la fabricación de distintos productos; y a lograr ser innovadores, aspiración de toda empresa que busque eficiencia⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷ «Desde una perspectiva general, en efecto, son varias las causas económicas que pueden explicar las F&A que se realizan en los diversos sectores de actividad económica:

a) En primer lugar, los avances tecnológicos hacen necesarias grandes inversiones en muchos sectores productivos, que requieren la concentración económica; puesto que, con ella, las empresas adquieren mayor poder económico, y pueden acceder más fácilmente al *mercado de capitales* (*capital costs*).

b) En segundo lugar, es un medio para ampliar cuota de mercado (*easier expansion or entry*), porque existen determinados mercados en los que la única posibilidad de captar más cuota de mercado es mediante la concentración empresarial: los denominados *mercados saturados*, con un gran exceso de producción. Ad ex., como ha recordado L. CABRAL, Sony adquirió Columbia Pictures para aumentar su poder de mercado en la oferta de sistemas de grabación de vídeo: La empresa norteamericana poseía una excelente colección de buenas películas («Lawrence de Arabia», «Kramer contra Kramer», etc.), lo que le permitía a la empresa japonesa ofrecer una colección mínima de películas a los clientes dispuestos a comprar su sistema de grabación en vídeo.

c) En tercer lugar, otra ventaja del gran tamaño es que se racionalizan los procedimientos productivos (*operating efficiencies, production and distribution efficiencies*): Se mejora la planificación, de tal manera que se puede contratar con anterioridad los precios de compra y además, mediante el marketing se pueden determinar —con un alto grado de fiabilidad— el volumen y las características de las ventas (*marketing economies*). De esta forma se reducen los riesgos inherentes al mercado. Ad ex., con su fusión, Philip Morris y Kraft, que vendían diversos y numerosos productos a través de supermercados, incrementaron su poder de mercado y pudieron obligar a los minoristas a que los situaran en los mejores lugares de los escaparates, ya que, de lo contrario, la amenaza de la retirada del suministro no sólo era creíble, sino también más peligrosa para los comerciantes.

d) Mediante la concentración se puede adquirir también *economías de escala* (*scale economies*). Cuanto mayor sea la dimensión de las operaciones de una empresa, ésta puede permitirse maquinarias y equipos más especializados, más puntos de distribución y más próximos a los clientes, mayor número de plantas de producción, programas de formación y/o especialización de sus empleados, etc. Por definición, las *economías de escala* en la producción permiten a una empresa reducir sus costes frente a los que corresponden a la fabricación a pequeña escala, y estos costes son un elemento importante en la determinación de los precios que se cargarán a los productos o servicios.

e) Gracias a la concentración, la empresa puede obtener economías de gama (*economies of scope*) en la producción de componentes comunes a varios productos; es decir, se pueden producir conjuntamente varios productos a un coste inferior al que soportaría un grupo de varias empresas especializadas cada una en uno de ellos. Ad ex., Casio aprovechó que fabricaba pantallas de cristal líquido para calculadoras para producir también las pantallas para relojes digitales, mandos a distancia, etc.

f) La concentración puede constituir el medio para alcanzar las denominadas *competencias fundamentales de la empresa*. Cuando una empresa introduce, con relativa frecuencia, productos nuevos en el mercado, dicha empresa puede disfrutar de un tipo importante de economía de escala asociada al desarrollo de productos: la *innovación*. Es decir, una empresa puede adquirir una pericia general en las importantes habilidades que se precisan para diseñar y comercializar productos nuevos en un conjunto de mercados relacionados o en la utilización de un conjunto de tecnologías relacionadas. Las economías de escala a este nivel son tan importantes que, en un entorno dinámico, la capacidad de una empresa para introducir nuevos productos y para fabricarlos de manera eficiente puede ser aún más

Por otra parte, es menester enfatizar que la libre competencia garantiza que el poder económico se desconcentre, lo cual impulsa a un verdadero desarrollo⁶⁷⁸. En ese sentido, la doctrina⁶⁷⁹ explica que la concentración

importante que las economías de escala que consigue en su actual línea de productos». CALVO, Alfonso y Javier CARRASCOSA. *Las concentraciones de empresas*. Madrid: COLEX, 2006, pp. 32-34.

⁶⁷⁸ «La monopolización transfiere riqueza desde los consumidores, que son la mayoría de ciudadanos, hacia los dueños de los monopolios que son un grupo reducido. También afecta negativamente a competidores y proveedores, debilitando el tejido industrial. Los grandes economistas de la historia incluyendo a Adam Smith, John Stuart Mill, Marshall, así como también destacados economistas contemporáneos como los Premios Nobel Paul Samuelson, Joseph Stiglitz y Amartya Sen, entre muchos otros, han afirmado que la economía y la democracia funcionan mejor cuando la riqueza y el poder se distribuyen de manera descentralizada». TÁVARA, José. «¿Por qué existe aún el control de fusiones en el mercado peruano?». En DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL. *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, 2004, pp. 117-118.

⁶⁷⁹ «Desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia, una concentración de empresas es una operación mediante la cual empresas anteriormente independientes pasan a perder de forma duradera su independencia. Se trata de una modificación de la estructura de las empresas participantes que da lugar a una simultánea modificación de la estructura del mercado afectado, modificación consistente en la reducción del número de operadores presentes en él». BELLO, María. «Control de concentraciones de empresas». BELLO, María y Francisco HERNÁNDEZ (coordinadores). *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Navarra: Aranzadi, 2009, p. 335. «El concepto de concentración comprende todas las operaciones que supongan una modificación estable de la estructura de control de la totalidad o de parte de una empresa». CABRERA, Susana y Alberto ESCUDERO. «Operaciones de reestructuración a la luz de la normativa de control de concentraciones». En SÁNCHEZ, Manuel María (coordinador). *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*. Navarra: Aranzadi, 2008, p. 326. «Para que exista una concentración, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) la existencia de una modificación de la estructura de control de todo o parte de una empresa; y (ii) la perdurabilidad en el tiempo de dicha modificación». ODRIOZOLA, Miguel (director). *Derecho español de la competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 2008, p. 254. «Así, ha sido reconocido como proceso unificador dirigido a formar nuevas unidades económicas o nuevas empresas. Una unidad de dirección y determinación de políticas empresariales, a partir de la pertenencia a la reconocida categoría de contrato plurilateral de organización, al decir de Ascarelli, constituye una inevitable consecuencia de todo proceso de concentración». CURÁ, José María. «¿Concentración empresarial o concentración de sociedades? Una mirada desde el sistema de los contratos de colaboración empresarial en el Derecho argentino». Óp. Cit., p. 80. «El término concentración de empresas sugiere toda una serie de operaciones cuyo resultado es la adquisición por parte de una de las empresas intervinientes del control total o parcial de otra u otras empresas». AROZAMENA, María Jesús. *Las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas; Fundación Universidad-Empresa, 1993, p. 23. «Oswaldo Hundskopf Exebio conceptúa a la concentración empresarial como "el fenómeno por el cual dos o más empresas convienen en unir esfuerzos y capitales para obtener un beneficio común"». ECHAIZ, Daniel. «La concentración empresarial como patrón de referencia en el mundo globalizado». En ECHAIZ, Daniel (coordinador). *Instituciones de derecho empresarial*. Lima: APECC (Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación), 2010, p. 48. «Nosotros, tratando de sistematizar lo acotado, expresaremos que la concentración empresarial es un fenómeno de raíz económica y con consecuencias jurídicas, mediante el cual dos o más empresas integran sus recursos (económicos, humanos, etc.), a efectos de conseguir un beneficio común, diferente al interés empresarial (el cual puede subsistir)». ECHAIZ, Daniel. «La concentración empresarial como mecanismo para el crecimiento corporativo». Óp. Cit., p. 126. «En esta idea, la concentración (como unión de unidades económicas) importa una unidad económica de dimensiones mayores y procura de una cierta optimización en la dinámica administrativa y de los negocios. Básicamente, se procura una

empresarial es aquella operación en la que se integran empresas independientes para que una de ellas controle total o parcialmente a la otra u otras empresas intervinientes, formando una sola unidad económica, cambiando, así, la estructura del mercado, al reducirse la cantidad de operadores que conforman dicho mercado específico: «[...] por su misma definición, una concentración empresarial lo que origina es una reducción de partícipes en el mercado, lo que reduce costos de transacción para el nuevo agente fusionado e incrementa mucho las posibilidades de que se pueda generar una práctica anticompetitiva»⁶⁸⁰.

Se puede percibir, también, que parte de los autores en la materia se refiere a la concentración empresarial como «concentración económica», demostrando que no hay un consenso en cuanto a la terminología empleada: «Se considera como concentración económica toda operación que, con independencia de su forma jurídica, conlleve una modificación estable en la estructura de control de la totalidad o parte de una empresa [...]»⁶⁸¹.

Evidentemente, el principal problema de las concentraciones empresariales es ese peligro de «eliminar» la libre competencia. Aquí entra a tallar la importancia de esta, ya que si nos encontramos en un escenario monopólico es prácticamente imposible que se genere eficiencia en lo ofrecido a los consumidores, limitando su capacidad de elección⁶⁸².

comunicación de recursos económicos y otros factores (humanos, organizativos, etcétera) con una misma finalidad y en procura de un mejor rendimiento de las potencialidades de capital vinculados de formas variadas, pero con visos de cierta duración en el tiempo». MOLINA, Carlos. “El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino”. En ECHAIZ, Daniel (coordinador). *Instituciones de derecho empresarial*. Lima: APECC (Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación), 2010, p. 117. «Las concentraciones son un fenómeno cotidiano, a través del que se manifiesta la autonomía negocial de las empresas». LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho administrativo económico*. Navarra: Aranzadi; Civitas, 2016, p. 342.

⁶⁸⁰ ARBULÚ, Juan. “El control previo en las concentraciones empresariales como sistema de defensa de la competencia”. *Ita lus Esto*. Piura, año 2, número 2, 2012, p. 154.

⁶⁸¹ FOLGUERA, Jaime y Patricia VIDAL. “Definición de concentración económica”. En MASSAGUER, José y otros (directores). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Segunda edición. Navarra: Aranzadi, Civitas, 2010, pp. 315-316.

⁶⁸² «Cuando la rivalidad entre empresas es efectiva, es decir, cuando existe un número suficiente de empresas que compiten en condiciones de paridad, ejerciendo presión mutua en el mercado; el

¿Qué diferencias hay entre un acuerdo colusorio, una posición de dominio y una concentración empresarial? Pues los acuerdos colusorios se dan entre empresas independientes, lo cual representa una limitación de la competencia sin alterar la estructura del mercado; mientras que las concentraciones empresariales, al terminar con la independencia de las empresas involucradas, simplemente «elimina» la competencia, por lo tanto, hay un cambio en la estructura del mercado⁶⁸³. En consecuencia, estamos hablando de dos categorías excluyentes⁶⁸⁴. Es por eso que María Jesús Arozamena menciona que se vincula a los acuerdos colusorios con el cambio de comportamiento y a las concentraciones empresariales con el cambio de estructura.

Sobre estos dos conceptos, estructuras y comportamientos, se ha forjado la delimitación entre una concentración y un acuerdo entre empresas. Van Ommeslaghe, tras analizar diferentes modelos de concentración, ha sugerido la modificación de la estructura interna de las empresas como elemento característico de toda operación de concentración, oponiéndola de esta forma a los acuerdos o cárteles. No obstante, este autor no se limita a señalar los

resultado es mayor eficiencia, conducta innovadora, menores precios y mejor calidad de los bienes y servicios producidos. Por el contrario, el monopolio tiende a provocar los resultados opuestos: debilita la eficiencia y los incentivos a la innovación, reduce las posibilidades de elección, eleva los precios y, en ciertos casos, afecta también la calidad de los productos. Adicionalmente genera una redistribución de la riqueza desde los consumidores hacia los propietarios de las empresas monopólicas». TÁVARA, José y Luis DIEZ CANSECO. "Estabilizando el péndulo. Control de fusiones y concentraciones en el Perú". *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 47, 2003, p. 169.

⁶⁸³ «Dicha modificación estructural, en sí misma considerada, es ya relevante para el Derecho antitrust si da lugar al incremento del poder de mercado (market power) de las empresas participantes en la concentración, es decir, de la capacidad de aumentar los precios de forma sostenida por encima del nivel de competencia (en el caso de una empresa compradora, hablamos del poder de la demanda o buyer power, poder de comprar a sus proveedores a precios por debajo de los precios competitivos). Este incremento del poder de mercado es particularmente significativo cuando las empresas que lo alcanzan mediante la concentración han logrado la creación o el reforzamiento de una posición dominante, es decir, una posición en la que la empresa que la obtiene puede desarrollar su estrategia de precios y otras condiciones de forma independiente, sin atender al comportamiento de sus competidores. Las operaciones de concentración pueden dar lugar a otra serie de efectos que derivan de la modificación estructural, pero que se traducen en un mayor riesgo de desarrollo de comportamientos anticompetitivos por parte de los operadores presentes en el mercado tras la reducción de su número por efecto de la integración». BELLO, María. "Control de concentraciones de empresas". Óp. Cit., p. 338.

⁶⁸⁴ EDÚ, Eliseo. *El control de concentraciones de empresas en Europa: noción de concentración*. Trabajo de fin de grado en Derecho. Segovia: Universidad de Valladolid, Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, 2014, pp. 17-18.

cambios en la propiedad, sino que ha señalado, asimismo, la modificación estructural en relación a la gestión y a la dirección de las empresas participantes en la concentración, en definitiva, a la organización de los poderes de decisión.

No obstante, la distinción entre comportamiento y estructura no es evidente. Porque además del hecho que ciertas estructuras de mercado implican comportamientos anti-competitivos, estos pueden provocar también alteraciones en las estructuras. Resulta prácticamente imposible trazar una frontera entre los dos fenómenos⁶⁸⁵.

Comparando ambos fenómenos, un caso de concentración empresarial se ve mucho más dañino que un escenario de acuerdos colusorios, debido a la magnitud del perjuicio que ocasionan: «La absorción de una empresa por otra descompone la estructura del mercado y tiende a perdurar en el tiempo más de lo que, de ordinario, pesa sobre la fijación de líneas de actuación entre empresas independientes que, sometidas a presiones y desencuentros internos, a menudo provocan el incumplimiento y fin del acuerdo»⁶⁸⁶.

Las concentraciones empresariales traen consigo efectos y/o consecuencias económicas que, precisamente, motivan la preocupación por su regulación. Es por eso que Gisele Bellmont las clasificó como efectos en el ámbito corporativo, efectos a nivel microeconómico, consecuencias a nivel nacional, e implicaciones en el ámbito internacional⁶⁸⁷. En el ámbito corporativo por los beneficios propios a nivel societario y por la mayor eficiencia que se genera⁶⁸⁸. A nivel microeconómico surgen efectos a raíz de las concentraciones

⁶⁸⁵ AROZAMENA, María Jesús. *Las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*. Óp. Cit., p. 75.

⁶⁸⁶ EDÚ, Eliseo. *El control de concentraciones de empresas en Europa: noción de concentración*. Óp. Cit., p. 16.

⁶⁸⁷ BELLMONT, Gisele. *Control previo a las integraciones empresariales: doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Trabajo de investigación de maestría en Derecho. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia; Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2013, pp. 10-15.

⁶⁸⁸ Citando a Benito Villanueva Haro, Gisele Bellmont añade lo siguiente: «Lo que motiva la realización de un integración empresarial, es precisamente los múltiples beneficios que esta produce, tales como, "aumento de capital, reservas, utilidades, excedentes de revaluación, -posibilita- grandes proyectos empresariales, ingreso a nuevos mercados de consumo, intercambio de ideas, aceleración de la producción, oportunidades de empleo, beneficios tributarios, investigación en temas especializados,

horizontales y las concentraciones verticales⁶⁸⁹. Cuando alude a las consecuencias a nivel nacional, resalta el papel regulador del Estado⁶⁹⁰. Finalmente, las implicaciones en el ámbito internacional se refieren a las

elaboración de tareas conjuntas de manera coordinada o subordinada, cumplimiento de exigencias técnicas; permite tener socios estratégicos, acceder a mejores recursos financieros, evita las crisis patrimoniales etc.”.

Adicionalmente, produce aumento en la eficiencia, entendida como la forma de utilización óptima de los recursos escasos. [La OCDE menciona que] “hay un aumento de eficiencia si la empresa consigue producir a un menor costo un mismo volumen de producción o un volumen superior.” La eficiencia puede predicarse también de los procesos de distribución y comercialización». Ídem, pp. 10-11.

⁶⁸⁹ «A grandes rasgos podemos afirmar que los efectos de las integraciones horizontales, es decir aquellas que se dan entre empresarios que compiten entre sí son:

- Reducción de la oferta, respecto de los consumidores.
- Disminución de la demanda respecto de los proveedores.
- Aumento de la participación de la empresa resultante de la concentración.
- Eventual, reforzamiento o adquisición de posición dominante de mercado.

El modelo de competencia perfecta que ha definido la microeconomía, es fundamentalmente teórico, la práctica nos ha demostrado que las condiciones que la sustentan, en los mercados reales no ocurren; de ahí que se haya acuñado la expresión “competencia practicable”.

En un mercado en el que se da este tipo de competencia, se tienden a fijar las condiciones de transacción, por el conjunto de fuerzas que actúan en el mercado, y no por ninguno de los participantes en particular. Por el contrario, en un mercado monopólico u oligopólico, (que sería el que resulta como consecuencia de una operación de integración empresarial de gran magnitud), las condiciones de participación en el mercado, en particular el precio y cantidad del producto, no son recibidos por el oferente, desde el mercado; sino que él mismo está en capacidad de imponerlos.

[...] Por su parte, las integraciones verticales, que son aquellas que se celebran entre empresas que están ubicadas en distintos escaños de la misma cadena productiva (por ejemplo: una curtiembre, un fabricante de calzado y un comercializador de este producto), son vistas con menos sospecha, en cuanto resultan más claros sus efectos positivos. Se aprecia entonces que de este tipo de concentraciones se deriva reducción en los costos de transacción, y una posible reducción en el precio al consumidor, así como mayor eficiencia al aglutinar los que fueran intereses contrapuestos (por ejemplo en cuanto al precio de una materia prima, o las condiciones de distribución de un producto), en cabeza del mismo empresario. No dejan sin embargo de preocupar al Estado, la posibilidad de que uno de los empresarios que antes actuaba independientemente y era funcional al resto de actores del respectivo mercado, empiece a adelantar prácticas discriminatorias, en contra de los competidores del otro empresario con el que se está integrando verticalmente». Ídem, pp. 11-12.

⁶⁹⁰ «La concentración económica, y en particular la concentración empresarial, implican efectos de distinta naturaleza para la economía nacional. Más allá de las consecuencias coyunturales, como la eventual pérdida de empleos (cuando por ejemplo, la integración conduce al cierre de una planta de producción); tenemos que la autorización de una de estas operaciones puede obstaculizar o incluso imposibilitar que pequeños empresarios participen en el mismo mercado. Puede igualmente, dar lugar a un sector empresarial de tal envergadura que tenga la capacidad de incidir para su beneficio en las políticas públicas y en la reglamentación aplicable al mismo, por parte del Estado.

Si por el contrario, el Estado decide impedir que se lleven a cabo integraciones de gran escala, ello puede redundar en tener sectores de la economía fuertemente fragmentados, que por su tamaño, no tengan la posibilidad de ajustarse a los adelantos tecnológicos, de diversificar sus productos o servicios, de ampliar las cadenas de distribución; quedando abierta igualmente la posibilidad de que entre al mercado colombiano un competidor extranjero, con mayores posibilidades técnicas y financieras, y desplace a las compañías que ya se encontraban participando en el mercado nacional». Ídem, pp. 12-13.

políticas que deben adoptar los Estados en aras de un adecuado desenvolvimiento de la libre competencia⁶⁹¹.

No obstante, las concentraciones empresariales no son consideradas operaciones prohibidas per se, puesto que solo se prohíben las que verdaderamente suponen un peligro para la libre competencia⁶⁹².

Y, efectivamente, la disciplina del derecho de la competencia califica a las concentraciones empresariales como un peligro potencial para la libre competencia. Alfredo Calvo y Javier Carrascosa explican el porqué de la siguiente manera:

- a) Por un lado, es, en efecto, una forma de restricción de la competencia; porque reduce el número de operadores económicos en el mercado. [...]
- b) Por otro lado, puede conducir a la creación o reforzamiento de posiciones de dominio en el mercado (test europeo de la posición dominante) o a la creación o reforzamiento de un oligopolio. Estas situaciones generan un riesgo de abuso de esa posición o el peligro de una anticompetitiva coordinación tácita de precios (*danger of anticompetitive tacit price coordination*) (P. AREEDA/L. KAPLOW).
- c) Cabe la posibilidad de que la concentración tenga como resultado una obstaculización significativa de la competencia en el mercado de que se trate en

⁶⁹¹ Gisele Bellmont parafraseando a Oscar Ibáñez Parra: «Una de las finalidades del derecho y la política de la competencia, consisten en que la asignación de los recursos sea producto del normal funcionamiento del mercado, y como tal sea eficiente. Por ello se combaten todos los comportamientos que resulten restrictivos o desleales y que falseen las leyes del mercado o limiten la libertad de los agentes que participan en él. En esta misma línea de facilitar el acceso efectivo a los mercados, está la política comercial internacional, pero esta no busca proteger las medidas liberalizadoras del comportamiento de los empresarios; sino del comportamiento de los Estados, que a través de políticas proteccionistas pretenden limitar el acceso de actores extranjeros a sus mercados domésticos». Ídem, p. 14.

⁶⁹² «Tradicionalmente las operaciones de concentración han recibido en las legislaciones de defensa de la competencia una valoración más benévola que las prácticas colusorias y, sobre todo, que el abuso de posición dominante: no se consideran nocivas en cualquier caso, sino únicamente en la medida en que ponen en peligro la competencia efectiva en el mercado afectado. Por ello, no son operaciones prohibidas per se, sino que en la mayoría de las legislaciones están sometidas a un control previo a su realización que, también en la mayor parte de los casos, termina con una decisión de autorización, quedando las decisiones de prohibición reducidas a porcentajes muy limitados». BELLO, María. "Control de concentraciones de empresas". Óp. Cit., p. 337.

una parte sustancial del mismo (test norteamericano de la disminución o reducción sustancial de la competencia [*substantial lessening of competition, SLC-test*]), bien porque las empresas que operan en el mercado relevante se comprometan en una acción coordinada para dañar a los consumidores (*lessening of competition through coordinated interaction*), bien porque, al margen de toda colusión expresa o implícita, el resultado de la concentración resulte perjudicial para los consumidores (*lessening of competition through unilateral effects*).

d) Por último, la concentración puede dar lugar a efectos contrarios a la competencia como las estrategias predatorias (*predation*). Éstas pueden consistir, ad ex., tanto en utilizar reservas financieras para eliminar competidores en algún sector de su actividad, como en instaurar un sistema de premios o descuentos de captación y fidelización de los distribuidores o de los clientes, incrementar la calidad o la variedad de los productos o aumentar la publicidad con el fin último de destruir a los rivales (P. AREEDA/L. KAPLOW). Dichas estrategias pueden constituir, según los casos, un instrumento para aumentar la concentración del mercado o una consecuencia del poder de mercado de algunas empresas en un mercado con un alto índice de concentración. [...]»⁶⁹³.

2.2. Mecanismos (formas) de concentración empresarial: horizontal, vertical y de conglomerado

¿De qué manera se organizan las empresas para configurar una concentración empresarial? En la doctrina en general se han realizado distintos tipos de clasificaciones en torno a las consecuencias que estas generan en los mercados. Por ejemplo, María del Rosario Quiroga y Miguel Rodríguez⁶⁹⁴ clasificaron a las concentraciones empresariales en dos grupos. En el primero de ellos las divide en concentraciones horizontales, concentraciones verticales y concentraciones de conglomerado. Por su parte, en el segundo grupo las divide en concentraciones totales y concentraciones parciales. Asimismo, el primer

⁶⁹³ CALVO, Alfonso y Javier CARRASCOSA. *Las concentraciones de empresas*. Óp. Cit., pp. 37-38.

⁶⁹⁴ QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., pp. 95-97.

tipo de clasificación se da en función del nivel de participación que tienen las empresas involucradas en la cadena productiva: si son productoras, distribuidoras, comercializadoras, etc.; mientras que el segundo tipo alude a la fusión, en la que las empresas se unen para funcionar como una sola, donde una concentración total implica que las empresas pierdan su independencia de manera permanente y una concentración parcial que las empresas solo unan un/os aspecto/s de sus actividades y mantengan su independencia en las demás áreas⁶⁹⁵.

Ahora bien, también las han clasificado en dos formas excluyentes: con pérdida de la personalidad jurídica y sin pérdida de la personalidad jurídica. La primera es la figura más usual y, por antonomasia, se refiere a la fusión (fusión por creación o fusión por absorción)⁶⁹⁶. Por otro lado, la segunda se refiere a aquella unión sin pérdida de la autonomía de cada una de las empresas que la integran, como señala su nombre. Se subdivide en «relaciones de coordinación» y «relaciones de subordinación». Dentro de las de coordinación están el cartel, el pool aeronáutico, el consorcio, la asociación en participación, el joint venture, el grupo de interés económico. Dentro de las de subordinación está el grupo de empresas⁶⁹⁷.

En ese sentido, nosotros tomaremos en cuenta lo señalado en el presente apartado: las concentraciones horizontales, las verticales y las de conglomerado. Las concentraciones horizontales aluden a las empresas que pertenecen al mismo nivel en la cadena productiva, es decir, que forman parte del mismo mercado relevante. Por su parte, las concentraciones verticales se refieren a aquellas empresas que están en distintos niveles de la cadena de

⁶⁹⁵ «Por ejemplo, una empresa que se dedique a la fabricación de diversos artículos de bronce puede unir la sección que se dedica a la fabricación de lámparas con otra fábrica que se dedique al mismo negocio, pero mantiene independiente la fabricación de otro tipo de productos. Asimismo, una empresa que fabrica y comercializa cualquier producto, podría unirse a otra empresa sólo en la parte que se dedica a la comercialización, mientras que la parte correspondiente a la fábrica se conserva independiente». Ídem, p. 97.

⁶⁹⁶ ECHAIZ, Daniel. “La concentración empresarial como mecanismo para el crecimiento corporativo”. Óp. Cit., p. 126.

⁶⁹⁷ Ídem, pp. 126-134.

producción. En cambio, en las concentraciones de conglomerado las empresas no pertenecen al mismo mercado relevante ni a la misma cadena productiva; en otras palabras, nos referimos a aquellos grupos económicos que albergan empresas de distintos rubros⁶⁹⁸.

Las concentraciones de conglomerado se originan porque no resulta rentable una concentración horizontal o una vertical. Ahora, por más de que estas empresas no pertenezcan al mismo mercado relevante, hay una potencialidad de que se genere una posición de dominio⁶⁹⁹.

Por su parte, Alfonso Calvo y Javier Carrascosa⁷⁰⁰ exponen acerca de los problemas competitivos que puedan conllevar las concentraciones horizontales, las verticales y las de conglomerado.

⁶⁹⁸ QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., p. 96. «Integración horizontal: de aplicación a hipótesis de competencia donde el proceso concentrador tiende a la constitución de un monopolio.

Integración vertical: supuesto que se verifica con atención a la secuencia del proceso productivo, donde una empresa depende de la otra para la integración de insumos o secuencia de procedimientos.

Integración de conglomerado: se trata de situaciones ya no definidas y precisas como las anteriores, donde el posicionamiento en el mercado deja de ser objetivo exclusivo». CURÁ, José María. «¿Concentración empresarial o concentración de sociedades? Una mirada desde el sistema de los contratos de colaboración empresarial en el Derecho argentino». Óp. Cit., p., p. 81.

⁶⁹⁹ MOLINA, Carlos. «El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino». Óp. Cit., p. 120.

⁷⁰⁰ «Existe, por otra parte, una estrecha *relación entre la clase de concentración* de que se trate y los *problemas competitivos* que pueda plantear (E. GELLHORN/W.E. KOVACIC):

a) Las *concentraciones horizontales* suscitan *tres problemas competitivos* (E. GELLHORN/W.K KOVACIC). *Primero*: Se elimina a una empresa rival (*the target firm*). Su supresión como competidora puede, en función del tamaño de ambas, ser muy relevante para los intereses del consumidor (*elimination of competition between the merging firms*). *Segundo*: El incremento del poder de mercado de la empresa resultante tras la fusión puede animar a ésta a aumentar los precios o reducir la producción unilateralmente (*substantial market power*). *Tercero*: Un significativo incremento del grado de concentración facilita la coordinación tácita de *comportamientos* por parte de las empresas que quedan en el mercado (*the problem of oligopolistic interdependence*).

b) Las concentraciones verticales plantean varios delicados problemas (E. GELLHORN/W.E. KOVACIC). *Primero*: Las empresas implicadas en la concentración pueden acordar que la empresa adquirida únicamente contrate con la empresa adquirente, si es más eficiente para esta última (*internalization*). Como consecuencia de ello, se alteran las relaciones con los proveedores, los clientes y los competidores de la empresa adquirente, que pierden así las fuentes de suministro o los clientes (*the foreclosure theory of competitiveharm*) (P. JOSKOW). *Segundo*: Las empresas con poder de mercado pueden embarcarse en operaciones de integración vertical para impedir o retrasar la entrada en el mercado de empresas competidoras que puedan deteriorar sus beneficios oligopolísticos (R. BLAIR/D. KASERMAN). En efecto, las empresas que aspiran a entrar en un mercado muy concentrado pueden retrasar su ingreso en él o, incluso, desistir si, frente a ellas, hay gigantes económicos, dispuestos a comportarse como tales, y, para

En cuanto a las concentraciones horizontales, se suprime a una empresa que compite; la empresa generada tiene la posibilidad de elevar los precios o reducir la producción; se incentiva a que las demás empresas no concentradas puedan coordinar sus comportamientos.

Respecto a las concentraciones verticales, hay una limitación en cuanto a que las empresas concentradas acuerden que la empresa adquirida contrate solamente con la empresa adquirente; uno de los motivos de la concentración vertical es evitar que otras empresas acaben con sus beneficios oligopolísticos. En ese sentido, se dice que esta forma de concentración empresarial se da entre grandes empresas, solo así se justificaría dicha concentración⁷⁰¹.

Finalmente, las concentraciones de conglomerado son los que generan menos problemas a la competencia. Sin embargo, su poder es tan significativo que podría afectar la competencia de las demás pequeñas empresas.

2.3. Medición de la concentración empresarial: el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI)

Cuando hablamos de estructura de mercado, se nos viene a la mente el grado de concentración económica como un elemento sumamente importante:

vencerles, deben iniciar, a su vez, otra política de integración vertical o estar dispuestas a soportar una competencia durísima. Cualquiera de estas opciones entraña costes de tiempo y dinero (barriers to entry).

c) Por último, los conglomerados parecen, prima facie, menos problemáticos para la libre competencia (E. GELLHORN/W.E. KOVACIC): Generalmente, no hay efecto de exclusión (foreclosure), ya que cada empresa atiende a sus necesidades y a sus clientes en sus mercados respectivos y, en todo caso, la estructura del mercado, las cuotas de mercado de las empresas que se concentran y el grado de concentración siguen siendo los mismos. Sin embargo, los conglomerados pueden ser la forma jurídica de una empresa con posición de dominio en algunos mercados, que puede servirse de ella para apoyar a la empresa absorbida, dotándola así de un poder económico muy superior a su dimensión real, que dificulte la competencia de las pequeñas empresas rivales de esta última, haciéndolas desaparecer, incluso, del mercado (leverage theory)». CALVO, Alfonso y Javier CARRASCOSA. *Las concentraciones de empresas*. Óp. Cit., pp. 38-39.

⁷⁰¹ «Por lo general, la concentración vertical es beneficiosa sólo para las grandes empresas debido a que este tipo de integración a menudo está sujeta a economías de escala. En nuestro ejemplo, la fábrica de bebidas gaseosas tendría que producir una cantidad considerable de gaseosas para justificar la unión con una fábrica de botellas, porque esta última necesita un alto número de producción para ser rentable». QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., p. 112.

«este nos indica si la oferta (producción) de un mercado está concentrada en una o pocas empresas o si, por el contrario, está repartida entre muchas empresas y ninguna de ellas tiene un porcentaje significativo del mercado; en este último caso el mercado estaría desconcentrado»⁷⁰².

A la hora de la correspondiente evaluación de la concentración se considera, por un lado, cómo se modificó la cuota de participación en el mercado, mientras que, por otro lado, se considera qué grado de concentración significa aquella modificación. Este grado se mide con el IHH y no es único criterio que se toma en cuenta para evaluar la operación de concentración⁷⁰³.

Si bien es cierto, el criterio de medición más usado es el índice Herfindahl-Hirschman (IHH), hay otros más⁷⁰⁴. El IHH se calcula cuando se suma los cuadrados de las cuotas de mercado de las empresas participantes en dicho mercado específico⁷⁰⁵. El valor del resultado es entre 0 y 10 000, considerado este último valor como monopolio⁷⁰⁶:

Este índice de la concentración del mercado se obtiene sumando la participación del mercado —elevada al cuadrado— de cada una de las entidades que participan en él. A modo de ejemplo, revisemos el HHI en un mercado con ocho empresas y en el cual sus componentes participan de la siguiente forma: A=20%, B=20%, C=15%, D=15%, E=10%, F=10%, G=5% y H=5%. El HHI en este caso será el siguiente: $20^2 + 20^2 + 15^2 + 15^2 + 10^2 + 10^2 + 5^2 + 5^2$

⁷⁰² Ídem, pp. 69-70.

⁷⁰³ ZÚÑIGA, Tania. "El control de concentraciones empresariales en el Perú: fundamentos para su regulación". Óp. Cit., p. 222. Sabemos que también existe el Índice de Lerner (L), el Índice de Beneficios Netos (IBN), el Índice de Elasticidad Cruzada de la Demanda (IE_p), el Índice de Lorenz-Gini (ILG), el Índice de Razón de Concentración (ICR_m), etc., los cuales no serán desarrollados en el presente trabajo, con el objetivo de no extendernos demasiado.

⁷⁰⁴ Sabemos que también existe el Índice de Lerner (L), el Índice de Beneficios Netos (IBN), el Índice de Elasticidad Cruzada de la Demanda (IE_p), el Índice de Lorenz-Gini (ILG), el Índice de Razón de Concentración (ICR_m), etc., los cuales no serán desarrollados en el presente trabajo, con el objetivo de no extendernos demasiado.

⁷⁰⁵ «Así, ad ex., el IHH de un mercado integrado por cinco empresas con cuotas de mercado del 40%, 20%, 15%, 15% y 10%, respectivamente es igual a 2550 ($40^2 + 20^2 + 15^2 + 15^2 + 10^2 = 2550$). El índice IHH va de cero (mercado atomizado) a 10.000 (monopolio puro)». CALVO, Alfonso y Javier CARRASCOSA. *Las concentraciones de empresas*. Madrid: COLEX, 2006, p. 217.

⁷⁰⁶ QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., pp. 83-84.

$5^2 + 5^2$, lo que es igual a 1500. Mientras mayor sea la concentración del mercado, mayor será el HHI, dado que al sumar —elevadas al cuadrado— cifras altas, se obtendrá como obvia consecuencia un alto HHI. Lo opuesto sucede si el mercado tiene una baja concentración. Por ejemplo, si en un mercado participan cincuenta empresas y cada una de ellas tiene un 2% del mercado, el HHI será solo de 200, mientras que en un mercado con cuatro agentes, cada uno de los cuales posee un 25% de la participación del mercado, el HHI será de 2500⁷⁰⁷.

Ahora bien, este índice presenta ventajas y desventajas. Las ventajas se asocian con que este índice toma en cuenta la participación del mercado de todas las empresas; le importa saber la distribución de las cuotas de mercado delimitando un sector económico; considera las diferencias de tamaño de las empresas que se concentrarán; predice mucho mejor el posible impacto, etc.⁷⁰⁸.

En tanto que las desventajas están relacionadas con lo difícil de su minucioso cálculo; por ende, se recae en la otra desventaja: un pequeño error en el cálculo de IHH puede sobreestimar o subestimar su valor real⁷⁰⁹.

3. EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

A nivel mundial, los regímenes de control previo de concentraciones empresariales han tenido como referencia a dos estándares: el del régimen norteamericano y el del régimen europeo. «Para el Régimen Norteamericano, la fusión puede constituir un acto que aumenta o crea un poder de mercado que puede ser ejercido unilateralmente por la firma fusionada o puede propiciar la colusión ante la mayor concentración; mientras que para el Régimen Europeo,

⁷⁰⁷ LIZANA, Claudio y Lorena PAVIC. “Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios”. *Revista Chilena de Derecho-Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Santiago, volumen 29, número 3, 2002, p. 519.

⁷⁰⁸ QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., pp. 84-85.

⁷⁰⁹ Ídem, pp. 85-86.

el control de fusiones busca evitar que la fusión sea un acto que genere o fortalezca una posición dominante»⁷¹⁰.

Es de conocimiento público que gran parte de países, dentro del sistema de control de concentraciones, cuenta con el control preventivo y no solo con el control posterior, como es el caso de Perú, cuyo panorama se sumó a la evaluación previa, de manera concreta, desde el Decreto de Urgencia N.º 013-2019.

Empezaremos por recalcar que los sistemas de control de concentraciones más representativos son el de Estados Unidos y el de la Unión Europea⁷¹¹, donde el primero influyó sobre la elaboración del segundo⁷¹².

Asimismo, cada uno de estos sistemas de control de concentraciones cuenta con criterios de valoración de concentraciones distintos, entre los cuales figuran —básicamente— el criterio del dominio y el criterio SLC (*sustancial lessening of competition*). Por un lado, el criterio del dominio se refiere a que

⁷¹⁰ Cita de Marcelo D'Amore. SARANGO, Luis. *Control o no control de fusiones en la industria regulada: extendiendo el caso del sector eléctrico al mercado de gas natural*. Tesis de maestría en Derecho de la Empresa con mención en Regulación de Servicios Públicos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 79.

⁷¹¹ «La Corte Suprema americana ha establecido que la Sherman Act fue diseñada para ser un código comprensivo de la libertad económica como regla del comercio, con la finalidad de preservar la competencia libre y no obstaculizarla y servirá para la mejor utilización de los recursos económicos, para favorecer el progreso y para potenciar una situación conducente a la preservación de nuestras instituciones políticas, sociales y democráticas. Por otra parte, el sistema de defensa de la competencia en Europa, tiene sus peculiaridades. En efecto, el derecho comunitario de la competencia básico se encuentra recogido en los artículos 85 a 94 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En ellos se establecen normas aplicables a las empresas, normas relativas a las prácticas antidumping y normas acerca de las ayudas otorgadas por los Estados miembros». DURAND, Julio. «Construyendo un sistema de control de fusiones para evitar distorsiones en la libre competencia». *Derecho & Sociedad*. Lima, número 28, 2007, p. 157.

⁷¹² «Así, en Estados Unidos, desde principios del siglo XX, existió un sistema que prohibía las fusiones con efectos que distorsionen el mercado, pero en la década de 1970 se implementó un esquema en el cual las empresas tienen la obligación de informar con cierta anticipación a la Comisión Federal de Comercio y a la División Antitrust del Departamento de Justicia las operaciones de concentración que excedan cierto monto a los fines de la autorización. Este procedimiento fue asumido también en el Derecho europeo años más tarde.

Así, la Comunidad Europea, en 1989, sancionó un procedimiento similar que exigía la previa comunicación del acto de concentración, siempre bajo el límite de lo razonable. Siguiendo esta línea los ordenamientos mexicanos (1992) y brasileño (1994) también adoptaron un esquema similar». MOLINA, Carlos. «El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino». *Óp. Cit.*, pp. 112-114.

únicamente se prohíbe las concentraciones empresariales que crean o refuerzan una posición de dominio en el mercado. Este criterio rige en países como Alemania, Austria e Italia. Por otro lado, el criterio SLC (*sustancial lessening of competition*), el cual está presente en Estados Unidos, Canadá y Reino Unido, considera prohibir todas aquellas concentraciones empresariales que causen una «disminución sustancial de la competencia» o una «obstaculización de la competencia efectiva» (conocido como criterio OSC, presente en España)⁷¹³.

Por último, es importante mencionar que cuando nos referimos a las legislaciones comparadas en materia de derecho de la competencia, hacemos alusión al modelo judicial y al modelo administrativo como los dos modelos de aplicación, predominando el segundo:

(i) El modelo judicial, en el que la autoridad administrativa realiza tareas de investigación y ejerce acciones judiciales, en vía civil o penal (EE. UU., Australia, Nueva Zelanda, Austria, Finlandia), (ii) El modelo administrativo, en el que la autoridad de defensa de la competencia impone sanciones administrativas. En algunos países, se establece una separación estructural: la autoridad de defensa de la competencia realiza tareas de investigación para después remitir el asunto a un órgano administrativo especializado, que asume las competencias ejecutivas (Canadá, Sudáfrica, Chile). En cambio, en otros, la autoridad de defensa de la competencia no solo tiene potestades de investigación, sino también resolutorias, sujetas al posterior control judicial (UE. España. Japón, China y, en EE.UU., la FTC)⁷¹⁴.

A efectos de no extendernos demasiado fuera de los puntos a los cuales queremos llegar, en el presente capítulo abordaremos los sistemas de control de concentraciones empresariales de los países más representativos en la materia dentro de la división en tres partes que, a continuación, desarrollaremos: Estados Unidos, Unión Europea (España y Alemania) y Latinoamérica (Argentina y Chile).

⁷¹³ BELLO, María. "Control de concentraciones de empresas". Óp. Cit., p. 338.

⁷¹⁴ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho administrativo económico*. Óp. Cit., p. 322.

3.1. ESTADOS UNIDOS

Estados Unidos se caracteriza por haber promulgado la primera ley antimonopolio más influyente a nivel mundial.

Es la pionera aunque no la más antigua⁷¹⁵. Sin embargo, como menciona el profesor Juan Francisco Rojas Leo, resulta paradójico (y hasta un tanto incongruente) que un país propulsor de la libertad de empresa sea quien impulse un sistema de control previo de concentraciones empresariales⁷¹⁶.

En concreto, la evaluación previa responde a que toda vez que se presente una operación de concentración empresarial de posible afectación a la competencia, esta debe ser aprobada por la autoridad administrativa. Para ello, la legislación prevé márgenes (llamados umbrales) para que en caso de que la operación tenga planeado sobrepasar el umbral fijado, los empresarios notifiquen a la Federal Trade Commission (FTC) y al Assistant Attorney General del Departamento de Justicia antes de desarrollarse la operación, para que estas autoridades evalúen si dicha operación de concentración empresarial significará un perjuicio a la competencia. Cabe resaltar que, en caso de que se

⁷¹⁵ «Nos estamos refiriendo a la legislación más conocida e influyente universalmente en materia de Defensa de la Competencia. No obstante, no podemos dejar de reconocer que la legislación canadiense sobre la materia es anterior a la estadounidense». ROJAS LEO, Juan Francisco. “El control de las concentraciones empresariales en la perspectiva del derecho de la competencia”. En RAMÍREZ, Lorena (coordinadora). *Temas actuales de derecho de la empresa*. Lima: Palestra, 2006, p. 58. «Probablemente la legislación y experiencia más antiguas en cuanto a la regulación de fusiones y adquisiciones, provenga de los Estados Unidos de Norteamérica. De acuerdo a lo que señalan Elías y Salazar, el primer cuerpo legal organizado, aplicable a todo el territorio de un país, que regula las conductas antimonopólicas, lo constituye la Sherman Act, dictada en EE.UU. en 1890. Sin embargo, estas misma autoras destacan que previamente ya existían algunas sentencias judiciales que involucraban aspectos relacionados con la libre competencia y los monopolios (como el caso inglés Darcy vs. Allein, de 1602, citado por Posner e Eastbrook), así como algunas normas estatales sobre el particular». QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., pp. 127-128.

⁷¹⁶ «Es paradójico, pero ilustrativo, que este país, paradigma de la libertad de empresa, haya consagrado un sistema de control de concentraciones precisamente para garantizar la competitividad de su mercado». ROJAS LEO, Juan Francisco. “El control de las concentraciones empresariales en la perspectiva del derecho de la competencia”. Óp. Cit., p. 58.

apruebe, los Estados y los particulares pueden impugnar judicialmente dicha decisión⁷¹⁷.

La legislación antitrust de Estados Unidos está compuesta, principalmente, por la Ley Sherman, la Ley Clayton y la Ley de la Comisión Federal de Comercio⁷¹⁸. Los aspectos más importantes de cada una de ellas y de los aportes legislativos en concreto relacionados al control previo de concentraciones empresariales serán expuestos en los siguientes párrafos.

En 1890 se aprobó el proyecto de ley presentado por el senador de Ohio llamado Sherman, motivo por el cual esta ley es conocida como «Ley Sherman» (o «Sherman Act»)⁷¹⁹. Prohibió los contratos y combinaciones que restrinjan el comercio y la monopolización⁷²⁰. Fue denominada *An Act to protect trade and*

⁷¹⁷ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho administrativo económico*. Navarra: Aranzadi: Civitas, 2016, p. 323.

⁷¹⁸ CABANELLAS, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Óp. Cit., p.76-77. «Según la recopilación histórica que realiza Galán Corona: "... Estas tres leyes, *Sherman Act*, *Clayton Act* y *Federal Trade Commission Act*, constituyen el cuerpo básico de la legislación antitrust norteamericana. Sin embargo, a lo largo de su existencia, estas tres disposiciones han experimentado enmiendas y modificaciones en virtud de textos que complementan su regulación. En este sentido, son de citar la *Miller-Tydings Act* de 1937, que modificó la sección 1 de la *Sherman Act* en el sentido de aceptar la fijación de precios mínimos de reventa de artículos protegidos por marca cuando sea permitida por una disposición legal, y cuya interpretación fue aclarada por la *Mc Guire Act* de 1952, que completa la sección 5 de la *Federal Trade Commission Act*, la *Robinson-Patman Act* de 1936 que afectó a la sección 2 de la *Clayton Act* en lo referente a la prohibición de discriminaciones, limitándola a mercancías de igual grado y calidad; la *Celler-Kefauver Act* de 1950 que modificó la sección 7 de la *Clayton Act* que prohíbe las concentraciones, etc.

Junto a este conjunto de normas que forman el cuerpo básico de la legislación *antitrust*, hay que hacer mención de una serie de disposiciones que excluyen determinadas actividades del ámbito de aplicación de las leyes antitrust. A este respecto, destacan, entre otras, la *Webb-Pommerene Act* de 1916, dirigida a excluir la actividad exportadora, el objeto de favorecer la exportación estadounidense y así hacer frente a la actitud de competidores extranjeros agrupados con frecuencia en carteles y organizaciones similares; la sección 6 de la *Clayton Act*, complementada por la *Norris-LaGuardia Act* de 1932 y *Taft-Harley Act* de 1947, eximen de la aplicación de las leyes *antitrust* a las actuaciones de las organizaciones obreras en materia de relaciones laborales; la actividad agraria se beneficiaría también de ciertas exclusiones a las prohibiciones contenidas en las leyes *antitrust*, según se establece en la *Copper-Volstead Act* de 1922 y *Cooperative Marketing Act* de 1926. En el ámbito de las exclusiones de las leyes protectoras de la libre competencia no se puede ignorar los sectores regulados por las *Independent Regulatory Commissions*, toda vez que, al estar sometidos dichos sectores al control de tales organismos, no hay lugar a la aplicación de las leyes antitrust en el ámbito afectado por tal regulación...»». FLINT, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Óp. Cit., pp. 915-916.

⁷¹⁹ CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., p. 209.

⁷²⁰ CABANELLAS, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Óp. Cit., p. 77.

commerce against unlawful restraints and monopolies (Estatuto para proteger el intercambio y el comercio contra restricciones y monopolios ilegales) y es considerada como el cimiento del derecho de competencia en dicho país⁷²¹.

Contuvo cláusulas generales para que, mediante la *rule of reason* (regla de la razón⁷²²), sea la jurisprudencia la que se encargue de hacerlas aterrizar en los casos concretos⁷²³.

Esta ley federal⁷²⁴ surgió a raíz del apogeo del proceso de concentración económica que empezó a reflejar todo su esplendor en aquella época⁷²⁵. «Con

⁷²¹ LIZANA, Claudio y Lorena PAVIC. “Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios”. Óp. Cit., p.513.

⁷²² «El Derecho Antitrust Norteamericano por lo tanto considera que se está ante una infracción per se cuando la parte o partes que están sujetas a investigaciones han realizado actos en los cuales no amerita realizar un análisis, ni determinar los motivos o circunstancias que llevaron a realizar dichas conductas ni a determinar que efectos ha tenido dicha actuación dentro del mercado porque dicha conducta por sí misma independiente del análisis de circunstancias se califica ilícita.

En cambio la «regla de la razón» funciona de distinta manera, se da una conducta y para determinar la licitud o ilicitud de dicha conducta es necesario que los jueces analicen las circunstancias del acto, las causas y circunstancias del hecho, los efectos y consecuencias que dicho hecho tiene en el comercio, realizar un análisis particular del mismo para que luego de investigar el caso concreto pueda determinar la licitud o ilicitud de la conducta. Como sabemos, el sistema jurídico estadounidense se basa en la regla del precedente. Si bien en la regla de la razón cada caso es analizada individualmente es necesario conocer la predisposición de los jueces en los fallos anteriores frente a conductas relativamente similares ya que necesariamente servirán de base para los siguientes fallos». FLINT, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Óp. Cit., pp. 919-920.

⁷²³ ABANTO, Manuel. *El derecho de la libre competencia*. Lima: Editorial San Marcos, 1997, p. 253.

⁷²⁴ «La aprobación de la primera ley antitrust, la Sherman Act, por el Parlamento Federal en 1890 no fue una innovación absoluta en el sistema jurídico de los Estados Unidos.

Es preciso tener en cuenta que alrededor de 1890, cuando se promulgó la Sherman Act, al menos veintitrés Estados disponían alguna forma de prohibición antitrust. Hovemkarp considera que con anterioridad a la aprobación de la Sherman Act “las restricciones al tráfico comercial eran reguladas en su mayor parte por leyes estatales”. El comportamiento de las empresas en el mercado, además de encontrarse ordenado en distintas leyes estatales, era objeto de regulación también en el Common Law propio de cada Estado. Como dice Lifiand, “además de sus disposiciones legales cada Estado tiene una jurisprudencia acerca de las restricciones del comercio”. Los Estados por separado fueron los que empezaron a perseguir las prácticas restrictivas de la competencia mediante tipos penales amplios pero lo que tenía que promulgarse es una ley federal». FLINT, Pinkas. Óp. Cit., pp. 917.

⁷²⁵ «Se trata de una Ley Federal, que pretende atajar el proceso de concentración económica, promovido por la gran riqueza de recursos naturales, un espíritu marcadamente individualista, a cuyo tenor el poder económico es sinónimo de éxito, la aparición de invenciones y perfeccionamientos técnicos y tecnológicos, el acentuado proteccionismo público a las industrias nacionales —ayudas directas, política arancelaria— y, en último término, la magnitud de un mercado como el norteamericano». FERNÁNDEZ, Juan Manuel. “El derecho de las limitaciones de la competencia”. En BAYLOS, Hermenegildo. *Tratado de*

base en esta ley expedida en 1890, se concede acción civil y penal al departamento de justicia, los particulares y al fiscal general del Estado, en contra de quienes celebren acuerdos o cualquier relación comercial que “entorpezca el mercado doméstico o internacional”»⁷²⁶.

El primer artículo de la Ley Sherman versa acerca de los acuerdos anticompetitivos y el segundo artículo trata sobre los actos de monopolización (abuso de posición de dominio)⁷²⁷. Juan Manuel Fernández expone los aspectos más relevantes de la estructura de esta ley:

La Ley Sherman, en su primera redacción de 1890, consta de ocho Secciones de breve texto. En la Sección 1.^a se declaran ilegales cualquier contrato, combinación en forma de *trust* o de otra clase, o conspiración restrictivos del tráfico o del comercio *every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce*, entre los Estados o con países extranjeros. La Sección 2.^a condena toda acción o intento de monopolizar, o la combinación o conspiración de varios para monopolizar cualquier sector del tráfico o del comercio (se castiga *every person who shall monopolize or attempt monopolize or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce*), entre los Estados o con países extranjeros.

Las acciones prohibidas en la Sección 1.^a se caracterizan siempre por derivar de acuerdos restrictivos de la competencia establecidos. La prohibición se extiende a tres figuras distintas: el convenio formal, *contract*; la acción concertada, *combination* y la maquinación propiamente dicha, *conspiracy*. La nota común de estas tres modalidades de acuerdos entre los competidores, incluidos en la prohibición legal, es su finalidad restrictiva de la competencia, cualquiera que sea el contenido y la forma que adopta.

La Sección 2.^a, en cambio, sanciona la actuación monopolizadora del mercado, ya se realice mediante acción individual de una empresa, ya a través de

derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal. Óp. Cit., p. 345.

⁷²⁶ BELLMONT, Gisele. *Control previo a las integraciones empresariales: doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio.* Óp. Cit., p. 18.

⁷²⁷ CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios).* Óp. Cit., p. 41.

conciertos entre varias. Por ello se castiga a quien monopolice o intente monopolizar un sector del mercado, o a quien participe en una combinación o en una conspiración que tenga el mismo fin. Como señala Bernini, de acuerdo con esta Sección 2.^a se reputa ilícita toda acción que vaya encaminada a la fijación unilateral de los precios del mercado o a la exclusión de los competidores, sin que sea preciso que se haya logrado ya, de hecho, ese propósito; por lo que la investigación de los motivos que mueven el comportamiento empresarial presuntamente sancionable adquiere especial importancia.

Las medidas previstas por la Ley Sherman para sancionar las conductas que prohíbe son fuertes multas (5.000 dólares en la Ley y 50.000 a partir de la redacción de 7 de julio de 1955) e incluso prisión, que no exceda de un año, si lo considera pertinente el Tribunal, aparte la condena a la cesación de los actos y la reparación económica de los daños causados. El sistema de la Ley es estrictamente judicial. Las sanciones y reparaciones corresponde acordarlas a instancia del Fiscal o a petición de parte interesada»⁷²⁸.

La finalidad de la Ley Sherman es «asegurar la eficiencia del sistema productivo, incentivar la producción y que la riqueza sea distribuida homogéneamente»⁷²⁹, lo cual repercute en el bienestar de los consumidores.

La ley Sherman surgió para frenar a los cárteles, ya que causaban concentraciones empresariales. No obstante, unos años después de su promulgación, las autoridades pudieron percatarse de que mediante el mecanismo de la fusión las empresas podían “evadir” la ley Sherman⁷³⁰. En este escenario es donde surge la Clayton Act:

En Estados Unidos se piensa que la ola de fusiones que ocurrió un par de décadas después de la introducción de la Ley Sherman, que tipificó como ilícita la concertación de precios, fue provocada porque las empresas ya no podían coludirse de manera lícita. Entonces, las empresas encontraron que siendo

⁷²⁸ FERNÁNDEZ, Juan Manuel. “El derecho de las limitaciones de la competencia”. Óp. Cit., pp. 345-346.

⁷²⁹ FLINT, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Óp. Cit., p. 918.

⁷³⁰ Intervención de Luis Diez Canseco Núñez. DIEZ CANSECO, Luis y otros. Mesa redonda: “Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú”. *Ius et Veritas*. Lima, número 44, 2012, p. 418.

ilícita la colusión, las fusiones empresariales eran una mejor estrategia. Y fue en respuesta a esta ola de fusiones que luego se promulgó en Estados Unidos la Ley Clayton, que sujeta a una autorización previa las concentraciones empresariales⁷³¹.

La Ley Clayton se promulgó en 1914, veinticuatro años después de la Ley Sherman. El motivo de la creación de esta ley fue el de cubrir las posibles lagunas que surgían de la interpretación de la Ley Sherman; y, consecuentemente, contar con un cuerpo legislativo más eficaz y efectivo. Es por eso que su título oficial fue *Act to suplement existing laws againts unlawful restraints and monopolies* (Ley para suplementar la legislación existente contra restricciones ilegales y monopolios)⁷³².

Cabe señalar que es la norma que se aplica hoy en día a las fusiones, contando, evidentemente, con las modificaciones que fueron llegando en los siguientes años de su promulgación⁷³³.

Con esta ley se declaró ilegales cuatro prácticas restrictivas⁷³⁴: la discriminación injustificada de precios (sección N.º 2), los contratos de exclusividad (sección N.º 3), las llamadas "cláusulas atadas" y, sobre todo, las fusiones entre empresas competidoras (sección N.º 7)⁷³⁵, estableciendo el

⁷³¹ Entrevista a Joseph Harrington, profesor de la Escuela de Negocios de Wharton en la Universidad de Pensilvania. DÁVILA, Santiago. "El riesgo de las concentraciones empresariales". *Strategia*. Lima, s/n, s/f, p. 103.

⁷³² FERNÁNDEZ, Juan Manuel. "El derecho de las limitaciones de la competencia". Óp. Cit., p. 347.

⁷³³ LIZANA, Claudio y Lorena PAVIC. "Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios". Óp. Cit., p. 514.

⁷³⁴ «La Ley Clayton adiciona a las prohibiciones generales establecidas en la Ley Sherman una serie de actuaciones y prácticas concretas; y de modo fundamental: a) la fijación de precios discriminatorios (Sección 2.^a); b) la contratación de cláusulas *tying* (Sección 3.^a); c) la actuación de las Sociedades *holding* (Sección 7.^a) y d) la intervención en otras Sociedades mediante gestores comunes (Sección 8.^a)». FERNÁNDEZ, Juan Manuel. Loc. Cit.

⁷³⁵ CABANELLAS, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Óp. Cit., p. 77. «Las normas de control de concentraciones en Estados Unidos permiten una definición de concentración mucho más flexible que otras legislaciones. En efecto, la Sección 7 de la *Clayton Antitrust Act* establece una prohibición genérica de las adquisiciones y fusiones, cualquiera sea la modalidad contractual o forma jurídica por la que se produzca, siempre que como resultado de dicha operación pueda restringirse sustancialmente la competencia o pueda crearse un monopolio. Considerando la antigüedad de esta norma (1914), las autoridades de competencia y las Cortes han tenido importantes desarrollos posteriores al respecto, estableciendo procedimientos y lineamientos de los alcances de la *Clayton Act*».

control previo. Además, se refirió específicamente a la «protección de la competencia» y se prohibió la «tentativa de monopolizar»⁷³⁶. Por todo ello, a modo de modificación legislativa, se promulgó la Ley de la Comisión Federal de Comercio (o Federal Trade Commission Act), la cual declaró a la Federal Trade Commission (FTC)⁷³⁷ como la autoridad única de competencia⁷³⁸:

La Comisión Federal de Comercio («Federal Trade Commission», en adelante FTC) constituye un órgano administrativo especial. Entre sus tareas están la supervigilancia de la vigencia de la competencia, el apoyo a otras autoridades y tribunales en los procesos antitrust y la realización de investigaciones sobre problemas económicos. Para cumplir con estas tareas la FTC puede, a pedido de parte, dar informaciones vinculantes sobre la legalidad de conductas futuras; asimismo puede dar determinadas normas legales («Trade Regulation Rules» e

MARTÍNEZ, Martha y Lucía VILLARÁN. *Metodología de análisis para la evaluación del impacto de transferencias de concesiones y asignaciones de espectro sobre las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones*. Documento de Trabajo N.º 001-2007. Lima: Gerencia de Relaciones Empresariales (GRE) del OSIPTEL, 2007, p. 23.

⁷³⁶ ABANTO, Manuel. *El derecho de la libre competencia*. Óp. Cit., p. 254.

⁷³⁷ «Achacada tal ineficacia, en parte a la indeterminación de los conceptos utilizados por la Ley Sherman y en parte a su fuerte carácter punitivo y meramente represivo, surgen dos modificaciones legislativas en 1914: la *Federal Trade Commission Act.*, de 26 de septiembre y la Ley Clayton de 15 de octubre. La primera de dichas leyes crea un Órgano administrativo esencialmente informativo y preventivo, que es la *Federal Trade Commission*, constituida por cinco miembros designados por el Presidente, con la conformidad del Senado. Fundamentalmente corresponde a dicha Comisión, a tenor de lo que dispone la Sección 6.a, una misión informativa, asesora y de promoción de medidas y reformas legislativas. Es, en efecto, de su competencia llevar a cabo informaciones periódicas sobre la organización, negocios, conducta y prácticas comerciales de cualquier sociedad y sobre sus relaciones con otras, pudiendo requerirles para que rindan a la Comisión informes anuales o especiales, o contesten a los cuestionarios que dicha Comisión formule: hacer recomendaciones, a requerimiento del Fiscal General, sobre las medidas a tomar en relación con los negocios, organización o conducta de una empresa acusada de violación de la legislación anti-trust, para acomodarlos a lo dispuesto en la ley; publicar periódicamente sus informes, en interés general y hacer un informe anual, o los especiales precisos, al Congreso, conteniendo las recomendaciones que estime convenientes para la reforma de la legislación; e investigar periódicamente las condiciones en que se desarrolla el comercio de los Estados Unidos con países extranjeros.

En cuanto a las disposiciones que, en el aspecto material, ha de aplicar dicha Comisión, en el momento de su creación están constituidas únicamente por la propia Ley Sherman, hasta que se dicta seguidamente la Ley Clayton. La Ley creadora de esta Comisión no contiene, en su redacción inicial, normas concretas de carácter represivo de la actividad limitativa de la competencia, si bien en su Sección 5.a, declara igual el uso de métodos desleales de competencia en el comercio». FERNÁNDEZ, Juan Manuel. «El derecho de las limitaciones de la competencia». Óp. Cit., p. 347. CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., p. 41.

⁷³⁸ BELLMONT, Gisele. *Control previo a las integraciones empresariales: doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Óp. Cit., p. 21.

«Industry Guides») que prohíban acciones concretas, así como interpretar leyes ya existentes⁷³⁹.

Aunque la Ley Clayton fue creada para superar las falencias de la Ley Sherman por ser esta última muy genérica, sus disposiciones, aunque fueron mucho más restrictivas y específicas que las de la Ley Sherman, no fueron suficientes, puesto que solo prohibía las compras de capital y las fusiones horizontales, y porque el hecho de reprimir a la creación de un monopolio, o intentar crear uno, solo se podía evidenciar cuando se trataba de grandes empresas, y no se prestaba atención cuando la concentración se daba producto de la fusión con pequeñas empresas⁷⁴⁰.

A pesar de que recién en 1950 la Ley Clayton incorporó el control a las fusiones y adquisiciones⁷⁴¹, no obstó para que las cortes ya hayan declarado la ilegalidad de ciertos casos de fusiones: «Tal es el caso de la disolución del conglomerado creado por la Standard Oil, decretado por la Corte Suprema en 1911 (bajo la vigencia de la Sherman Act)»⁷⁴².

María del Rosario Quiroga y Miguel Rodríguez⁷⁴³ explican que esto se dio porque, según lo que interpretaban los miembros de la corte, una operación

⁷³⁹ ABANTO, Manuel. *El derecho de la libre competencia*. Óp. Cit., pp. 296-297.

⁷⁴⁰ BELLMONT, Gisele. *Control previo a las integraciones empresariales: doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Óp. Cit., p. 18.

⁷⁴¹ «La Ley Clayton fue reformada en 1950, por entender que no estaba siendo aplicada con severidad. Domínguez García señala que a una apreciable rigidez interpretativa en sus primeros años de vigencia sucede una fase de dejación —subsiguiente a la primera guerra mundial—, circunstancia que, unida a otras causas, concurrirá a la crisis económica de 1929, en la que también influye el fomento de la política de las concentraciones. Se produce luego una interpretación extensiva en la nueva Sección 7.^a de la «Clayton Act». Junto a ella se aplica a las concentraciones la Sección 2.^a de la «Sherman Act». FERNÁNDEZ, Juan Manuel. «El derecho de las limitaciones de la competencia». Óp. Cit., pp. 347-348.

⁷⁴² QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., p. 129.

⁷⁴³ «La Corte consideraba prioritario proteger a las industrias más pequeñas. En este sentido, siempre que una fusión o adquisición creara eficiencias debido a su tamaño debía ser sancionada, ya que la eficiencia constituye una ventaja comparativa que pone en situación de desventaja a los demás competidores —especialmente a los pequeños—. Este criterio fue expuesto por la Corte en el caso Procter & Gamble, en el cual se sostuvo que la compra por parte de Procter de Clorox Chemical Co. significaría para esta última obtener una ventaja comparativa que le permitiría reducir costos, lo que perjudicaría la competencia. La mayor eficiencia de la empresa integrada constituiría una barrera de entrada al mercado, por lo que debía evitarse.

de concentración empresarial significaba una desventaja hacia los competidores “pequeños”, ya que la empresa fusionada se volvería mucho más eficiente. Y no solo eso, sino que la Corte norteamericana consideró a cualquier fusión, sin importar su magnitud, que es un menoscabo a la competencia; por ende, un perjuicio a los consumidores o, en su defecto, a los competidores pequeños.

La sección más importante y la que, precisamente, se relaciona al presente trabajo, es la sección 7:

En su sección 7, la más importante para nuestro estudio, establece que ninguna persona (incluye todo tipo de sociedades) involucrada en el comercio o la actividad comercial debe adquirir, directa o indirectamente, el total o parte de los derechos, participación de capital o acciones en una sociedad; ninguna persona sujeta a la jurisdicción de la FTC debe adquirir la totalidad o parte de los activos de otra persona involucrada en el comercio o la actividad comercial, cuando en cualquiera de las líneas del comercio (se refiere a acuerdos horizontales, verticales o de conglomerados) o en cualquier actividad que afecte el comercio, *el efecto de dicha adquisición pueda substancialmente lesionar la competencia, o sea tendiente a crear un monopolio.*

En el siguiente párrafo de la ley se señala que no se aplicará la regla antes mencionada cuando la adquisición sea realizada con el solo propósito de realizar una inversión, y no se pretenda hacer ejercicio del derecho a voto de las acciones con el objeto de lesionar la competencia. Dentro de las excepciones o exclusiones, el texto se refiere a que no son ilegales la creación

Por otro lado, la Corte tenía la convicción de que existía en la economía norteamericana una creciente tendencia a la concentración y que era necesario luchar contra ella. En tal sentido, no sólo eran sancionables las fusiones o adquisiciones provenientes de un mercado concentrado, sino cualquiera — por más pequeña que fuera—, ya que debía detenerse esta tendencia a la concentración desde sus etapas más incipientes.

En otras palabras, podría decirse que para la Corte norteamericana siempre una fusión era sancionable porque siempre perjudicaba la competencia: si la fusión originaba una disminución de la producción y elevación de los precios debido a que las empresas fusionadas obtienen el control del mercado, entonces es sancionable porque se perjudica a los consumidores (aún cuando el aumento de precios beneficie a los competidores más pequeños); y si la fusión genera eficiencia en el mercado con precios más bajos y mejor calidad, es sancionable porque perjudica a los competidores pequeños (aún cuando los consumidores se vieran beneficiados)». QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. Óp. Cit., p. 130.

de filiales por parte de una matriz ni la creación de agencias por parte de una institución principal, cuando el efecto de estas creaciones no lesione substancialmente la competencia»⁷⁴⁴.

En 1936, y en pleno contexto de la Gran Crisis de 1929, surgió la Ley Robinson-Patman (RPA), la cual perfeccionó la prohibición de discriminar, contenida en la sección 2 de la Ley Clayton, donde se limitaba la capacidad de las grandes empresas de poder rebajar los precios⁷⁴⁵; además de ello, prohibió los precios predatorios (sección 3 de la RPA)⁷⁴⁶.

Años más tarde, en 1950, surge la ley antifusiones Celler-Kefauver, la misma que optimizó la prohibición de fusiones de la sección 7 de la Ley Clayton, prohibiendo las monopolizaciones mediante la adquisición de activos de otras empresas⁷⁴⁷. Esta enmienda a la Ley Clayton fue trascendental para la regulación a las fusiones. Claudio Lizana y Lorena Pavic resumen en tres puntos lo que fue su papel crucial:

El primero de ellos es que amplió el alcance de la Clayton Act a las fusiones verticales que habían sido excluidas en el texto original, que en su sección 7 señalaba que el cuerpo normativo se aplicaba solo a las fusiones que eliminaban la competencia entre las firmas que se fusionaban. El segundo aspecto relevante de esta modificación es que hace aplicable la Clayton Act no solo a las adquisiciones de acciones o derechos en una sociedad, sino también a las adquisiciones de activos de una sociedad. Finalmente, y lo más importante, como consecuencia de lo inmediatamente anterior, esta

⁷⁴⁴ LIZANA, Claudio y Lorena PAVIC. “Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios”. Óp. Cit., p. 514.

⁷⁴⁵ «“Una de las preocupaciones de la NRA (National Recovery Administration), era el desplome que los precios habían sufrido desde la caída de las bolsas. La solución a este problema fue un programa de cartelización compulsiva a las industrias más importantes de la economía. En aquel momento, “También se verificó una creciente desconfianza por la gran empresa, la cual se consideraba culpable en buena parte de la crisis que se afrontaba. Prueba de esto es la aprobación del Robinson-Patman Act de 1936 que reformó la sección segunda del Clayton Act. En él se limitaba la capacidad que tenía la gran empresa, particularmente los grandes supermercados, de rebajar los precios. Esta norma estaba dirigida — también— a proteger a los pequeños comerciantes que se veían afectados con estas prácticas”». BELLMONT, Gisele. *Control previo a las integraciones empresariales: doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Óp. Cit., pp. 18-19.

⁷⁴⁶ ABANTO, Manuel. *El derecho de la libre competencia*. Óp. Cit, p. 254.

⁷⁴⁷ *Ibíd.*

modificación legal hace aplicable la Clayton Act y las normas para las fusiones a las transacciones entre bancos que anteriormente se entendían excluidas del alcance de la normativa. Con ello, las Agencias se entienden facultadas para analizar y —en caso que corresponda— objetar las transacciones entre bancos⁷⁴⁸.

Como podemos ver, con la ley antifusiones Celler-Kefauver extiende los actos de monopolización a los actos de concentración empresarial propiamente dichos, considerándolos nocivos de por sí, sin importar, siquiera, los argumentos de la doctrina económica que considera que una fusión podría significar mayor eficiencia⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ LIZANA, Claudio y Lorena PAVIC. “Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios”. Óp. Cit., p. 514.

⁷⁴⁹ «Expedida en 1950 esta ley extiende las operaciones cobijadas por la restricción, a las operaciones de concentración empresarial, al referirse a la “adquisición por cualquier persona, de las acciones o la totalidad o una parte de los activos de una o más empresas que desarrollen actividades comerciales (...) cuando el efecto de tal adquisición sea disminuir sustancialmente la competencia, o tienda a crear un monopolio”.

La entrada en vigencia de esta ley marca el final de la primera etapa del derecho antimonopolios norteamericano, pues entre 1895 y 1950, sólo se prohíben los actos de monopolización. Mientras que a partir de este momento también se prohíbe el oligopolio, “la corte suprema recalcó la intención del legislador de impedir los oligopolios y proteger la viabilidad de las pequeñas empresas locales, sin tener en cuenta que esto se traduce en costos mayores y precios más altos como resultado de la fragmentación de la industria y el mercado.” En esta misma línea continuó avanzando la jurisprudencia norteamericana en la materia, hasta el punto en que se empezó a dar aplicación al test de ilegalidad presunta. Este test, surgido en 1963 al decidir un caso de fusión en el sector financiero, parte del supuesto de que una concentración de mercado por encima de ciertos porcentajes, es de por sí nociva; y por ende, lo que debe probarse son sus efectos neutros. Para aprobarla se requiere evidencia de que la operación no tendrá efectos anticompetitivos. Los criterios que determinan la ilegalidad presunta, son los siguientes:

- Porcentaje excesivo de participación en el mercado relevante.

- Aumento de la concentración en el mercado relevante. “la presunción de ilegalidad es para las fusiones horizontales en los mercados concentrados cuando, como resultado de la fusión, la firma resultante controla una excesiva participación del mercado y la concentración del mercado sufre un notable incremento.”

“Durante esta etapa – después de la segunda Guerra Mundial—se asumió que todas las prácticas que de alguna forma restringieran la competencia debían ser perseguidas. Esta modalidad de aplicación del derecho antimonopolístico, en la cual se dispara primero y se hacen preguntas después, no toma en cuenta consideraciones de tipo económico, como por ejemplo la mayor eficiencia que puede generar una fusión entre empresas, sino que ataca objetivamente tanto a los acuerdos restrictivos de la competencia como a las concentraciones económicas por su misma existencia.”». BELLMONT, Gisele. *Control previo a las integraciones empresariales: doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Óp. Cit., pp. 19-20.

En 1962 se promulgó la Ley Antitrust Civil Process para que la División Antitrust pueda investigar aquellas prácticas restrictivas que resultaran sospechosas y, así, recopilar material de prueba, aplicando medidas coercitivas como parte de las investigaciones de tipo civil⁷⁵⁰.

La Ley Antitrust Civil Process se perfeccionó gracias a la Ley Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act de 1976. Mediante esta ley surgió la posibilidad de solicitar, de manera coercitiva, información a empresas y personas naturales que no estuvieran involucradas en el caso de restricción de la competencia en específico⁷⁵¹.

Asimismo, la sección 7A de la Ley Clayton fue incorporada con la Ley Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement. Esta ley es importante porque establece que tras tener la intención de constituir una fusión, primero se debe cumplir con el requisito de la notificación previa a las autoridades de competencia⁷⁵². Es por eso que se dice que con esta ley se empezó, realmente, a ejercer el control previo a las concentraciones empresariales⁷⁵³. En función a

⁷⁵⁰ ABANTO, Manuel. *El derecho de la libre competencia*. Óp. Cit, p. 254.

⁷⁵¹ *Ibíd.*

⁷⁵² LIZANA, Claudio y Lorena PAVIC. "Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios". Óp. Cit., p. 514. «Tal como ya mencionamos al analizar la Clayton Act, dicha modificación implica la facultad de la FTC y el DOJ de analizar la fusión y tomar una determinación. Para que dichos organismos lleven a cabo el correspondiente análisis, se estableció un período de espera de treinta días —quince en el caso de una Oferta Pública de Adquisición de Acciones— previo a la consumación de la fusión. En todo caso, el plazo puede ser ampliado por un periodo extraordinario cuando las circunstancias —determinadas en la ley— lo hagan necesario». Ídem, pp. 514-515.

⁷⁵³ «Dicha notificación solo debía anteceder a aquellas operaciones que superaran ciertos límites objetivos, establecidos en una suma en activos o ingresos anuales, y un porcentaje de adquisición. En caso de que las autoridades de competencia encontraran nociva para el mercado la adquisición, y no fuera posible acordar con las partes una modificación del acuerdo, entonces se inicia un proceso judicial, con miras a impedir dicha operación.

Poco antes de la entrada en vigencia de esta ley, y consciente de los inconvenientes surgidos de la rigidez con que se venía aplicando la ley antimonopolios, la Corte Suprema empezó a dar aplicación al enfoque funcional: Como el test de la ilegalidad presunta llevo a la corte al extremo de "juzgar como ilegales per se todas las fusiones horizontales salvo las que carecían de importancia." En 1974 se adoptó el Test de la "ilegalidad de las circunstancias", según el cual, lo que debe probarse es la ilegalidad de la operación. Para lograrlo se tienen en cuenta otros elementos como las eficiencias que surgen con la operación, el exceso de capacidad instalada y la existencia de barreras de entrada, la homogeneidad de los productos, la tendencia del respectivo mercado hacia la concentración y la importancia y agresividad del competidor que se elimina con la fusión. Pese a la integralidad de este enfoque, ha sido criticado porque se presentan dificultades en la obtención de la información, puede haber disputas sobre el modelo económico y el examen econométrico a aplicar, y el debate puede ser dispendioso y costoso».

ello, las empresas que sobrepasen los umbrales objetivos fijados en la norma, deberán comunicarlo a la Federal Trade Commission (FTC) (Comisión Federal de Comercio) o al Department of Justice (DOJ) (Departamento de Justicia)⁷⁵⁴.

3.2. UNIÓN EUROPEA

En 1957 Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos, países que integraban la Comunidad Económica del Acero y el Carbón⁷⁵⁵, firmaron el Tratado de Roma⁷⁵⁶ con el objetivo de lograr «la supresión de todos los obstáculos que impidan el libre tráfico de mercancías y, por lo tanto, de barreras aduaneras, y la libre circulación de personas, bienes y capitales, así como la transparencia de las transacciones mercantiles mediante el respeto a la libre competencia»⁷⁵⁷. Este fue el origen de la Unión Europea. Con el transcurrir del tiempo se incluyó, en total, a los veintiocho países que conforman la Unión Europea hoy en día⁷⁵⁸.

BELLMONT, Gisele. *Control previo a las integraciones empresariales: doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Óp. Cit., pp. 20-21.

⁷⁵⁴ «En esta línea, la Hart-Scott-Rodino Act (1976) es la norma que establece los requerimientos para la notificación de las operaciones de concentración que posteriormente serán objeto de evaluación por parte de las autoridades de competencia. Así, todas las empresas que planifiquen realizar una operación de concentración que supere los umbrales establecidos en esta norma deben notificar a la Comisión Federal de Comercio - FTC - o al Departamento de Justicia - DOJ - su intención de fusionarse. Los criterios establecidos en la Hart-Scott-Rodino Act son umbrales de carácter objetivo, es decir, vinculados al volumen de negocios y la participación de mercado de las empresas involucradas en la operación». MARTÍNEZ, Martha y Lucía VILLARÁN. *Metodología de análisis para la evaluación del impacto de transferencias de concesiones y asignaciones de espectro sobre las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones*. Óp. Cit., p. 23.

⁷⁵⁵ «Como es sabido, la Comunidad Económica Europea en sus comienzos pasa a ser sólo una ampliación de aquellos Convenios sectoriales que coexisten con ella que son la Comunidad del Carbón y del Acero (que se constituyó por el Tratado de París de 1951) y la Comunidad de Energía Atómica (EURATOM), que siguen subsistiendo con sujeción a sus normas constitutivas, según el artículo 232.1 y 2 del Tratado de Roma». FERNÁNDEZ, Juan Manuel. «La represión de las prácticas restrictivas de la competencia y del abuso de posiciones dominantes, en la Comunidad Económica Europea». Óp. Cit., p. 352.

⁷⁵⁶ «Según el profesor Galán Corona, desde el momento en que este Tratado entró en vigor, fue plenamente acogido por las autoridades de competencia de los países integrantes de la entonces Comunidad Económica Europea. Sin embargo, en los años sesenta no existía en Europa una cultura de la competencia. Fueron los decretos de descartelización los que dieron lugar a las primeras normas nacionales antitrust en Europa, más exactamente en Alemania». Galán Corona parafraseado por Alfonso Miranda y Juan David Gutiérrez. En MIRANDA, Alfonso y Juan David GUTIÉRREZ. «Historia del derecho de la competencia». *Revista Boliviana de Derecho*. Santa Cruz, número 3, 2007, pp. 232-233.

⁷⁵⁷ FERNÁNDEZ, Juan Manuel. Óp. Cit., p. 351.

⁷⁵⁸ «Lista de países que conforma la Unión Europea ordenada por fecha de incorporación:

Para efectos de lo abordado en el presente trabajo, es importante el análisis comparado de la Unión Europea porque se trata de una realidad bastante particular al tener un propio régimen jurídico, además del que corresponde a cada uno de los países que la conforman⁷⁵⁹.

Evidentemente, el régimen de competencia fue un elemento crucial para llegar a establecer el mercado común: «en realidad, el régimen de competencia es la actividad más importante de la Comisión Europea después del desarrollo, administración e instrumentación de la política agrícola»⁷⁶⁰. Consecuentemente, su objetivo es consolidar el mercado común; y, para esto, se elimina toda clase de acto que contravenga conseguir dicho fin⁷⁶¹.

En ese sentido, el Tratado de Roma contiene disposiciones respecto a la política de competencia en los artículos 81⁷⁶² y 82⁷⁶³. El artículo 81 presenta

1 de enero de 1958: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos; 1 de enero de 1973: Dinamarca, Irlanda, Reino Unido; 1 de enero de 1981: Grecia; 1 de enero de 1986: España, Portugal; 1 de enero de 1995: Austria, Finlandia, Suecia; 1 de mayo de 2004: Chequia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia; 1 de enero de 2007: Bulgaria, Rumanía; 1 de julio de 2013: Croacia». Visto en https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_es#tab-0-1. Consulta: 27 de setiembre de 2019.

⁷⁵⁹ «En la totalidad de los Estados miembros de la Comunidad Europea se produce una coexistencia de normas protectoras de la competencia. Por un lado, el derecho comunitario. Por otro, el ordenamiento interno de los Estados miembros. Se trata de legislaciones que son autónomas entre sí en el sentido de que cada una tiene su propio campo de aplicación delimitado técnicamente a través de los elementos constitutivos de los distintos supuestos normativos previstos en los preceptos que protegen la libre competencia. El derecho comunitario se aplicará cuando, en concurrencia con otros aspectos, la conducta afecte al comercio entre los Estados miembros.

En el sistema europeo, esta coexistencia es posible por cuanto la presencia de normas comunitarias no supone la erradicación de la facultad soberana de los Estados miembros para regular legalmente, en el marco específico de su jurisdicción territorial, el funcionamiento de la competencia económica en el mercado interno o nacional, ni la imperatividad y supremacía normativa del derecho europeo de la competencia conlleva un efecto derogatorio o, en todo caso, excluyente de las legislaciones nacionales en materia de competencia». DURAND, Julio. “El control de fusiones como defensa de la libre competencia”. *Coyuntura. Análisis Económico y Social de Actualidad*. Lima, marzo-abril, 2006, p. 20.

⁷⁶⁰ CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., pp. 44-45.

⁷⁶¹ «Para comprender adecuadamente el régimen europeo debemos tener en cuenta que como su objetivo fundamental es consolidar el mercado común (libre movimiento de personas, bienes y capitales), la construcción e interpretación de este derecho gira esencialmente en torno de la consecución de tal fin. Así, por ejemplo, las conductas que tienden a fraccionar el mercado, especialmente en territorios nacionales, como pueden serlo algunos tipos de distribución exclusiva, son juzgadas con especial severidad». CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., p. 45.

⁷⁶² «Artículo 81:

una disposición que prohíbe los acuerdos, parecida a la Sección 1⁷⁶⁴ de la estadounidense Ley Sherman; por otro lado, el artículo 82 habla del abuso de posición dominante, lo que se traduce en la Sección 2⁷⁶⁵ de la mencionada ley

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

⁷⁶³ «Artículo 82:

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos».

⁷⁶⁴ «Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty:

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court».

⁷⁶⁵ «Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty:

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine

de Estados Unidos⁷⁶⁶. Y es que, precisamente, el derecho comunitario de la competencia recibe influencia del derecho *antitrust* estadounidense tras la Segunda Guerra Mundial, como parte del proceso de restauración⁷⁶⁷.

El contexto de posguerra incitó a que se cambie las estructuras de los mercados europeos. Como resultado, se empezó a propagar los lineamientos de la economía social de mercado con el propósito de desconcentrar la economía. No obstante, no se incluyó un régimen sobre el control de concentraciones, debido a que lo que se buscaba era que las empresas se consoliden en aras de mejorar la situación de declive económico⁷⁶⁸.

not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court».

⁷⁶⁶ DIEZ CANSECO, Luis. “¿Qué protege la libre competencia? Una perspectiva histórica”. En DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL. *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, 2004, p. 25.

⁷⁶⁷ «El derecho *antitrust* de Estados Unidos ha tenido una notable influencia en el derecho comunitario de la competencia. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 se ha de inscribir en una oleada de legislaciones que son adoptadas en los Estados europeos después de la Segunda Guerra Mundial con el objetivo de proteger la libre competencia en el mercado. Esta oleada refleja un estado de opinión que se debe, en parte, a Estados Unidos, por su influencia en todos los órdenes sobre los países de la Europa occidental desde 1945. En ese momento se rechazan las políticas económicas dirigistas propias del período de entreguerras y se contempla al proceso competitivo como el tipo preferido de conducta económica.

La influencia de Estados Unidos en el proceso de reconstrucción de los Estados europeos tras la Segunda Guerra Mundial se hace notar indudablemente en la estructura de su derecho de la competencia». DURAND, Julio. “El control de fusiones como defensa de la libre competencia”. Óp. Cit., p. 19.

⁷⁶⁸ «Luego de la devastación sufrida por los países europeos como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y con la ejecución de Plan Marshall, la normativa sobre competencia no podía sustentarse en los paradigmas y estructuras de los mercados europeos preguerra, esto justamente porque el mercado de preguerra europeo —monopólico, cartelizado y sumamente concentrado— fue lo que permitió que Alemania y el Norte de Italia pudieran generar la economía de guerra, además con la implementación del Plan Marshall prácticamente se les obligó a que adopten este tipo de normativa. Se sostiene que los militares norteamericanos "llegaron con la ley en la mochila", y razón no falta, dado que se quería evitar que la economía se concentrara, que se formaran grandes grupos de poder económico, porque fueron justamente los grandes grupos de poder económico los que posibilitaron el horror de la guerra. Nuevamente, estamos frente a una concepción política clarísima en sus orígenes. [...] ¿Cuáles eran los objetivos en la Unión Europea? En primer lugar, preservar la paz. Se quería evitar la economía de guerra, a la cual ya hemos hecho referencia. En paralelo se fue generando toda la ideología de la economía social de mercado, como modelo que había comenzado a ser adoptado por los países de la guerra mundial. En el marco de la economía social de mercado se intenta preservar las libertades económicas con el objetivo de lograr la desconcentración de la economía. Lo paradójico del caso es que a pesar de que el objeto era desconcentrar la economía, en el texto primigenio de la Ley de Competencia europea, no se incluyen disposiciones sobre el control de fusiones y concentraciones, lo cual desarrollaron treinta años después. La razón de esta "omisión" fue clara: al ser la economía muy débil, dejemos que se vayan concentrando, que se vayan ajustando, a los efectos de que podamos tener empresas mucho más

Javier Cortázar señala, de manera específica, dónde se encuentra aquel meollo del derecho antimonopolios europeo, enfatizando que el control a las concentraciones empresariales no consta en tratado alguno:

El núcleo del derecho antimonopolios europeo está en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que son los mismos artículos 85 y 86 del Tratado de Roma y los artículos 81 y 82 del Tratado de Amsterdam: El artículo 101 proscribía los acuerdos anticompetitivos, y el 102, los actos de abuso de posición dominante en el mercado. Al lado de estos textos fundamentales, existe una serie de regulaciones adicionales de naturaleza administrativa y manuales de procedimiento o «guías» sobre diferentes temas, tales como evaluación de integraciones, restricciones verticales, etcétera.

El control de las integraciones empresariales potencialmente peligrosas para la libre competencia no se encuentra establecido en ningún tratado. Ha sido producto de una evolución interpretativa de los textos fundamentales a partir de las cuales las diferentes autoridades europeas han expedido regulaciones que establecen el control y la autorización previos⁷⁶⁹.

Por su parte, María Jesús Arozamena expone de qué manera divide al tratamiento del ámbito de competencia y cómo el Tratado de Roma aborda a esta división: los acuerdos entre empresas, los abusos de posición dominante y el control de las concentraciones; sin embargo, este último es abordado sin claridad:

El Derecho de la competencia relativo a las empresas tiene en general tres ámbitos claramente definidos. En el TCEE, el ámbito se extiende, en primer

sólidas. Conscientemente se excluyó, del derecho, al control de fusiones y concentraciones. La idea, dentro del marco de la Unión Europea, es que se uniera el mercado, que el derecho a la competencia permitiera la fluidez de los intercambios comerciales. Porque si no existieran normas de libre competencia en el marco de la Unión Europea todo el esfuerzo de integración se hubiera venido abajo, por ejemplo, por la segmentación de mercado. Obviamente existía también, clara y explícitamente, la noción de generar más competidores, promover empleo, proteger a los consumidores en una primera etapa y con la modificación del Reglamento 17 sobre acuerdos, el tema de la eficiencia económica y el bienestar del consumidor va a quedar explícitamente estipulado en la normativa europea». DIEZ CANSECO, Luis. "¿Qué protege la libre competencia? Una perspectiva histórica". Óp. Cit., pp. 25-26.

⁷⁶⁹ CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., p. 45.

lugar, a la reglamentación de los acuerdos entre empresas. El artículo 85.1 TCEE declara incompatibles con el mercado común, y prohíbe todos los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. Son acuerdos mediante los cuales las empresas coordinan su comportamiento en relación al mercado sobre ciertos puntos determinados (territorio, tipos de productos, categoría de clientes, precios...) y conservan, para los demás, su autonomía económica.

Los acuerdos pueden ser horizontales —esto es, entre operadores en el mismo nivel del proceso económico— o verticales —entre operadores situados en estadios diferentes del proceso económico— (por ejemplo, un productor y distribuidores), y pueden estar más o menos, organizados o formalizados. La política de competencia se dirige tanto hacia los acuerdos horizontales como verticales y no se limita a los contratos formales sino que se extiende asimismo a los gentlemen agreements y a las prácticas concertadas. El artículo 85.3 TCEE prevé también la no aplicación de esa prohibición a los acuerdos o prácticas concertadas o decisiones de asociaciones de empresas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, todo ello bajo condiciones que tienen en cuenta el interés de los consumidores y la conservación de una cierta dosis de competencia. Son las exenciones a las prohibiciones. El Derecho comunitario, por medio de esta posibilidad de conceder exenciones, ha consagrado la distinción entre los «buenos» y los «malos» acuerdos, como se puede comprobar a través de la intensa actividad desarrollada por la Comisión de la CE, tanto a través de sus Decisiones como mediante la adopción de los Reglamentos de exención por categorías.

El segundo ámbito cubierto por el Derecho comunitario de la competencia es el de los abusos de posición dominante.

Existe posición dominante cuando una empresa o grupo de empresas tiene un poder que le permite dominar un mercado determinado. El artículo 86 TCEE no prohíbe las posiciones dominantes, sino el abuso de las mismas.

Los artículos 85 y 86 TCEE tienen tres puntos en común: la empresa es la destinataria de las normas, es decir, ambas son disposiciones aplicables a las empresas. Tiene que producirse, en los dos supuestos, una afectación del comercio entre los Estados Miembros, y el tercer punto en común es la coincidencia en el territorio territorial, o sea, la restricción de la competencia provocada por un acuerdo entre empresas debe producirse en el interior del mercado común, y la posición dominante debe detentarse en el mercado común, así como su explotación abusiva debe cometerse en el mismo territorio.

Pero estas dos disposiciones contienen también elementos diferentes: el artículo 85 TCEE supone que existe una práctica colusoria, un acuerdo entre dos o más empresas. Por el contrario, el artículo 86 TCEE se aplica a la acción unilateral de una empresa. En los supuestos de posiciones dominantes de carácter colectivo, tampoco se requiere, para una aplicación de la prohibición del abuso de la posición dominante, una acción concertada entre las empresas.

La segunda diferencia entre ambas disposiciones es la posibilidad de aplicar excepciones o exenciones a las prohibiciones. En efecto, el artículo 85 TCEE, en el apartado 3, como hemos señalado, prevé la posibilidad de declarar inaplicable la prohibición de los acuerdos entre empresas contenida en el mismo artículo. Sin embargo, el artículo 86 TCEE no contiene ninguna cláusula exoneratoria.

Por último, se constata también una diferencia sustancial en cuanto a los efectos de las dos prohibiciones, de los acuerdos restrictivos entre empresas y la del abuso de posición dominante. La prohibición del abuso de posición dominante no determina ninguna consecuencia civil; el artículo 86 TCEE sólo se refiere a la incompatibilidad con el mercado común de la explotación. Por su parte, el artículo 85.2 TCEE prevé expresamente la nulidad de pleno derecho de los acuerdos entre empresas prohibidos.

El control de las concentraciones constituye generalmente el tercer ámbito del Derecho de la competencia. A este respecto, el TCEE, a diferencia del TCECA, es incompleto. En efecto, si el TCECA en su artículo 66 contempla específicamente el tratamiento de las concentraciones desde el punto de vista de la competencia, no parece que los redactores del TCEE consideraran

necesaria tal reglamentación en el ámbito de la CEE. Las razones que han dado algunos autores para explicar tal disparidad de tratamiento en la CECA y la CEE, no han sido otras que la breve tasa de integración económica apreciable en el mercado general comunitario, a diferencia del sector carbonosiderúrgico, fuertemente concentrado. Como señala Cockborne, probablemente en 1956 las concentraciones entre empresas no parecían plantear un problema económico sensible, fuera del sector del carbón y del acero. Sin embargo, el Informe SPAAK, que exponía las grandes orientaciones que inspiraron la redacción del Tratado de Roma, ya opinó que el futuro tratado debía incluir principios suficientemente detallados para permitir que la Comisión de la CE adoptase reglamentos generales de ejecución, incluyendo en particular la organización de un control de las operaciones de concentración⁷⁷⁰.

La diferencia en el tratamiento de las concentraciones empresariales entre la Comunidad Europea y Estados Unidos es que en la primera se hace un análisis del caso para comprobar si se está ante una concentración empresarial o no. En caso de que el Tribunal de la Comunidad llegue a la conclusión de que habrá una inminente afectación a la competencia, se aplica el Reglamento N.º 4064/89 del Consejo de Europa. Por el contrario, si no lo detecta, procede el artículo 86 del Tratado de Roma⁷⁷¹, el cual es mucho más severo⁷⁷². Como bien

⁷⁷⁰ AROZAMENA, María Jesús. *Las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*. Óp. Cit., pp. 41-43.

⁷⁷¹ «Artículo 86:

1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.
2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.
3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas».

⁷⁷² «Finalmente, cabe remarcar que, del análisis de la jurisprudencia, puede observarse que la principal diferencia entre las decisiones de la Comunidad Europea y las de las Cortes norteamericanas y mexicanas es que en el caso de la Comunidad primero se realiza un análisis muy detallado para determinar si se trata de una concentración o de otro tipo de acuerdo. Este análisis tiene una importancia que no está presente en las decisiones de las cortes norteamericanas. Si el Tribunal de la Comunidad concluye que la operación generará una concentración, se le aplican las normas contenidas en el Reglamento 4064/89, de lo contrario es investigada a la luz del artículo 86º del Tratado de Roma. La diferencia principal entre

podemos deducir, ambos procedimientos son bastante parecidos; en cambio, su naturaleza jurídica es distinta.

El Reglamento N.º 4064/89 concede que la Comisión Europea se encargue de investigar y decidir sobre los casos de concentración empresarial que presenten dimensión comunitaria, o sea, casos donde las empresas involucradas tengan un volumen de negocio considerable y donde más de un Estado parte de la Comunidad Europea resulte afectado por la operación de concentración empresarial, pudiendo, la Comisión, aplicar las sanciones correspondientes: desautorizar una operación de concentración empresarial, separar empresas y multar⁷⁷³.

El control de concentraciones se regula recién con el Reglamento N.º 4064/89. Años más tarde, fue modificado por el Reglamento N.º 139/2004 para darle mayor seguridad jurídica a los procedimientos de autorización previa a las concentraciones empresariales, «acorde con la evolución de la legislación de competencia y la convergencia normativa global en cuanto a la aplicación del test de evaluación de las operaciones de concentración, pues se sustituyó el test de la dominancia (*dominance test*) por el test del significativo impedimento de la competencia efectiva (*significant impediment to effective competition*, SIEC test)»⁷⁷⁴.

Durante los primeros años de la Comunidad Económica Europea, la Comisión necesitaba tratar el control previo a las concentraciones empresariales, así que la Comisión, junto a diversos especialistas, redactó el Memorando de 1966 para, así, darle una interpretación al Tratado de Roma, y

uno y otro caso es que las disposiciones y sanciones del artículo 86º son más drásticas. Dado que la concentración puede generar eficiencias, su regulación es bastante flexible, prohibiéndose sólo en casos extremos. Ello no ocurre con otro tipo de acuerdos que no conlleven la integración de estructuras empresariales». QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Óp. Cit., p. 154.

⁷⁷³ BASTERRA, Marcela. "La defensa de la competencia en la Constitución argentina". *Derecho PUC-Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, número 53, 2000, p. 852.

⁷⁷⁴ Intervención de Tania Zúñiga Fernández. CRUCELEGUI, Juan Luis y otros. Mesa Redonda: "Control de concentraciones empresariales: promoción de la competencia en los mercados". *Derecho & Sociedad*. Lima, número 49, 2017, pp. 283-284.

luego gracias a las decisiones judiciales de los casos *BAT v Comisión y Continental Cann v Comisión*, siendo la conclusión de la Corte Europea que debía tutelarse la operación de concentración empresarial a nivel comunitario porque podía afectarse la competencia o podía devenirse en una situación de abuso de posición dominante⁷⁷⁵.

La autoridad de competencia de la Unión Europea es la Comisión, la cual está conformada por un representante de cada uno de los países miembros. Estos representantes deben velar por los intereses de la Unión Europea por encima de los intereses correspondientes a sus países. A su vez, la Dirección General de Competencia de la Comisión investiga y decide.

Ahora, las decisiones de la Comisión pueden ser revisadas por la vía judicial: el Tribunal de Primera Instancia y la Corte Europea de Justicia (máxima autoridad europea en competencia). No hay conducta anticompetitiva alguna que conste como delito, a excepción del Reino Unido que considera delito a los acuerdos de cartel⁷⁷⁶.

Hay una diferencia entre el sistema de control de concentraciones de la Comunidad Europea y el de Estados Unidos:

En el sistema de control de concentraciones de la Comunidad Europea, las concentraciones económicas son evaluadas con la finalidad de determinar si son compatibles con el mercado común. Con este objetivo, debe analizarse si una concentración obstaculizará de forma significativa la competencia, en particular, como consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición

⁷⁷⁵ «En los primeros años de funcionamiento de la Comunidad Económica Europea, la Comisión encontró que no podía cumplir eficientemente sus funciones como autoridad de competencia sin el control previo de las integraciones, razón por la cual primero abordó el tema mediante un estudio conjunto de la Comisión y varios especialistas sobre la interpretación de las normas del tratado de 1957, en orden de poderlas aplicar en los casos de integraciones económicas, documento que es conocido como el "Memorando de 1966" y posteriormente mediante una serie de decisiones judiciales derivadas de los casos de *BAT v Comisión y Continental Cann v Comisión*, en los que la Corte Europea indicó que las integraciones eran objeto de la tutela jurídica comunitaria, bien porque se podía tratar de convenios que afectaban la libre competencia, o bien porque también podían dar pie para abuso de la posición dominante». CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., pp. 180-181.

⁷⁷⁶ CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., pp. 45-46.

dominante en el mercado común. Por su parte, en Estados Unidos el sistema de control tiene como objetivo analizar si una concentración podría restringir sustancialmente la competencia⁷⁷⁷.

Los órganos de la Comunidad Económica Europea son el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Cuentas y otros Comités (Económico y Social, Consultivo, etc.):

El Consejo es el máximo órgano rector de la Comunidad, integrado por los representantes de los Estados miembros. La Presidencia del Consejo se ejerce por los representantes de cada país, durante seis meses. Normalmente los acuerdos del Consejo se adoptan por mayoría cualificada.

La Comisión está integrada por 27 Comisarios, uno por cada Estado miembro. Al frente de la Comisión actúa el Presidente elegido de entre los comisarios. La Comisión es esencialmente un órgano representativo de la Comunidad y le compete de modo especial la salvaguardia del interés comunitario. Es el órgano responsable de proponer la legislación, la aplicación de las decisiones y la defensa de los Tratados de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia está formado por jueces y abogados generales, para resolver los conflictos entre la Comisión y los Estados, y realizar el control previo de la constitucionalidad de los tratados, aparte resolver los recursos que puedan interponerse contra las normas y resoluciones de la Comunidad y las cuestiones prejudiciales. A partir del Acta Única de la UE se creó también el Tribunal de Primera Instancia, con objeto de dotar al ordenamiento comunitario de doble instancia judicial, aunque existen asuntos que se plantean directamente al Tribunal de Justicia⁷⁷⁸.

Las operaciones de concentración empresarial se notifican a la Comisión antes de concretarse. En ese sentido, dicha operación se suspende hasta que se decida autorizar con o sin condiciones. El procedimiento llevado a cabo se

⁷⁷⁷ MARTÍNEZ, Martha y Lucía VILLARÁN. *Metodología de análisis para la evaluación del impacto de transferencias de concesiones y asignaciones de espectro sobre las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones*. Óp. Cit., p. 20.

⁷⁷⁸ FERNÁNDEZ, Juan Manuel. "La represión de las prácticas restrictivas de la competencia y del abuso de posiciones dominantes, en la Comunidad Económica Europea". Óp. Cit., pp. 353-354.

divide en dos fases: la primera para el análisis preliminar y la segunda de una evaluación mucho más detallada para los casos donde la operación afecte la competencia considerablemente⁷⁷⁹.

La finalidad de evaluar las concentraciones empresariales es concluir si son compatibles con el mercado común o si no lo son. Por ello, la Comisión analiza si una determinada concentración empresarial atentará contra el adecuado desenvolvimiento de la competencia a raíz de la creación o el refuerzo de una posición dominante en el mercado común. En consecuencia, el análisis de la Comisión se resume en los siguientes pasos:

- (i) Definición de mercado de producto y del mercado geográfico de referencia.
- (ii) Cuotas de mercado y grado de concentración del mercado.
- (iii) Determinación de adquisición o refuerzo de una posición de dominio como resultado de la concentración.
- (iv) La probabilidad de que la concentración genere efectos anticompetitivos en los mercados de referencia si no hay factores que actúen como contrapeso.
- (v) La probabilidad de que el poder de la demanda actúe como contrapeso de un aumento de poder de mercado resultante de la concentración.
- (vi) La probabilidad de que la entrada en el mercado de nuevos competidores preserve la competencia efectiva en los mercados de referencia.
- (vii) La probabilidad de que las eficiencias actúen como factor que contrarreste los efectos perjudiciales para la competencia que, de otro modo, se derivarían de la concentración⁷⁸⁰.

Del mismo modo, la Comisión se ha pronunciado respecto a si las eficiencias que acarrearán las concentraciones empresariales signifiquen que dichas concentraciones sean compatibles con el mercado común, para lo cual establece que sí es posible considerarlo, sobre todo si se traduce en no perjudicar a los consumidores. En ese sentido, la Comisión considera toda

⁷⁷⁹ BELLO, María. "Control de concentraciones de empresas". Óp. Cit., p. 347.

⁷⁸⁰ MARTÍNEZ, Martha y Lucía VILLARÁN. *Metodología de análisis para la evaluación del impacto de transferencias de concesiones y asignaciones de espectro sobre las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones*. Óp. Cit., pp. 22-23.

eficiencia invocada y probada que beneficien a los consumidores, que tengan un carácter inherente a la concentración y que sean verificables⁷⁸¹.

La Comisión, bajo el control del Tribunal de Justicia, declara si las operaciones de concentración empresarial son compatibles o no con el mercado común, según lo establecido en el artículo 21, inciso 2 del Reglamento N.º 139/2004⁷⁸². Este llamado «principio de exclusividad», a decir de Alfonso Calvo y Javier Carrascosa, se debe a tres razones: los criterios de la Comisión son mucho más aptos que los de las autoridades de los Estados miembros; la seguridad jurídica para las empresas; y el ahorro en los costes de transacción para las empresas⁷⁸³.

⁷⁸¹ «Por su parte, la Comisión Europea ha precisado que es posible que las eficiencias derivadas de una concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores que la misma podría tener. Al respecto, ha señalado que en la evaluación general de una concentración, la Comisión toma en consideración toda eficiencia invocada y probada. En tal sentido, podría decidir que, gracias a las eficiencias que la concentración trae consigo, no hay motivos para declarar la concentración incompatible con el mercado común. Finalmente, se precisa que para que la Comisión pueda tener en cuenta las eficiencias invocadas en su evaluación de la concentración y llegar a la conclusión de que, gracias a las mismas, no hay motivos para declarar la concentración incompatible con el mercado común; las eficiencias deben beneficiar a los consumidores, tener un carácter inherente a la concentración y ser verificables. Estas condiciones son acumulativas». Ídem, p. 23.

⁷⁸² «Artículo 21: Aplicación del presente Reglamento y competencias

[...] 2. La Comisión tendrá competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en el presente Reglamento, sujeta al control del Tribunal de Justicia».

⁷⁸³ «Esta regla o principio de exclusividad (*Grundsatz der Ausschliesslichkeit*) se justifica por tres razones:

1ª) La declaración de compatibilidad o incompatibilidad de una concentración de empresas con el Mercado común depende de una apreciación jurídica y económica basada en criterios extremadamente problemáticos para la que la Comisión se encuentra, en principio, mejor situada y dotada que las autoridades nacionales de competencia o los tribunales de los Estados miembros.

2ª) La competencia —usualmente paralela— de los órganos de los Estados comunitarios sobre concentraciones, de ordinario, de clara inspiración internacional podría plasmarse en resoluciones contradictorias que atentarían contra la más elemental seguridad jurídica. Efectivamente, durante los trabajos preparatorios que condujeron al originario Reglamento 4064/89, la mayoría de las delegaciones defendieron la exclusividad de la Comisión sobre las concentraciones empresariales con dimensión comunitaria por razones de seguridad jurídica para las empresas. “Las decisiones de la Comisión —ha escrito M. BARÓN— debían, en estos casos, gozar de exclusividad y ser definitivas para toda la Comunidad”.

3ª) La sumisión de concentraciones potencialmente susceptibles de someterse a una pluralidad de autoridades y ordenamientos a una sola jurisdicción y, como consecuencia de ello, a una sola normativa —la de ésta— significa para las empresas un importante ahorro en los costes de transacción.

El principio de competencia exclusiva de la Comisión es un rasgo característico del Derecho comunitario de concentraciones que lo diferencia claramente del Derecho antitrust comunitario (arts. 81 y 82 TCE), en el que, de ordinario, se confía la lucha contra los ilícitos concurrenciales a las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros, que gozan así de competencias paralelas a las de la

¿Cómo se sabe si estamos frente a una concentración empresarial con dimensión comunitaria? El Reglamento N.º 139/2004 establece que es cuando las empresas participantes expanden sus actividades económicas en más de un Estado miembro de la Unión Europea. Luego de verificar ello, se analiza si sobrepasan o no los umbrales cuantitativos establecidos, los cuales se basan en criterios absolutos y objetivos: el volumen de ventas de las empresas que pretenden concentrarse, sin importar si sus actividades se dan dentro de la Unión Europea o no⁷⁸⁴. El artículo 1 del citado reglamento muestra el ámbito de aplicación⁷⁸⁵. El Reglamento N.º 139/2004 es claro cuando menciona que se

Comisión. Dicho con otros términos, en materia de concentraciones —como ha indicado M. BARÓN—, un control paralelo por la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros, como ocurre en la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE, “no es posible ni deseable y debe ser evitado”». CALVO, Alfonso y Javier CARRASCOSA. *Las concentraciones de empresas*. Óp. Cit., pp. 69-70.

⁷⁸⁴ SÁNCHEZ, Manuel María (coordinador). *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*. Navarra: Aranzadi, 2008, p. 349.

⁷⁸⁵ «Artículo 1: Ámbito de aplicación

1. El presente Reglamento se aplicará a todas las concentraciones de dimensión comunitaria tal como se definen en los apartados 2 y 3 del presente artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 4 y en el artículo 22.

2. 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.

3. Una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2 500 millones de euros;

b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros;

c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y

d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

4. Sobre la base de los datos estadísticos que puedan facilitar periódicamente los Estados miembros, la Comisión presentará al Consejo un informe sobre la aplicación de los umbrales y criterios que figuran en los apartados 2 y 3 antes del 1 de julio de 2009, y podrá presentar propuestas con arreglo al apartado 5.

5. A raíz del informe previsto en el apartado 4 y a propuesta de la Comisión, el Consejo podrá revisar, por mayoría cualificada, los umbrales y criterios mencionados en el apartado 3».

considera concentración empresarial únicamente a las que son una fusión económica⁷⁸⁶ o una adquisición de control⁷⁸⁷.

En 1989 —recién— la Comisión reguló la notificación previa a través del Reglamento N.º 4064/89, lo que luego devino en el Reglamento N.º 139/2004⁷⁸⁸.

Con el Reglamento N.º 4064/89 del Consejo se incorporó la regulación de las concentraciones empresariales en la Unión Europea, puesto que los

⁷⁸⁶ «Por otra parte, el Reglamento señala como condición que la operación se lleve a cabo entre empresas anteriormente independientes. Es decir, previamente a la operación de fusión, las empresas deben tener independencia económica entendida como autonomía decisoria.

Asimismo, si las empresas son recíprocamente independientes, la fusión entre ellas no es una concentración. En este sentido, las empresas pertenecientes a un mismo grupo económico no son independientes entre ellas, por lo que una fusión económica entre estas empresas no puede ser considerada una concentración. No se produce una concentración cuando se fusionan dos filiales dentro de un grupo concentrado, ni tampoco en la fusión de una sociedad matriz con su filial». MARTÍNEZ, Martha y Lucía VILLARÁN. *Metodología de análisis para la evaluación del impacto de transferencias de concesiones y asignaciones de espectro sobre las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones*. Óp. Cit., p. 21.

⁷⁸⁷ «De otro lado, en relación con el segundo supuesto de concentración económica, la adquisición de control, cabe indicar que esta es la forma más utilizada por las empresas para integrarse en la medida que, a diferencia de la fusión económica, puede ser más fácilmente reversible en caso los resultados de la operación no sean los esperados. El control es la posibilidad de "ejercer un influencia decisiva" sobre una empresa o un grupo de ellas, más que el ejercicio efectivo de dicha influencia. Desde la perspectiva de la definición adoptada por la normativa comunitaria, el control determina el umbral mínimo necesario de integración económica. En la adquisición de control, éste se ejerce por parte de una o varias empresas, que son las adquirentes, sobre otras que son las adquiridas o controladas.

En la regulación sobre concentraciones, el control es una forma de poder económico ejercido sobre una empresa que permite determinar, individual o conjuntamente sus actividades. Por ello, el control no se limita a los casos en los que se modifica la estructura de propiedad de una empresa, lo esencial es que se tenga poder de decisión dentro de dicha empresa. De acuerdo con ello, el sometimiento a control supone una pérdida de la independencia decisoria esencial de una empresa. Como resultado de una concentración por adquisición de control, se produce una modificación en la toma de las decisiones esenciales.

Conforme se define en el Reglamento, este segundo supuesto de concentración económica se limita a cambios en la estructura de control. Por lo tanto, la reestructuración interna de un grupo no constituye una concentración. Asimismo, el que la operación constituya una reestructuración interna depende a su vez de si ambas empresas formaban parte de la misma entidad económica. Es poco frecuente que exista un poder de decisión autónomo cuando las empresas forman parte del mismo holding». Ídem, p. 22.

⁷⁸⁸ «Ya a partir de 1989 la Comisión reguló el tema de la notificación previa expidiendo la resolución 4064, posteriormente reemplazada por el reglamento 139-04 del Consejo, que contiene el régimen actual. Gracias además a la guía sobre evaluación de concentraciones horizontales⁴⁷, hoy existe claridad tanto en materia de repartición de competencias entre las autoridades comunitarias y nacionales, como sobre los requisitos, derechos, obligaciones y trámites que han de seguir los agentes económicos correspondientes». CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., p. 181.

artículos 85 y 86 del Tratado de Roma no suplían ciertos vacíos legales; además de ello, la Comisión no arrojaba las mismas conclusiones en varios de sus pronunciamientos y el Tribunal de Justicia tampoco podía resolverlo, lo que devenía en falta de seguridad jurídica⁷⁸⁹.

Es así que con dicho reglamento se vuelve exigencia obligatoria el notificar (comunicar) a la Comisión toda vez que las empresas que cumplan con requisitos específicos⁷⁹⁰ tengan la intención de concentrarse. Para enriquecer el sentido interpretativo del Reglamento N.º 4064/89, la Comisión fue agregando disposiciones accesorias⁷⁹¹.

⁷⁸⁹ EDÚ, Eliseo. *El control de concentraciones de empresas en Europa: noción de concentración*. Trabajo de fin de grado en Derecho. Segovia: Universidad de Valladolid, Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, 2014, p. 35.

⁷⁹⁰ «Para ello, la operación debe reunir determinadas características:

- *Debe ser una operación de concentración*. El artículo 2 define una serie de procedimientos para conseguirla, sea mediante la fusión entre empresas, sea consiguiendo el control a través de la adquisición de derechos o mediante pactos, contratos u otros instrumentos que permitan ejercer a una empresa una influencia decisiva sobre la composición de los órganos de administración de otras o las decisiones de éstos.

- *La operación debe tener dimensión comunitaria*. Es decir, el tamaño de las empresas implicadas (o afectadas, en la terminología del reglamento) debe superar determinados umbrales. El criterio empleado para medir la dimensión de la operación es el volumen de negocio, que en líneas generales coincide con la facturación neta de las empresas. Los umbrales establecidos en el reglamento 4064/ 89 han quedado modificados por el Reglamento 1310/97 [...].

El umbral principal tiene como finalidad calibrar el alcance de la operación en el ámbito mundial; el umbral de mínimos pretende eliminar las operaciones que no tengan un impacto significativo en el mercado comunitario; por último, el de transnacionalidad excluye aquéllas operaciones en que intervengan empresas cuya actividad se realice prioritariamente dentro del mismo Estado miembro teniendo, en todo caso, un efecto doméstico. Los valores anteriores no tienen como finalidad prejuzgar sobre si la operación supone un obstáculo para la competencia, lo que sólo puede establecerse tras la correspondiente investigación. Su finalidad es discriminar entre las operaciones que son objeto de interés por parte de la Comisión y aquéllas que, en su caso, caen dentro de la jurisdicción de los Estados miembros. Sin embargo, la separación entre unas y otras *do* es absoluta, ya que si un Estado lo cree conveniente, puede solicitar la intervención de la Comisión para operaciones que, no superando los umbrales mencionados, creen una posición de dominio en el territorio de ese Estado que afecte al comercio intracomunitario. En tal caso, la Comisión dispone de las mismas facultades que si la operación tuviera dimensión comunitaria.

- *Queda sometida a autorización previa*. Si las empresas implicadas comprueban que superan los umbrales establecidos deben comunicar, obligatoriamente, el proyecto de concentración a la Comisión, que es la única facultada para autorizarla o prohibirla». JAIME, Vicente, Agustín GONZÁLEZ y Amparo SOLER. “El control de la competencia empresarial en Europa. Las operaciones incompatibles con el mercado común”. *V Jornadas de Política Económica-La Política Económica en un mundo de incertidumbre*. Valencia, número 1, 1999, pp. 6-7.

⁷⁹¹ «Con el transcurso del tiempo, la Comisión ha añadido una serie de disposiciones accesorias -las comunicaciones interpretativas- que, junto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, han ido

Para prevenir que se formen estructuras de mercado incompatibles con el mercado único europeo, se cuenta con un criterio sustantivo para la evaluación de las operaciones de concentración empresarial (un control *ex ante*) porque no se considera que las concentraciones empresariales sean prohibidas *per se*, sino que depende de si representan algún tipo de beneficio para la competencia, por ende, para los consumidores⁷⁹².

El criterio de evaluación que se asumió con el Reglamento N.º 4064/89 fue el «test de dominio». En otras palabras, la Comisión Europea tomaba en cuenta que se cumplan este par de elementos: el elemento fáctico (que haya evidencia de creación o reforzamiento de una posición dominante) y el elemento de resultado (que se muestre una obstaculización contra la competencia)⁷⁹³.

Tiempo más tarde, con el Reglamento N.º 139/2004 se cambia de criterio de evaluación. Esta vez es el «test de la obstaculización significativa de la competencia efectiva», por el cual la Comisión Europea ahora solo considera el elemento de resultado, es decir, que se presente una obstaculización contra la competencia. Por ende, ya no importa si se ha creado o se ha reforzado una posición dominante⁷⁹⁴.

Precisamente, el test de dominio se infiere de los incisos 2 y 3 del artículo 2 del Reglamento N.º 4069/89:

[...] 2. Se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no creen ni refuercen una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

precisando el contenido y la aplicación de algunos conceptos que resultaban confusos, siendo, por tanto, de difícil interpretación. Cuestiones tales como el cálculo del volumen de negocios, el propio concepto de concentración, el de empresa afectada por la operación, la definición del mercado relevante, han sido, entre otros, objeto de dichas comunicaciones». Ídem, p. 5.

⁷⁹² PÉREZ, Mario. *La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*. Córdoba: s/e, 2012, pp. 33

⁷⁹³ Ídem, pp. 33-34.

⁷⁹⁴ *Ibíd.*

3. Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. [...]

Mario Antonio Pérez Molina señala que para llegar a lo que hoy es el Reglamento N.º 139/2004, se debe tomar en cuenta los acontecimientos que fueron parte de ese proceso, motivo por el cual nos parece importante esbozarlo en las siguientes líneas.

En primer lugar, se refiere al Libro Verde que publicó la Comisión Europea sobre la reforma del Reglamento N.º 4064/89, a efectos de reemplazar el test de dominio por el test de la disminución sustancial de la competencia. Un álgido debate despertó si era conveniente cambiar el criterio sustantivo del dominio que contenía dicho reglamento, el mismo que gran parte de los Estados miembros de la Unión Europea ya habían adoptado aunque aún no existiese una disposición comunitaria que lo fijase⁷⁹⁵. Se planteó una razón procesal y una razón sustantiva:

La *razón procesal* se consideraba la principal. El nuevo criterio —se argumentaba— permitiría la coordinación y la convergencia de los criterios de evaluación de las concentraciones empleados en la Unión Europea con los utilizados por otras autoridades de defensa de la competencia, sobre todo, por la autoridad estadounidense que valoraba la compatibilidad o incompatibilidad de las operaciones de concentración en virtud del test de disminución sustancial de la competencia. La ventaja de contar con una coordinación de criterios ayudaría a la elaboración de una *norma global* para evaluar las operaciones de concentración, particularmente las dotadas de dimensión mundial, cuyo mercado de referencia trasciende las fronteras del mercado común europeo. Sin embargo, la coordinación con otras autoridades de la competencia por medio del cambio del test de dominio presentaba la desventaja de generar inseguridad jurídica a las empresas participantes en la concentración en el

⁷⁹⁵ PÉREZ, Mario. *La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*. Óp. Cit., pp. 50-51.

momento de pronosticar el resultado del control comunitario. Y es que la praxis y la jurisprudencia comunitarias se centraban únicamente en el análisis de la posición de dominio, mientras que el test de la disminución sustancial de la competencia era más amplio y, en consecuencia, permitía analizar todo efecto nocivo para la competencia efectiva.

No obstante, desde una *perspectiva sustantiva*, la Comisión dejaba al descubierto su conformidad con el test de dominio, sobre la base de que éste había mostrado suficiente flexibilidad para adaptarse a la evolución de la teoría económica, tal como se deducía de la utilidad del Reglamento 4064/89 para controlar la concentración creadora tanto de una posición de dominio individual (que prevenía la formación de monopolios) como colectiva o conjunta (que prevenía los oligopolios). Lo anterior, llevaba a la Comisión a concluir que el criterio de dominio y el de la disminución sustancial de la competencia eran prácticamente similares, ya que permitían responder hasta ese momento a los mismos supuestos que ponían en peligro la competencia efectiva⁷⁹⁶.

En segundo lugar, lo que produjo la sentencia del caso *Airtours/First Choice* del 6 de junio de 2002 en el Tribunal de Primera Instancia, donde fueron expuestas ambas posturas que se adoptaron gracias al debate que trajo a colación el Libro Verde de la Comisión Europea⁷⁹⁷. El Tribunal de Primera Instancia anuló la decisión de la Comisión y amplió el concepto de posición de dominio colectiva. Bajo ese tenor, el caso versaba sobre un intento de concentración en el mercado británico de venta de paquetes turísticos del Mediterráneo y Atlántico.

Con tal propósito, la Comisión realizó un análisis estructural y posteriormente valoró determinadas características del mercado relevante. Según el resultado del análisis estructural, para el Ejecutivo comunitario quedó demostrado que de efectuarse la operación, la empresa resultante obtendría en el mercado afectado una cuota similar a la del operador principal, *Thomson*, de aproximadamente un 30 por ciento, y, a su vez, una cuota superior a la de su otro operador próximo, *Thomas Cook*, que era de un 20 por ciento. De ahí que

⁷⁹⁶ Ídem, pp. 51-52.

⁷⁹⁷ Ídem, pp. 55-56.

la Comisión argumentara que tras la operación de concentración los tres principales tours operadores británicos alcanzarían una cuota de mercado de un 80 por ciento, aumentándose considerablemente el incentivo de no competir entre ellos y adoptar una política común⁷⁹⁸.

Asimismo, el Tribunal de Primera Instancia precisó tres requisitos para saber si estamos ante una posición de dominio colectiva:

a) la *transparencia del mercado*, que permite a cada miembro del oligopolio conocer el comportamiento de los demás e identificar a los miembros que se separan de la política común o acuerdo colusorio tácito; b) que el oligopolio cuente con un *mecanismo de represión* ante la separación de la política común de algún miembro y, por tanto, con un incentivo para no desviarse de dicha política común; y finalmente c) que *la reacción previsible* de los competidores reales, los potenciales y los consumidores, radique en adoptar una conducta pasiva y no ejercer su fuerza de control ante el comportamiento común del oligopolio⁷⁹⁹.

Luego del caso *Airtours* la Comisión propuso un reglamento el 28 de enero de 2003, en el que se mantuvo el criterio de dominio sostenido por el artículo 2 del Reglamento 4064/89, «pero con la peculiaridad de que se le agregaba un cuarto apartado con vistas a controlar los comportamientos unilaterales (carentes de posición de dominio)»⁸⁰⁰:

*A efectos del presente Reglamento se considerará que una o varias empresas ocupan una posición de dominante si utilizan su fortaleza económica, ya sea de forma coordinada o no, para ejercer una influencia apreciable y prolongada sobre los parámetros de la competencia y, en particular, sobre los precios, la producción, la calidad de la producción, la distribución, o para restringir la competencia de manera apreciable*⁸⁰¹.

⁷⁹⁸ Ídem, p. 56.

⁷⁹⁹ Ídem, p. 59.

⁸⁰⁰ PÉREZ, Mario. *La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*. Óp. Cit., p. 60.

⁸⁰¹ *Ibíd.*

De este modo, con este nuevo punto planteado por la Comisión, esta era consecuente con la jurisprudencia de Primera Instancia, ya que creaba un nuevo concepto de posición de dominio, «lo que conllevaba una renuncia a la praxis y la jurisprudencia comunitaria con la que hasta ese momento se contaba, pues dicho concepto se aplicaría exclusivamente en el ámbito de las concentraciones»⁸⁰².

En el seno del Congreso la posición de los Estados miembros no fue unánime, sobre todo Alemania⁸⁰³. Sin embargo, se llegó a un consenso, y esto fue lo que dio pie al nuevo criterio sustantivo del Reglamento N.º 139/2004, plasmado en el artículo 2, inciso 2 del Reglamento N.º 139/2004: el criterio de la obstaculización significativa de la competencia efectiva («criterio híbrido» que contiene las ventajas del test de dominio y del test de la disminución sustancial de la competencia)⁸⁰⁴.

En conclusión, este nuevo criterio de la obstaculización significativa de la competencia efectiva se garantiza el control previo a las concentraciones

⁸⁰² Ídem, pp. 60-61.

⁸⁰³ «Una de las más acentuadas fue la alemana, que sostuvo la falta de motivos para modificar el test de dominio fijado en el Reglamento 4064/89. Argumentaba Alemania que dicho test había mostrado flexibilidad, al permitir ampliar el control comunitario a los oligopolios colusorios bajo el concepto de posición de dominio colectiva. Además, añadía que el criterio de dominio era el acogido por la mayoría de los Estados miembros en sus legislaciones nacionales, de modo que su modificación generaría importantes discordancias. A su vez, mantenía que con dicho reemplazamiento se desaprovecharía la rica praxis y jurisprudencia comunitaria que se había ido desarrollando en torno a la noción de posición de dominio. En suma, concluía Alemania que la solución para cubrir la supuesta laguna que existía en el control de los comportamientos unilaterales se debía cubrir por medio de la práctica. En el fondo, no se oculta que esta postura mostraba una clara renuencia a otorgar mayor discrecionalidad a la Comisión Europea en el ámbito de las concentraciones». PÉREZ, Mario. *La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*. Óp. Cit., p. 61.

⁸⁰⁴ «En rigor, el Consejo de la Unión Europea adoptó un «criterio híbrido» que engloba las ventajas tanto del test de dominio como del de la disminución sustancial de la competencia. Se logra así un equilibrio entre la valoración del impacto anticompetitivo (criterio de dominio) y la apreciación de las potenciales eficiencias que pueden beneficiar directa o indirectamente a los consumidores (criterio de disminución de la competencia). Consecuentemente, con el nuevo test es posible que el impacto anticompetitivo de una operación de concentración se contrarreste con el impacto de *eficiencias directas resultantes de la operación, siempre y cuando sean en beneficio de los consumidores*.

Igualmente, el criterio híbrido tiene la característica de ser amplio, ya que cubre la totalidad de efectos anticompetitivos que derivan de una operación de concentración, al no centrarse únicamente en la posible creación o el reforzamiento de una posición de dominio individual o colectiva. Con él, por tanto, se dota a la Comisión Europea de una mayor discrecionalidad y de un amplio margen de apreciación para valorar todos los efectos posibles resultantes de una concentración económica». Ídem, p. 64.

empresariales, incluyendo a aquellas que no crean ni refuerzan una posición de dominio⁸⁰⁵.

En la consideración N.º 20 del Reglamento N.º 139/2004 se dice:

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. En consecuencia, resulta adecuado incluir también en el ámbito de aplicación del presente Reglamento las empresas en participación que ejerzan de forma duradera todas las funciones propias de una entidad económica autónoma. Es preciso, además, considerar como una sola concentración transacciones estrechamente conectadas por estar relacionadas mediante condición o adoptar la forma de una serie de transacciones sobre títulos mobiliarios realizadas en un plazo razonablemente corto de tiempo.

3.3. LATINOAMÉRICA

Las leyes antimonopolio que fueron desarrollándose en Latinoamérica vienen desde inicios del siglo pasado⁸⁰⁶. Sin embargo, a fines de la década de los ochenta y la década de los noventa se caracterizaron por relucir las leyes en

⁸⁰⁵ Ídem, pp. 63-65.

⁸⁰⁶ «América Latina presenta una larga historia en lo que concierne al derecho *antitrust*. La primera norma de competencia se origina en Argentina, con la emisión de la Ley sobre Represión del Monopolio, Ley 11.210 de 1923. En la legislación de competencia de Colombia se encuentra el antecedente más antiguo sobre el control de concentraciones económicas. El Artículo 4 de la Ley 155 “Disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas” de 1959 dispone un control preventivo a través de un procedimiento de registro de la operación de concentración». ZÚÑIGA, Tania. “El control de concentraciones empresariales en el Perú: fundamentos para su regulación”. Óp. Cit., p. 227. «[...] la primera verdadera ley antimonopolio del espacio iberoamericano apareció en Chile en 1973 (decr.-ley 211, actualmente reemplazado por la ley 19911 de 2003). Seguidamente en 1980 Argentina expidió la ley 22262 (reemplazada por la ley 25156 de 1999), pero fue en el decenio del noventa cuando la mayoría de los países iberoamericanos adoptaron leyes de este tipo. Méjico en 1993 (enmendada en 2006) y Brasil en 1994 con la ley 8884, varias veces reformada (en 1995, 1997, 1999, 2000, 2004 y 2006)». CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., p. 49. «En algunos países de Latinoamérica esta normativa ya existía desde tiempo atrás. En Argentina existían normas antimonopolio desde 1919, en México a partir de 1934 (Ley Orgánica), en Colombia desde 1959 (Ley 155106), en Chile desde 1959 (Ley No. 13.305) y en Brasil se remontan a 1962 (Ley No. 4.137). Sin embargo, la existencia formal de esta legislación no aseguraba su cumplimiento; incluso puede decirse que muchas de estas leyes nunca fueron aplicadas». MIRANDA, Alfonso y Juan David GUTIÉRREZ. “Historia del derecho de la competencia”. Óp. Cit., p. 240.

materia de libre competencia en Latinoamérica, a consecuencia del marco de reformas estructurales de orden económico⁸⁰⁷ producto del cambio de un modelo proteccionista a uno de apertura económica. Precisamente, bajo ese escenario, el control previo a las concentraciones empresariales no necesariamente se dio a la par del control posterior a las conductas anticompetitivas, sino, generalmente, tiempo después.

Para no extendernos mucho, abordaremos una somera exposición sobre Colombia, Argentina y Chile, siendo estos dos últimos los países que han modificado hace poco sus respectivas leyes en cuanto al control de concentraciones empresariales: Argentina lo hizo de manera íntegra, mientras que, por su parte, Chile incluyó una gama de disposiciones sobre el control obligatorio en su ley de competencia, sustituyendo, así, al control voluntario⁸⁰⁸.

En Colombia se expidió la Ley N.º 155 en 1959; sin embargo, la autoridad de competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)⁸⁰⁹, no resolvió caso alguno durante tres décadas debido a la falta de una cultura de competencia en dicho país, entre otros motivos de carácter estructural de la normativa correspondiente⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ Intervención de Tania Zúñiga Fernández. CRUCELEGUI, Juan Luis y otros. Mesa Redonda: “Control de concentraciones empresariales: promoción de la competencia en los mercados”. Óp. Cit., p. 283.

⁸⁰⁸ ZÚÑIGA, Tania. “El control de concentraciones empresariales en el Perú: fundamentos para su regulación”. Óp. Cit., p. 228.

⁸⁰⁹ «En Colombia, la autoridad de competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio, un organismo con personería jurídica y presupuesto propio, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que conjuga funciones de investigación y poderes adjudicativos. El superintendente de Industria y Comercio es designado por el presidente de la república y es de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene ningún término fijo. Sus decisiones tienen revisión judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa». CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., p. 53.

⁸¹⁰ «La falta de aplicación en el caso colombiano se explica por las siguientes razones:

- El modelo de desarrollo proteccionista o Cepalino, basado en la sustitución de importaciones, que no promovió una cultura de competencia en el país.
- La falta de voluntad del Estado para aplicar las leyes de competencia, la cual se explica por la captura de las autoridades por los grupos de interés económico y la predominante cultura de no competencia.
- La escasez de recursos económicos y humanos de las autoridades para llevar a cabo esta compleja tarea.
- Un defecto estructural de la normativa, al incorporar una excepción demasiado amplia (parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en concordancia con el artículo 1 del Decreto 1302 de 1964)». Alfonso

[...] si bien la Ley N° 155 del año 1959 refiere a la evaluación de operaciones de fusiones o integraciones; no se aplicó de manera efectiva debido a una falta de precisión necesaria en las definiciones y al marco constitucional vigente. Posteriormente, fue necesaria una serie de reformas legales en los sesenta y noventa, e incluso al inicio del milenio en el año 2009 con la Ley N° 1340, para regular de manera detallada el procedimiento administrativo del control previo⁸¹¹.

Precisamente, el control previo a las concentraciones empresariales constó, por primera vez, en el artículo 4 de la Ley N.º 155⁸¹², aunque —como señalamos— la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ejerció propiamente el control previo entre tres y cuatro décadas posteriores, después de la Constitución Política de 1991⁸¹³.

Ya en el año 2009 se expidió la Ley N.º 1340⁸¹⁴, con el objeto de «actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para

Miranda Londoño parafraseado por Alfonso Miranda y Juan David Gutiérrez. En MIRANDA, Alfonso y Juan David GUTIÉRREZ. “Historia del derecho de la competencia”. Óp. Cit., p. 240.

⁸¹¹ Intervención de Tania Zúñiga Fernández. CRUCELEGUI, Juan Luis y otros. Mesa Redonda: “Control de concentraciones empresariales: promoción de la competencia en los mercados”. Óp. Cit., p. 284.

⁸¹² «Artículo 4º. Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto ascienden a veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00), o más, estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.

PARÁGRAFO 1º. El Gobierno Nacional deberá objetar la operación, previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Planeación, si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.

PARÁGRAFO 2º. Si pasados treinta (30) días de haberse presentado el informe de que trata este artículo, no se hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla.

PARÁGRAFO 3º. El informe que deben dar los interesados y su trámite serán absolutamente reservados, y los funcionarios que revelen en todo o en parte el contenido de los expedientes, incurrirán en la destitución del empleo que impondrá el respectivo superior, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el Código Penal».

⁸¹³ «Esta ley sería reglamentada por los decretos 3236 de 1962 y 1302 de 1964 y reformada en 1963 por el Decreto Extraordinario No. 3307. Pero su eficacia real ocurrió solo después de la expedición de la constitución política de 1991 y del decreto 2153 de 1992. Entre 1959 y 1998 ninguna operación de integración recibió objeciones ni condiciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio». BELLMONT, Gisele. *Control previo a las integraciones empresariales: doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Óp. Cit., p. 27.

⁸¹⁴ «Las principales normas que regulan el control previo de las fusiones (“integraciones empresariales”) son la Ley 155/59 de 1959, el Decreto 1302/64 (Decreto de 1964), el Decreto de 1992 y el Título VII de la Circular Única (2001) de la SIC, modificada en 2006 y a partir de julio de 2009, la Ley 1340/09».

adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional», como señala en su artículo 1.

Ya que la tendencia era la liberalización económica, se creó organismos de control sectoriales, los que cumplían funciones de vigilancia y decidían respecto a las concentraciones empresariales que se generaban y a las prácticas restrictivas de la competencia, por eso la SIC no tenía competencia en algunos sectores⁸¹⁵. La SIC ejercía el control previo a las concentraciones empresariales en todos los sectores económicos, excepto en el financiero, en el de televisión, en el de transporte aéreo y las integraciones verticales en el sector sanitario⁸¹⁶. Tiempo después, se pasó de esta especie de dispersión de competencias a una única autoridad de competencia que aplique el control previo con la dación de la Ley N.º 1340 del año 2009: la SIC. Con la venia de esta ley, la SIC está encargada de todos los sectores, excepto del sector financiero, «en el que la SIC debe aportar una evaluación sobre los efectos de la competencia de la fusión, pudiendo sugerir remedios»⁸¹⁷.

La Ley N.º 1340 del año 2009 está conformada por seis títulos. La sección que dispone acerca del control previo a las concentraciones empresariales es el segundo título, denominado «TÍTULO II: INTEGRACIONES EMPRESARIALES», el cual abarca desde el artículo 9 hasta el artículo 13.

Es así que el artículo 9⁸¹⁸ muestra las condiciones a las que deben atenerse las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o que

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Derecho y Política de la Competencia en Colombia*. s/l: OCDE; Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2009, p. 28.

⁸¹⁵ BELLMONT, Gisele. *Control previo a las integraciones empresariales: doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Óp. Cit., pp. 27-28.

⁸¹⁶ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Derecho y Política de la Competencia en Colombia*. Óp. Cit., p. 27.

⁸¹⁷ *Ibíd.*

⁸¹⁸ «Artículo 9º-. Control de Integraciones Empresariales. El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 quedará así:

participen en la misma cadena productiva en torno a la obligación de informar a la SIC sobre las operaciones de concentración empresarial que desean realizar, destacando como modalidades el fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse.

En el artículo 10⁸¹⁹ se expone cómo se llevará a cabo el procedimiento administrativo correspondiente. Aquí se puede ver que los agentes económicos

Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio o;
2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio;

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación.

Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.

En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.

Parágrafo 1. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.

Parágrafo 2. Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, éstos deberán cumplir los siguientes requisitos: Identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.

Parágrafo 3. Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio».

⁸¹⁹ «Artículo 10º-. Procedimiento Administrativo en caso de Integraciones Empresariales. Para efectos de obtener el pronunciamiento previo de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con una operación de integración proyectada, se seguirá el siguiente procedimiento:

1. Los interesados presentarán ante la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud de pre-evaluación, acompañada de un informe sucinto en el que manifiesten su intención de llevar a cabo la operación de integración empresarial y las condiciones básicas de la misma, de conformidad con las instrucciones expedidas por la autoridad única de competencia.

deben presentar una solicitud de preevaluación, la que se entiende como una solicitud para que se ejerza el procedimiento de evaluación previa. Dentro de los tres días siguientes, la SIC dará orden para que en el diario de mayor circulación nacional, dentro de los diez días siguientes a dicha publicación, se comunique acerca de la operación de concentración que se pretende, con el fin de que todo aquel que se entere y que pueda proporcionarle algún tipo de información se lo comunique. No se dará esta orden cuando haya elementos suficientes y cuando la SIC acepta la solicitud de quienes intervienen en la operación de concentración empresarial para que esta se mantenga en reserva.

Asimismo, la SIC se pronunciará, dentro de los treinta días siguientes a la solicitud de preevaluación, donde determinará si se podrá continuar con el procedimiento de autorización o si se dará por terminado debido al riesgo que significa para la competencia. De continuar, la SIC deberá comunicárselo a las

2. Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación del informe anterior y salvo que cuente con elementos suficientes para establecer que no existe la obligación de informar la operación, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenará la publicación de un anuncio en un diario de amplia circulación nacional, para que dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación se suministre a esa entidad la información que pueda aportar elementos de utilidad para el análisis de la operación proyectada. La Superintendencia de Industria y Comercio no ordenará la publicación del anuncio cuando cuente con elementos suficientes para establecer que no existe obligación de informar la operación, cuando los intervinientes de la operación, por razones de orden público, mediante escrito motivado soliciten que la misma permanezca en reserva y esta solicitud sea aceptada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la información a que se refiere el numeral 1° de este artículo, la autoridad de competencia determinará la procedencia de continuar con el procedimiento de autorización o, si encontrase que no existen riesgos sustanciales para la competencia que puedan derivarse de la operación, de darlo por terminado y dar vía libre a ésta.

4. Si el procedimiento continúa, la autoridad de competencia lo comunicará a las autoridades a que se refiere el artículo 8° de esta ley y a los interesados, quienes deberán allegar, dentro de los quince (15) días siguientes, la totalidad de la información requerida en las gulas expedidas para el efecto por la autoridad de competencia, en forma completa y fidedigna. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar que se complemente, aclare o explique la información allegada.

De la misma manera, podrán los interesados proponer acciones o comportamientos a seguir para neutralizar los posibles efectos anticompetitivos de la operación. Dentro del mismo término los interesados podrán conocer la información aportada por terceros y controvertirla.

5. Si transcurridos tres (3) meses desde el momento en que los interesados han allegado la totalidad de la información la operación no se hubiere objetado o condicionado por la autoridad de competencia, se entenderá que esta ha sido autorizada.

6. La inactividad de los interesados por más de (2) dos meses en cualquier etapa del procedimiento, será considerada como desistimiento de la solicitud de autorización».

autoridades constadas en el artículo 8⁸²⁰ de la presente Ley N.º 1340 y a los interesados, quienes deberán brindarle información dentro de los quince días siguientes. Igualmente, los interesados en que se realice la operación de concentración pueden proponer acciones para apaciguar las consecuencias anticompetitivas. Como siguiente aspecto de este artículo 10, se trata al silencio administrativo positivo. Este se aplica pasados los tres meses a partir del instante en el que los interesados presentaron toda la información y la SIC no objetó ni condicionó la intención de perpetrar la operación de concentración empresarial. Por último, la inactividad de los interesados por más de dos meses se considera como desistimiento de la solicitud de autorización de dicha operación.

En el artículo 11⁸²¹ podemos apreciar que el superintendente de industria y comercio puede autorizar la operación de concentración empresarial imponiendo condiciones u obligaciones toda vez que considere que esas condiciones asegurarán no atentar contra la competencia, las cuales

⁸²⁰ «Artículo 8º-. Aviso a Otras Autoridades. En la oportunidad prevista en el numeral 4º del artículo 10 de esta ley, o, tratándose de una investigación, dentro de los diez (10) días siguientes a su inicio, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar tales hechos a las "entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados. Estas últimas podrán, si así lo consideran, emitir su concepto técnico en relación con el asunto puesto en su conocimiento, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación y sin perjuicio de la posibilidad de intervenir, de oficio o a solicitud de la Superintendencia de Industria y Comercio, en cualquier momento de la respectiva actuación. Los conceptos 'emitidos por las referidas autoridades deberán darse en el marco de las disposiciones legales aplicables a las situaciones que se ventilan y no serán vinculantes para la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, si la Superintendencia de Industria y Comercio se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar, de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos jurídicos o económicos que justifiquen su decisión.

Parágrafo. La Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves».

⁸²¹ «Artículo 11º-. Aprobación Condicionada y Objeción de Integraciones. El Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar la operación cuando encuentre que ésta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia. Sin embargo, podrá autorizarla sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia. En el evento en que una operación de integración sea aprobada bajo condiciones la autoridad única de competencia deberá supervisar periódicamente el cumplimiento de las mismas.

El incumplimiento de las condiciones a que se somete la operación dará lugar a las sanciones previstas en la presente ley, previa solicitud de los descargos correspondientes. La reincidencia en dicho comportamiento será causal para que el Superintendente ordene la reversión de la operación».

supervisar para su efectivo cumplimiento y, de no cumplirlas, ordenará las sanciones correspondientes.

En el artículo 12⁸²² está plasmada la excepción por eficiencia. Así, si los interesados demuestran con estudios técnicos debidamente fundamentados que con la operación de concentración el beneficio a los consumidores que se lograría es mayor que el posible impacto a la competencia, la SIC no objetará la operación, pero se exigirá el compromiso para que, efectivamente, los beneficios sean para los consumidores.

Por último, el artículo 13⁸²³ versa acerca de la reversión de la operación. Esto quiere decir que la SIC podrá restituir la operación cuando esta no se comunicó a la autoridad de competencia o cuando se ejecutó antes de que se

⁸²² «Artículo 12º.- Excepción de Eficiencia. Modifíquese el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, el cual quedará así:

La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores.

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá abstenerse objetar una integración cuando independiente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.

Parágrafo 1. Cuando quiera que la autoridad de competencia se abstenga de objetar una operación de integración empresarial con sustento en la aplicación de la excepción de eficiencia, la autorización se considerará condicionada al comportamiento de los interesados, el cual debe ser consistente con los argumentos, estudios, pruebas y compromisos presentados para solicitar la aplicación de la excepción de eficiencia. La autoridad podrá exigir el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos así adquiridos.

Parágrafo 2. En desarrollo de la función prevista en el número 21 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, la autoridad de competencia podrá expedir las instrucciones que especifiquen los elementos que tendrá en cuenta para el análisis y la valoración de los estudios presentados por los interesados».

⁸²³ «Artículo 13º.- Orden de Reversión de una Operación de Integración Empresarial. Sin perjuicio de la imposición de las sanciones procedentes por violación de las normas sobre protección de la competencia, la autoridad de protección de la competencia podrá, previa la correspondiente investigación, determinar la procedencia de ordenar la reversión de una operación de integración empresarial cuando ésta no fue informada o se realizó antes de cumplido el término que tenía la Superintendencia de Industria y Comercio para pronunciarse, si se determina que la operación así realizada comportaba una indebida restricción a la libre competencia, o cuando la operación había sido objetada o cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se autorizó.

En tal virtud, si de la investigación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio se desprende la procedencia de ordenar la reversión de la operación, se procederá a su correspondiente reversión».

cumpla el plazo en el que la SIC debió haberse pronunciado, siempre y cuando la operación restringía a la competencia, cuando la operación fue objetada o cuando hay incumplimiento de las condiciones gracias a las cuales se produjo la autorización.

En Chile, desde 1973, época donde se dio la legislación sobre competencia gracias al decreto 211, la Fiscalía General Económica es la que se encarga de investigar las posibles afectaciones a la competencia, con funciones parecidas a las del *Department of Justice y la Federal Trade Commission* de Estados Unidos. De haber comprobado dicha afectación, acude al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia⁸²⁴ (lo que antes fue la Comisión Resolutiva; el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia existió desde el año 2004).

En Chile existió un mecanismo de control de concentraciones empresariales que era voluntario, es decir, no era preventivo. Recién con la aprobación de la Ley N.º 20945, titulada «Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia», aprobada en el año 2016, se incluyó el control preventivo, dejándose atrás el control voluntario previsto en el Decreto Ley N.º 211 de 1973 mediante una de sus cláusulas generales⁸²⁵. Además de ello, se modificó algunos aspectos procesales y respecto a las funciones que competen a la autoridad de competencia.

Pues bien, el cuerpo legislativo donde se encuentra regulado el control previo a las concentraciones empresariales es el Decreto Ley N.º 211, aunque ahora ya modificado por distintas leyes (la más reciente fue la Ley N.º 20945), el cual contiene cinco títulos, del artículo 46 al artículo 61, y el título donde exactamente se encuentra el control previo en el título cuatro, denominado

⁸²⁴ «El Tribunal es una corte perteneciente al poder judicial, conformado por tres abogados y dos economistas designados por el presidente de ternas y candidatos presentados por la Corte Suprema y el banco central para períodos de seis años, renovables una vez. Las decisiones del tribunal son judiciales y tienen recurso ante la Corte Suprema». CORTÁZAR, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Óp. Cit., p. 51.

⁸²⁵ Intervención de Tania Zúñiga Fernández. CRUCELEGUI, Juan Luis y otros. Mesa Redonda: “Control de concentraciones empresariales: promoción de la competencia en los mercados”. Óp. Cit., p. 284.

«TÍTULO IV: DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN», del artículo 46 al 61.

A continuación, expondremos los artículos más representativos del presente decreto ley.

En el artículo 47⁸²⁶ están las cuatro modalidades, independientemente de la forma de organización que adopten: fusionándose; que uno o más adquiera derechos que individual o conjuntamente influyan decisivamente en la administración de otro; que uno o más se asocie para conformar un agente económico independiente que funcione de manera permanente; y que uno o más adquiera el control sobre los activos de otro.

En el artículo 48⁸²⁷, tal como podemos apreciar, la legislación chilena regula la notificación previa obligatoria dirigida a la Fiscalía Nacional

⁸²⁶ «Artículo 47°.- Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías:

- a) Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.
- b) Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.
- c) Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente.
- d) Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.

Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que ofrezca o demande bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios».

⁸²⁷ «Artículo 48°.- Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica, en forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile y que cumplan con los siguientes requisitos copulativos:

- a) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico.
- b) Que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico.

Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, las ventas se calcularán de la siguiente manera:

- i. Tratándose de las hipótesis contempladas en las letras a) y c) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile de los agentes económicos que se fusionan o que se asocian, y las de sus respectivos grupos empresariales.

Económica, cuyos requisitos sean, y se cumplan estos de manera copulativa para caso, que el monto de las ventas alcanzado en el ejercicio anterior a la notificación, producto de la suma de las ventas de las empresas que planean concentrarse, sean iguales o superiores al umbral establecido por el Fiscal Nacional Económico; y que al menos dos de estas empresas hayan generado ventas también iguales o superiores a dicho umbral señalado. Cabe resaltar

ii. Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra b) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile del agente económico que adquiere la influencia decisiva, las de todo su grupo empresarial y las del o de los agentes económicos adquiridos.

iii. Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra d) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile del o de los agentes económicos adquirentes, las de sus respectivos grupos empresariales, y aquellas generadas con los activos adquiridos.

Para efectos de lo establecido en este artículo, se deducirán de las ventas los impuestos, las ventas que hayan tenido lugar entre agentes de un mismo grupo empresarial, aquellas que no provengan de la explotación del giro habitual del o de los agentes económicos considerados, y las demás que señale la resolución del Fiscal Nacional Económico, en la forma que en ella se determinen.

Estarán obligados a practicar la notificación de la que trata este artículo, conjuntamente, los agentes económicos que hayan tomado parte en la operación de concentración. Los terceros que no hayan tomado parte en la operación de concentración no podrán practicar la notificación.

A la notificación deberán acompañarse los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y a los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial; los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación notificada pudiere significar para la libre competencia; la declaración de las partes en la que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación que se notifica, y los demás antecedentes que detalle el reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Quienes notifiquen la operación deberán poner en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica los hechos, actos o convenciones que modifiquen en cualquier forma los antecedentes, estimaciones, proyecciones o conclusiones que hubieren proporcionado, tan pronto como tales hechos, actos o convenciones lleguen a su conocimiento. En caso que la modificación que los notificantes pongan en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica resulte significativa, el Fiscal Nacional Económico dictará una resolución declarando lo anterior, a partir de la cual los plazos del procedimiento comenzarán a contabilizarse como si se tratara de una nueva notificación.

El reglamento podrá contemplar un mecanismo de notificación simplificada, que requiera del notificante acompañar una menor cantidad de antecedentes para ciertas operaciones o categorías de operaciones de concentración.

Las operaciones de concentración que no igualen o superen los umbrales referidos en las letras a) y b) de este artículo podrán ser notificadas en forma voluntaria por los agentes económicos que proyectan concentrarse. Las notificaciones voluntarias se sujetarán a las mismas reglas que las obligatorias, en la medida que la operación no se haya perfeccionado al momento de la notificación.

Cuando las operaciones de concentración a que se refiere el inciso anterior no le sean notificadas voluntariamente al Fiscal Nacional Económico, éste podrá, dentro del plazo de un año, contado desde el perfeccionamiento de la operación, instruir las investigaciones que estime procedentes de conformidad con la letra a) del artículo 39.

En caso que se adecuen los umbrales referidos en las letras a) y b) del presente artículo, los nuevos umbrales que se establezcan entrarán en vigencia una vez transcurridos noventa días desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial».

que en caso de que se fijen nuevos umbrales, estos entrarán en vigencia noventa días después de su publicación en el diario oficial.

Este mismo artículo también señala cómo se calcularán estas ventas, además de la exigencia de la presentación de los antecedentes respectivos, a efectos de que la autoridad pueda evaluar los posibles riesgos para la competencia a los que pueda conllevar la operación de concentración empresarial. Asimismo, quienes notifiquen deberán informar a la Fiscalía Nacional Económica si se hubiere modificado información que se le había proporcionado; de ser una modificación significativa, el Fiscal Nacional Económico declarará que los plazos del procedimiento se contabilicen como si se tratase de una nueva notificación.

Ahora, lo distinto de este decreto ley chileno es que también se permite una notificación voluntaria por parte de aquellas operaciones de concentración que no igualen o superen a los umbrales establecidos, las cuales se sujetarán a las mismas reglas de las obligatorias. En caso de que estas operaciones no sean notificadas, el Fiscal Nacional Económico podrá actuar de oficio dentro del año después del perfeccionamiento de la operación de concentración, en función de la letra a) del artículo 39⁸²⁸.

⁸²⁸ «Artículo 39º.- El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.

Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico:

a) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley, dando noticia de su inicio al afectado. Con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile deberá poner a disposición del Fiscal Nacional Económico el personal que éste requiera para el cumplimiento del cometido indicado en esta letra o ejecutar las diligencias específicas que le solicite con el mismo objeto.

El Fiscal Nacional Económico, con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, podrá disponer que las investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de reservadas.

Asimismo, el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía.

Evidentemente, conviene subrayar que está prohibida la ejecución de las operaciones de concentración que han sido notificadas ante la autoridad de competencia (Fiscalía Nacional Económica), como señala el artículo 49⁸²⁹.

Del mismo modo, bajo el artículo 50⁸³⁰, el Fiscal Nacional Económico tendrá diez días para determinar si se trata de una notificación completa o de una incompleta. Si es completa, el Fiscal Nacional Económico ordenará que se inicie la investigación y se lo comunicará al notificante. De no comunicarlo, se entiende que la investigación se inicia el día siguiente al vencimiento del plazo de los diez días. Si es incompleta, el Fiscal Nacional Económico se lo comunicará al notificante dentro de los diez días, quien tendrá también diez días para subsanar los errores u omisiones que fueron observados. En caso de que

Lo anterior es sin perjuicio que en un proceso en curso y previo traslado, se aplique lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 2256, o que se ordene por el tribunal otorgar copias de piezas del expediente que no se hayan agregado al proceso, suprimiendo en ellas todas las referencias que pudieren revelar las identidades u objeto de protección aludidos precedentemente.

El Fiscal Nacional Económico podrá disponer que no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado, con autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En todos los demás casos, los afectados tendrán acceso al expediente de la investigación que se siga en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas declaradas reservadas o confidenciales, de conformidad a lo dispuesto en esta letra y en el artículo 42. [...]».

⁸²⁹ «Artículo 49º.- Los agentes económicos que proyecten concentrarse no podrán perfeccionar las operaciones de concentración que hubieren notificado a la Fiscalía Nacional Económica, las que se entenderán suspendidas desde el acto de su notificación hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente».

⁸³⁰ «Artículo 50º.- Recibida la notificación de una operación de concentración, la Fiscalía Nacional Económica tomará conocimiento de esta y procederá a evaluarla en conformidad al siguiente procedimiento.

Notificada una operación de concentración de acuerdo con lo establecido en el artículo 48, el Fiscal Nacional Económico contará con diez días para determinar si se trata de una notificación completa, entendiéndose por tal aquella que cumpla con todos los requisitos establecidos en esta ley y su reglamento.

Tratándose de una notificación completa, el Fiscal Nacional Económico ordenará el inicio de la investigación y comunicará la resolución al notificante. Si el Fiscal no hubiere efectuado dicha comunicación dentro del plazo establecido en el inciso anterior, la investigación se entenderá iniciada, de pleno derecho, el día siguiente al vencimiento del plazo.

Tratándose de una notificación incompleta, el Fiscal Nacional Económico comunicará dicha circunstancia al notificante dentro del plazo establecido en el inciso segundo. La comunicación identificará los errores u omisiones de la notificación. El notificante contará con diez días para subsanar los errores u omisiones identificados por el Fiscal en su comunicación. Si el notificante no subsanare los errores u omisiones dentro del plazo establecido, la notificación se tendrá por no presentada. Si los errores u omisiones fueren subsanados dentro de plazo, se considerará como una nueva notificación para los efectos de lo dispuesto en este artículo».

no subsane, se entenderá que no se presentó la notificación. Por el contrario, si es que sí lo hiciera, se considerará que es una nueva notificación.

Podemos apreciar, también, que la confidencialidad hacia los notificantes está regulada en el artículo 51⁸³¹, protegiéndose la información que proporcionen. De la misma forma, los derechos del notificante constan en el artículo 53⁸³², dentro de los cuales están los siguientes: el solicitar información para que se le avise acerca del curso de la investigación, así como se le avise antes de toda resolución que emita respecto a los riesgos que puedan acarrear producto de la operación de concentración; el derecho a ser oído respecto a cada aspecto de la investigación en curso; el proponer las diligencias que considere pertinentes.

Un punto importante es que, de comprobarse que la mencionada operación de concentración no será nociva para la competencia, el notificante tiene el derecho de ofrecer medidas de mitigación de riesgos, los cuales serán puestos en conocimiento de terceros interesados.

⁸³¹ «Artículo 51°.- La resolución que ordene el inicio de la investigación será publicada resguardando la información confidencial de los notificantes».

⁸³² «Artículo 53°.- El notificante podrá siempre solicitar al Fiscal Nacional Económico que le suministre información respecto del curso de la investigación, y tendrá derecho a que le informe, antes de que dicte alguna de las resoluciones contempladas en los artículos 54 o 57, de los riesgos que la operación notificada pueda producir para la libre competencia basado en los antecedentes de la investigación.

El notificante siempre tendrá derecho a ser oído, y podrá manifestar al Fiscal Nacional Económico su opinión respecto de la operación de concentración notificada, de los antecedentes aportados por terceros a la investigación, de la investigación misma y de la información que le hubiere sido suministrada de conformidad al inciso anterior. El notificante podrá proponer las diligencias investigativas que estime pertinentes.

Asimismo, para efectos de lo establecido en la letra b) del artículo 54 y en la letra b) del artículo 57, el notificante tendrá siempre derecho a ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiere producir para la libre competencia. Las medidas deberán ser ofrecidas por escrito y no constituirán, en caso alguno, un reconocimiento de la existencia de los riesgos que a través de ellas se pretenden mitigar.

Con el fin de determinar si las medidas ofrecidas por los notificantes se hacen cargo de resolver los riesgos para la competencia derivados de la operación de concentración, así como sus posibles efectos sobre el mercado, el Fiscal Nacional Económico podrá ponerlas en conocimiento de terceros interesados».

El artículo 54⁸³³ expone acerca de las alternativas para actuar que debe realizar el Fiscal Nacional Económico dentro de los próximos treinta días después de iniciada la investigación: aprobar la operación de concentración, aprobarla con condiciones, o extender la investigación por noventa días como máximo. Ahora, de no emitir respuesta con alguna de las alternativas anteriores, procede el silencio administrativo positivo; es decir, se entiende que la operación de concentración ha sido aprobada.

Lo crucial del artículo 55⁸³⁴ es que describe lo que sigue al estar en una situación de extensión de la investigación: la Fiscalía Nacional Económica tiene el deber comunicarlo a las demás autoridades pertinentes, a agentes económicos y a terceros interesados que estén interesados en aquella

⁸³³ «Artículo 54°.- Dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la investigación a que alude el artículo 50, el Fiscal Nacional Económico deberá:

a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;
 b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose la operación a tales medidas, no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, o
 c) Extender la investigación hasta por un máximo de noventa días adicionales, mediante resolución fundada, cuando estime que la operación notificada, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, en su caso, puede reducir sustancialmente la competencia. Cumplido el plazo establecido sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará en los términos ofrecidos por el notificante, incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto».

⁸³⁴ «Artículo 55°.- Las resoluciones dictadas en conformidad a lo establecido en el artículo anterior serán comunicadas al notificante dentro del mismo plazo establecido para su dictación. Adicionalmente, la Fiscalía Nacional Económica publicará la resolución o una versión pública de la misma en el sitio electrónico institucional.

Tratándose de la resolución contemplada en la letra c) del artículo anterior, la Fiscalía Nacional Económica deberá comunicar el hecho de su dictación y acompañar su texto o la versión pública del mismo, a las autoridades directamente concernidas y a los agentes económicos que puedan tener interés en la operación. Quienes recibieren tal comunicación, así como cualquier tercero interesado en la operación de concentración, incluyendo proveedores, competidores, clientes o consumidores, podrán aportar antecedentes a la investigación dentro de los veinte días siguientes a la publicación, en el sitio electrónico institucional, de la resolución que ordene su extensión.

El expediente será público a partir de la publicación a que hace referencia el inciso anterior. Ello, sin perjuicio de que el Fiscal Nacional Económico pueda disponer, de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales en conformidad a lo dispuesto en el párrafo tercero de la letra a) del artículo 39. Quienes soliciten la reserva o confidencialidad de los antecedentes presentados deberán acompañar versiones públicas de los mismos. Cuando el Fiscal Nacional Económico decrete de oficio la reserva o confidencialidad de los antecedentes, podrá requerir al aportante que acompañe versiones públicas de éstos».

operación de concentración, quienes podrán aportar antecedentes a la investigación dentro de los veinte días después de la publicación. Sin embargo, siempre que sean presentadas las versiones públicas de aquellos, el Fiscal Nacional Económico puede reservar que no se revele algunos antecedentes del expediente, según lo señalado en el tercer párrafo de la letra a) del artículo 39:

[...] Asimismo, el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía. [...]

En el artículo 57⁸³⁵ está el paso a seguir que debe realizar el Fiscal Nacional Económico luego de que se extienda la investigación. Recordando lo esbozado en el artículo 54, si se está en la alternativa de extender la investigación por noventa días más como máximo, el Fiscal Nacional Económico, después de dicho plazo transcurrido, podrá aprobar, aprobar con condiciones o prohibir la operación de concentración. De no pronunciarse la autoridad, se entiende por operación aprobada. Por el contrario, si se prohíbe la

⁸³⁵ «Artículo 57°.- Dentro del plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación, el Fiscal Nacional Económico deberá:

- a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción de que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;
- b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose a tales medidas, la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, o
- c) Prohibir la operación notificada, cuando concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia.

Cumplido el plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará en los términos ofrecidos por el notificante, incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto.

En contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba una operación, el notificante podrá promover ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días contado desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, que deberá ser fundado».

operación, el notificante podrá interponer un recurso de revisión especial ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dentro del plazo de diez días a partir de la notificación de la resolución.

El artículo 58⁸³⁶ consigna que cuando el notificante desista (previa comunicación por escrito) o abandone (o sea, que en dos o más ocasiones no brinde la información requerida o cuyos representantes legales no hayan acudido a declarar) la notificación, el Fiscal Nacional Económico podrá ordenar que se archive el procedimiento, independientemente del estado donde esté.

El plazo para aprobar, aprobar con condiciones o prohibir la operación de concentración empresarial no se suspende, excepto una sola vez, el Fiscal Nacional Económico (hasta por treinta días) y el notificante (hasta por sesenta días), si es debido a lo expuesto en el artículo 60⁸³⁷: cuando ofrezca medidas para mitigar riesgos que podrían afectar la competencia. Si se aprueba la operación, se podrá suspender por diez días como máximo; si se aprueba, habiéndose extendido el plazo para la investigación, será por quince.

⁸³⁶ «Artículo 58°.- Mediante resolución fundada, el Fiscal Nacional Económico podrá ordenar el archivo de los antecedentes, poniendo término al procedimiento de que trata este Título, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, cuando el notificante se hubiere desistido de su notificación o cuando la hubiere abandonado.

Se entenderá desistida la notificación cuando el notificante lo comunique por escrito al Fiscal Nacional Económico.

Se entenderá abandonada la notificación cuando en dos o más ocasiones, durante el curso de la investigación, el notificante no hubiere respondido en tiempo y forma a los requerimientos de información que hubiere hecho, conforme a la ley, el Fiscal Nacional Económico, o cuando en dos o más ocasiones él o sus representantes legales no hubieren concurrido a declarar, habiéndoseles citado de conformidad a la ley».

⁸³⁷ «Artículo 60°.- Los plazos establecidos en el inciso primero del artículo 54 y en el inciso primero del artículo 57 no se suspenderán salvo en los casos contemplados en este artículo.

De común acuerdo, el Fiscal Nacional Económico y el notificante podrán suspender hasta por una vez cada plazo referido en el inciso anterior. El primero de ellos podrá suspenderse hasta por treinta días y el segundo, hasta por sesenta días. Estos acuerdos de suspensión deberán constar por escrito.

Asimismo, se suspenderán los plazos señalados en el inciso primero cuando el notificante ofrezca medidas de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. El plazo contemplado en el inciso primero del artículo 54 o el establecido en el inciso primero del artículo 57 se suspenderá hasta por un máximo de diez o quince días, respectivamente».

Finalmente, el artículo 61⁸³⁸ recalca que todo tipo de comunicaciones, solicitudes y notificaciones pueden efectuarse por correo o cualquier otro medio electrónico.

Por su parte, Argentina sufrió diversos cambios en cuanto a legislación de libre competencia: empieza por la Ley N.º 11210 de 1923, la cual fue reemplazada en 1946 por la Ley N.º 12906, luego la Ley N.º 22262 en 1980, en 1999 fue sustituida por la Ley N.º 25156⁸³⁹.

De todas las anteriores, la Ley N.º 22262 de 1980 fue la que incidió en empezar un cuerpo legislativo enfocado en la defensa de la competencia. «Si bien la ley 22262 no tuvo una aplicación que fuera de utilidad para corregir las prácticas abusivas del mercado, esto para muchos se debió no tanto a una deficiencia normativa sino a una inoperancia de los organismos y mecanismos de aplicación de ley»⁸⁴⁰.

En ese sentido, la Ley N.º 25156 fue la que introdujo el control de concentraciones. Evidentemente, fue una ley moderna, distinta a las normas de orden penal de la Ley N.º 11210 de 1923, ya que se adentró al régimen de las infracciones administrativas⁸⁴¹.

Ya en agosto de 1999, se aprobó la Ley de Defensa de la Competencia N.º 25156, «a través de la cual se pretende definir con mayor precisión, prohibir y sancionar actos o conductas de personas físicas o legales que limiten, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia y el acceso al mercado,

⁸³⁸ «Artículo 61.- Las comunicaciones, solicitudes y notificaciones efectuadas a los notificantes en el marco del procedimiento del presente Título podrán ser realizadas por correo electrónico o por cualquier otro medio electrónico idóneo.

Asimismo, las comunicaciones, solicitudes y notificaciones en el marco del procedimiento del presente Título podrán realizarse por funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica que hubieren sido designados para cumplir esta función por el Fiscal Nacional Económico en resolución dictada al efecto».

⁸³⁹ ZENARRUZA, Andrés. “La Nueva Ley de Defensa de la Competencia y sus efectos sobre las concentraciones y fusiones”. *Lecciones y ensayos*. Buenos Aires, número 75, 2000, pp. 103-104.

⁸⁴⁰ Ídem, pp. 104-105.

⁸⁴¹ Intervención de Tania Zúñiga Fernández. CRUCELEGUI, Juan Luis y otros. Mesa Redonda: “Control de concentraciones empresariales: promoción de la competencia en los mercados”. Óp. Cit., p. 284.

conjuntamente con la instrumentación de un proceso administrativo orientado a la investigación y prevención de tales conductas»⁸⁴².

En mayo del 2018, con la dación de la Ley de Defensa de la Competencia N.º 27442, se dio diversos cambios en el régimen legal de competencia. Federico Rossi los clasifica en cinco categorías generales: el control previo o ex ante, cuyos umbrales planteados para una obligatoria notificación hacia la autoridad de competencia son más amplios y cuyo plazo de revisión es más corto; la presunción de ilegalidad hacia los cárteles más graves y un aumento del monto de las sanciones; se creó el primer programa de clemencia de Argentina; cambios para promover la reparación privada de daños, sobre todo, respecto a las demandas de seguimiento; y cambios institucionales: se creó una autoridad de competencia más independiente y un tribunal especial para que se encargue de revisar apelaciones en materia de competencia⁸⁴³.

A continuación, expondremos brevemente cada uno de estos cinco cambios generales. En primer lugar, el llamado gun-jumping es «ejecutar una operación de concentración económica que debería haber sido notificada para su previa autorización antes de que la autoridad responsable [...] haya dado su visto bueno a la misma»⁸⁴⁴. Lo novedoso no es la notificación obligatoria, sino que las partes tengan «obligaciones suspensorias», es decir, que «no podrán culminar el acuerdo hasta haber obtenido la aprobación en temas de competencia»⁸⁴⁵ / «debiendo evitar la adopción de cualquier medida que, de forma directa o indirecta y prematura, de forma parcial o total, implemente la transacción previamente a la presentación de dicha autorización»⁸⁴⁶. Comprobamos esto en el artículo 9 de la Nueva Ley de Competencia (Ley N.º 27442):

⁸⁴² ZENARRUZA, Andrés. Óp. Cit., p. 105.

⁸⁴³ ROSSI, Federico. “La Nueva Ley de Competencia en Argentina: modernización del régimen de competencia argentino”. *Competition Policy International*, 2018, p. 2.

⁸⁴⁴ CARRERA, Enrique. “El ‘gun jumping’ y la CNC”. *El País*. Economía. Martes 10 de abril. 2012.

⁸⁴⁵ ROSSI, Federico. “La Nueva Ley de Competencia en Argentina: modernización del régimen de competencia argentino”. Loc. Cit.

⁸⁴⁶ Ídem, p. 4.

[...] Los actos de concentración económica que se concluyan en incumplimiento a lo dispuesto en este artículo, así como el perfeccionamiento de la toma de control sin la previa aprobación del Tribunal de Defensa de la Competencia, serán sancionados por dicho tribunal como una infracción, en los términos del artículo 55, inciso d) de la presente ley, sin perjuicio de la obligación de revertir los mismos y remover todos sus efectos en el caso en que se determine que se encuentra alcanzado por la prohibición del artículo 8° de la presente ley. [...]

En segundo lugar, la Nueva Ley de Competencia acortó el periodo de revisión a las operaciones que estaban sujetas a notificación, lo cual consta en el artículo 14:

Art. 14.- En todos los casos sometidos a la notificación prevista en este capítulo y dentro de los cuarenta y cinco (45) días de presentada la información y antecedentes de modo completo y correcto, la autoridad, por resolución fundada, deberá decidir:

- a) Autorizar la operación;
- b) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma autoridad establezca;
- c) Denegar la autorización.

En los casos en que el Tribunal de Defensa de la Competencia considere que la operación notificada tiene la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, previo a tomar una decisión comunicará a las partes sus objeciones mediante un informe fundado y las convocará a una audiencia especial para considerar posibles medidas que mitiguen el efecto negativo sobre la competencia. Dicho informe deberá ser simultáneamente puesto a disposición del público.

En los casos indicados en el párrafo precedente, el plazo de resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia podrá extenderse por hasta ciento veinte (120) días adicionales para la emisión de la resolución, mediante dictamen fundado. Dicho plazo podrá suspenderse hasta tanto las partes

respondan a las objeciones presentadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá tener por no notificado el acto de concentración en cuestión, de considerar que no cuenta con la información y antecedentes —generales o adicionales— presentados de modo completo y correcto. No obstante, ante la falta de dicha información en los plazos procesales que correspondan, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá resolver con la información que pueda por sí misma obtener en ejercicio de las facultades que le reserva esta ley.

La dilación excesiva e injustificada en el requerimiento de información será considerada una falta grave por parte de los funcionarios responsables⁸⁴⁷.

Como podemos apreciar, la nueva ley establece que la autoridad de competencia tiene, a partir de que la operación de concentración fue notificada, cuarenta y cinco días hábiles como plazo máximo para emitir una decisión. Obviamente, dicha notificación debe contener los datos esenciales y, sobre todo, veraces que se requiere. Ahora, tal como señala, este plazo puede extenderse hasta por ciento veinte días hábiles adicionales, en los casos donde puede verse afectado el interés económico general. Es decir, se sobrepasa los ocho meses en total, el cual puede ser suspendido en diversas ocasiones debido a que la autoridad de competencia argentina puede solicitar información adicional a las partes o a terceros, por ejemplo⁸⁴⁸.

La regulación del control previo a las concentraciones empresariales está dentro de la ley N.º 27442, denominada «Ley de defensa de la competencia», ley que consta de catorce capítulos, donde el control previo está en el tercero, bajo el nombre de «CAPÍTULO III: DE LAS CONCENTRACIONES», el cual comprende del artículo 7 al artículo 17.

El artículo 7 expone las modalidades de concentración:

⁸⁴⁷ Artículo 14 de la Ley de Defensa de la Competencia n° 27442.

⁸⁴⁸ ROSSI, Federico. Óp. Cit., p. 6.

Art. 7°- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de la realización de los siguientes actos:

- a) La fusión entre empresas;
- b) La transferencia de fondos de comercio;
- c) La adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre sí misma;
- d) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa;
- e) Cualquiera de los actos del inciso c) del presente, que implique la adquisición de influencia sustancial en la estrategia competitiva de una empresa.

El artículo 9⁸⁴⁹ expresa la obligación que tienen las empresas que deseen concentrarse, cuya suma del volumen de negocio total sea cien

⁸⁴⁹ «Art. 9°- Los actos indicados en el artículo 7° de la presente ley, cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma equivalente a cien millones (100.000.000) de unidades móviles, deberán ser notificados para su examen previamente a la fecha del perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control, el que acaeciere primero, ante la Autoridad Nacional de la Competencia. Los actos solo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 14 y 15 de la presente ley, según corresponda.

A los efectos de la determinación del volumen de negocio prevista en el párrafo precedente, el Tribunal de Defensa de la Competencia informará anualmente el monto en moneda de curso legal que se aplicará durante el correspondiente año. A tal fin, el Tribunal de Defensa de la Competencia considerará el valor de la unidad móvil vigente al último día hábil del año anterior.

Los actos de concentración económica que se concluyan en incumplimiento a lo dispuesto en este artículo, así como el perfeccionamiento de la toma de control sin la previa aprobación del Tribunal de Defensa de la Competencia, serán sancionados por dicho tribunal como una infracción, en los términos del artículo 55, inciso d) de la presente ley, sin perjuicio de la obligación de revertir los mismos y remover todos sus efectos en el caso en que se determine que se encuentra alcanzado por la prohibición del artículo 8° de la presente ley.

A los efectos de la presente ley se entiende por volumen de negocios total los importes resultantes de la venta de productos, de la prestación de servicios realizados, y los subsidios directos percibidos por las

millones de unidades móviles⁸⁵⁰, de notificar a la autoridad de competencia dependiendo de lo que suceda primero: el perfeccionamiento o la toma de control.

Asimismo, explica que se entiende por volumen de negocios total lo resultante de la venta de los productos, de la prestación de servicios realizados y de los subsidios, considerando la deducción de descuentos sobre las ventas y determinados impuestos.

El artículo 10⁸⁵¹ determina que el Tribunal de Defensa de la Competencia, a consecuencia de una solicitud de parte, emitirá una opinión consultiva inapelable. De oficio o por denuncia, el Tribunal de Defensa de la

empresas afectadas durante el último ejercicio que correspondan a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, así como del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios.

Las empresas afectadas a efectos del cálculo del volumen de negocios serán las siguientes:

- a) La empresa objeto de cambio de control;
- b) Las empresas en las que dicha empresa en cuestión disponga, directa o indirectamente:
 1. De más de la mitad del capital o del capital circulante.
 2. Del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto.
 3. Del poder de designar más de la mitad de los miembros del consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o
 4. Del derecho a dirigir las actividades de la empresa.
- c) Las empresas que toman el control de la empresa en cuestión, objeto de cambio de control y prevista en el inciso a);
- d) Aquellas empresas en las que la empresa que toma el control de la empresa en cuestión, objeto del inciso c) anterior, disponga de los derechos o facultades enumerados en el inciso b);
- e) Aquellas empresas en las que una empresa de las contempladas en el inciso d) anterior disponga de los derechos o facultades enumerados en el inciso b);
- f) Las empresas en las que varias empresas de las contempladas en los incisos d) y e) dispongan conjuntamente de los derechos o facultades enumerados en el inciso b)».

⁸⁵⁰ Es decir, \$ 2640000000: «En cumplimiento por lo ordenado por el Artículo 85 del Decreto Nº 480/18 y en virtud de lo dispuesto por el mismo Artículo de la Ley Nº 27.442 se publica el valor de la Unidad Móvil vigente a partir del 26/4/19 por Resolución SCI Nº 145/19, equivalente a pesos veintiséis con cuarenta centavos (\$ 26.40)». Visto en <https://www.argentina.gob.ar/defensadelacompetencia>

⁸⁵¹ «Art. 10.- El Tribunal de Defensa de la Competencia dispondrá el procedimiento por el cual podrá emitir una opinión consultiva, a solicitud de parte, que determinará si un acto encuadra en la obligación de notificar dispuesta bajo este capítulo de la ley. Dicha petición será voluntaria y la decisión que tome el Tribunal de Defensa de la Competencia será inapelable.

El Tribunal de Defensa de la Competencia dispondrá el procedimiento por el cual determinará de oficio o ante denuncia si un acto que no fue notificado encuadra en la obligación de notificar dispuesta bajo este capítulo de la ley.

El Tribunal de Defensa de la Competencia establecerá un procedimiento sumario para las concentraciones económicas que a su criterio pudieren tener menor probabilidad de estar alcanzadas por la prohibición del artículo 8° de la presente ley».

Competencia determinará si un acto de concentración es notificable. En el caso de operaciones de concentración que tienen poca probabilidad de restringir o distorsionar la competencia, el tribunal procederá con un procedimiento sumario.

En el artículo 11 de esta ley se menciona cuáles son las operaciones de concentración que no están obligadas a notificarse ante la autoridad de competencia:

Art. 11.- Se encuentran exentas de la notificación obligatoria prevista en el artículo 9° de la presente ley, las siguientes operaciones:

- a) Las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones, siempre que ello no implique un cambio en la naturaleza del control;
- b) Las adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas;
- c) Las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos (excluyendo aquellos con fines residenciales) o acciones de otras empresas en la Argentina y cuyas exportaciones hacia la Argentina no hubieran sido significativas, habituales y frecuentes durante los últimos treinta y seis meses;
- d) Adquisiciones de empresas que no hayan registrado actividad en el país en el último año, salvo que las actividades principales de la empresa objeto y de la empresa adquirente fueran coincidentes;
- e) Las operaciones de concentración económica previstas en el artículo 7° que requieren notificación de acuerdo a lo previsto en el artículo 9°, cuando el monto de la operación y el valor de los activos situados en la República Argentina que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, respectivamente, la suma equivalente a veinte millones (20.000.000) de unidades móviles, salvo que en el plazo de doce (12) meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de la suma equivalente a sesenta millones (60.000.000) de unidades móviles en los últimos treinta y seis (36) meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado. A los efectos de la determinación de los montos indicados

precedentemente, el Tribunal de Defensa de la Competencia informará anualmente dichos montos en moneda de curso legal que se aplicará durante el correspondiente año. A tal fin, el Tribunal de Defensa de la Competencia considerará el valor de la unidad móvil vigente al último día hábil del año anterior.

El Tribunal de Defensa de la Competencia es quien establece qué información, antecedentes y en qué plazos deberán brindar a la Autoridad Nacional de Competencia quienes pretenden notificar un acto de concentración empresarial⁸⁵².

El artículo 13⁸⁵³ avisa que mediante reglamento se fijará los detalles en cuanto a la forma de las notificaciones y algún contenido adicional que sea necesario, salvaguardando la confidencialidad. En ese mismo sentido, la reglamentación debe asegurar un procedimiento para que, al constituirse la notificación de la operación de concentración un asunto público, cualquier persona pueda pronunciarse respecto a ella, mediante una manifestación u oposición. De suceder alguna oposición, también se deberá notificarse a las partes; no obstante, la Autoridad Nacional de Competencia no estará obligada a pronunciarse.

Como menciona el artículo 14⁸⁵⁴, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la presentación de la notificación, la autoridad de competencia

⁸⁵² «Art. 12.- El Tribunal de Defensa de la Competencia fijará con carácter general la información y antecedentes que las personas deberán proveer a la Autoridad Nacional de la Competencia para notificar un acto de concentración y los plazos en que dicha información y antecedentes deben ser provistos».

⁸⁵³ «Art. 13.- La reglamentación establecerá la forma y contenido adicional de la notificación de los proyectos de concentración económica y operaciones de control de empresas de modo que se garantice el carácter confidencial de las mismas.

Dicha reglamentación deberá prever un procedimiento para que cada acto de concentración económica notificado a la Autoridad Nacional de la Competencia tome estado público y cualquier interesado pueda formular las manifestaciones y oposiciones que considere procedentes. De mediar oposiciones, las mismas deberán ser notificadas a las partes notificantes. La Autoridad Nacional de la Competencia no estará obligada a expedirse sobre tales presentaciones».

⁸⁵⁴ «Art. 14.- En todos los casos sometidos a la notificación prevista en este capítulo y dentro de los cuarenta y cinco (45) días de presentada la información y antecedentes de modo completo y correcto, la autoridad, por resolución fundada, deberá decidir:

a) Autorizar la operación;

b) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma autoridad establezca;

deberá decir lo que sucederá con la operación de concentración: autorizarla, fijarle condiciones, denegarla. Si el Tribunal de Defensa de la Competencia considera que la operación es factible de perjudicar al interés económico general, enviará un informe a las partes y las citará a una audiencia especial para llegar a un consenso respecto a las medidas de mitigación. El plazo para emitir la resolución en este último caso, puede extenderse hasta ciento veinte días. Este plazo se suspenderá de acuerdo a lo que respondan las partes al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Si el Tribunal de Defensa de la Competencia no cuenta con la información necesaria completa, puede considerarse no notificada. No obstante, habiendo transcurrido los plazos establecidos, el Tribunal de Defensa de la Competencia podría recabar información. La dilación excesiva e injustificada para requerir información es una falta grave.

El artículo 15⁸⁵⁵ permite que se dé el silencio administrativo positivo, ya que, de cumplirse el plazo indicado, se entiende que la operación quedó

c) Denegar la autorización.

En los casos en que el Tribunal de Defensa de la Competencia considere que la operación notificada tiene la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, previo a tomar una decisión comunicará a las partes sus objeciones mediante un informe fundado y las convocará a una audiencia especial para considerar posibles medidas que mitiguen el efecto negativo sobre la competencia. Dicho informe deberá ser simultáneamente puesto a disposición del público.

En los casos indicados en el párrafo precedente, el plazo de resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia podrá extenderse por hasta ciento veinte (120) días adicionales para la emisión de la resolución, mediante dictamen fundado. Dicho plazo podrá suspenderse hasta tanto las partes respondan a las objeciones presentadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá tener por no notificado el acto de concentración en cuestión, de considerar que no cuenta con la información y antecedentes –generales o adicionales– presentados de modo completo y correcto. No obstante, ante la falta de dicha información en los plazos procesales que correspondan, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá resolver con la información que pueda por sí misma obtener en ejercicio de las facultades que le reserva esta ley.

La dilación excesiva e injustificada en el requerimiento de información será considerada una falta grave por parte de los funcionarios responsables».

⁸⁵⁵ «Art. 15.- Transcurrido el plazo previsto en el artículo 14 de la presente ley sin mediar resolución al respecto, la operación se tendrá por autorizada tácitamente. La autorización tácita producirá en todos los casos los mismos efectos legales que la autorización expresa. La reglamentación de la presente ley establecerá un mecanismo a través del cual se certifique el cumplimiento del plazo que diera lugar a la referida aprobación tácita».

autorizada. Esto se conoce como «autorización tácita», la cual tendrá los mismos efectos que la autorización expresa.

El artículo 16⁸⁵⁶ consigna que aquellas operaciones de concentración que son autorizadas no pueden ser impugnadas basándose en información que ya fue verificada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, a no ser que dicha información haya sido falsa o incompleta, motivo por el cual se considerará como no notificada.

Finalmente, el último artículo del capítulo III, el artículo 17⁸⁵⁷, versa sobre el pronunciamiento del regulador. Esto es, toda vez que el mercado en cuestión corresponda a uno que se rija por un regulador, la Autoridad Nacional de la Competencia le pedirá una opinión fundada acerca del posible impacto sobre la competencia o acerca del cumplimiento del marco regulatorio. El plazo para este requerimiento es dentro de los tres días siguientes a la notificación; plazo no se suspende. El regulador tiene quince días como máximo para pronunciarse. De no pronunciarse, se entiende que está de acuerdo con que se realice la operación de concentración. Sin embargo, el pronunciamiento no es vinculante para la Autoridad Nacional de Competencia.

⁸⁵⁶ «Art. 16.- Las concentraciones que hayan sido notificadas y autorizadas no podrán ser impugnadas posteriormente en sede administrativa en base a información y documentación verificada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, salvo cuando dicha resolución se hubiera obtenido en base a información falsa o incompleta proporcionada por el solicitante, en cuyo caso se las tendrá por no notificadas, sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder».

⁸⁵⁷ «Art. 17.- Cuando la concentración económica involucre servicios que estuvieren sometidos a regulación económica del Estado Nacional a través de un ente regulador, la Autoridad Nacional de la Competencia requerirá al ente regulador respectivo una opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en la que indique: (i) el eventual impacto sobre la competencia en el mercado respectivo o (ii) sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo. La opinión se requerirá dentro de los tres (3) días de efectuada la notificación de la concentración, aun cuando fuere incompleta, pero se conocieran los elementos esenciales de la operación. El requerimiento no suspenderá el plazo del artículo 14 de la presente ley. El ente regulador respectivo deberá pronunciarse en el término máximo de quince (15) días, transcurrido dicho plazo se entenderá que el mismo no objeta operación. Dicho pronunciamiento no será vinculante para la Autoridad Nacional de la Competencia».

4. TOMA DE POSTURA: ESTÁNDAR DE EN QUÉ CONSISTE EL ABORDAJE DE LA EVALUACIÓN PREVIA A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

El procedimiento de evaluación previa a las concentraciones empresariales es útil porque permite que la autoridad de competencia se informe acerca de cuáles son los mercados pasibles de atentar contra la competencia⁸⁵⁸. El control a las concentraciones empresariales funciona como un instrumento para, efectivamente, garantizar una leal competencia. En ese sentido, la finalidad de dicho control no se ajusta a más que a mantener las condiciones de competencia⁸⁵⁹.

Por su parte, la doctrina rescata su carácter autónomo (como un control propio del derecho de la competencia), es decir, aquel control significa «ejercer una “influencia decisiva” sobre las actividades de una empresa (esto es, de controlar la adopción de decisiones relativas a la estrategia competitiva de una empresa)»⁸⁶⁰, que no solo dependerá de criterios cuantitativos, sino también cualitativos, los cuales son propios del análisis del derecho de la competencia.

Dicho esto, este control previo a las concentraciones empresariales se traduce en el procedimiento de evaluación previa, mediante el cual los agentes económicos tendrán la obligación de notificar a la autoridad de competencia acerca de su pretensión de concentrarse, generando que la autoridad responda

⁸⁵⁸ «El proceso de control previo de concentraciones empresariales ha demostrado ser un mecanismo que sirve para que la autoridad de competencia adquiera información relevante de los mercados que pueden significar un problema para la competencia. El establecimiento de estos sistemas puede contribuir a que la autoridad de competencia deje su pasividad —muy propia de la década pasada— y desarrolle un rol de atenta vigilancia de las conductas que dañan a la competencia». ROJAS LEO, Juan Francisco. “El control de las concentraciones empresariales en la perspectiva del derecho de la competencia”. En RAMÍREZ, Lorena (coordinadora). *Temas actuales de derecho de la empresa*. Lima: Palestra, 2006, pp. 61-62.

⁸⁵⁹ ROJAS LEO, Juan Francisco. “El control de las concentraciones empresariales en la perspectiva del derecho de la competencia”. Óp. Cit., pp. 47-48. «La mayor parte de estas operaciones no tiene efectos anticompetitivos. En cambio, hay otras que incrementan significativamente el poder de mercado de las empresas implicadas. Este es el sentido del control de concentraciones empresariales, cuya finalidad es preservar la estructura competitiva del mercado». LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho administrativo económico*. Navarra: Aranzadi; Civitas, 2016, p. 343.

⁸⁶⁰ ODRIOZOLA, Miguel (director). *Derecho español de la competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 2008, p. 255.

con cualquiera de estas tres alternativas: autorizar la concentración, autorizarla con condiciones, o no autorizarla⁸⁶¹. Como podemos apreciar, el procedimiento de evaluación previa a las concentraciones empresariales es un control ex ante; a su vez, se trata de un instrumento de la política de competencia.

Ahora, ¿por qué un control previo? Porque, precisamente, se quiere evitar que la competencia se distorsione, en aras de la tutela del correcto desenvolvimiento del mercado⁸⁶². Bajo ese tenor, la justificación para esta evaluación preventiva es contar con la esencial cantidad de herramientas necesarias para que la competencia sea realmente efectiva⁸⁶³.

En ese sentido, el objetivo del procedimiento de evaluación previa a las operaciones de concentración empresarial es establecer de qué manera se afecta la competencia y se perjudica al bienestar de los consumidores habiéndose producido las alteraciones en la estructura del mercado relevante en cuestión⁸⁶⁴.

Parte fundamental del control a las concentraciones empresariales es la consideración que se debe tener a la protección del consumidor, puesto que la existencia de un monopolio significa atentar contra los derechos de los consumidores, sobre todo con su libertad a elegir⁸⁶⁵. Asimismo, que esa

⁸⁶¹ Intervención de Tania Zúñiga Fernández. CRUCELEGUI, Juan Luis y otros. "Control de concentraciones empresariales: promoción de la competencia en los mercados" (mesa redonda). *Derecho & Sociedad*. Lima, número 49, 2017, p. 282.

⁸⁶² MOLINA, Carlos. "El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino". En ECHAIZ, Daniel (coordinador). *Instituciones de derecho empresarial*. Lima: APECC (Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación), 2010, p. 112.

⁸⁶³ AROZAMENA, María Jesús. *Las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas; Fundación Universidad-Empresa, 1993, p. 45.

⁸⁶⁴ «Por ello, el procedimiento de evaluación previa de las operaciones de concentración tiene como finalidad determinar si los efectos que producen dichos cambios en la estructura del mercado relevante pueden de manera significativa disminuir, limitar, restringir u obstaculizar la competencia efectiva en el mercado (*significant impediment to effective competition*).

Precisamente debido a ello, la autoridad de competencia debe evaluar no sólo los cambios en la estructura (*structure-based approach*) sino los efectos de esos cambios (*effects-based approach*), a fin de determinar si la operación de concentración afecta la dinámica competitiva de manera significativa y perjudica el bienestar de los consumidores». ZÚÑIGA, Tania. "El control de concentraciones empresariales en el Perú: fundamentos para su regulación". Óp. Cit., p. 222.

⁸⁶⁵ «Finalmente, el tema del control de las concentraciones empresariales no puede perder de vista la protección del consumidor. En efecto, es este un ámbito claro en el cual se encuentran el derecho de la

concentración no produzca beneficios para los consumidores. «En ese sentido, el análisis de concentración está orientado a evitar situaciones en las que dicha operación se traduzca principalmente en un incremento del poder de mercado de la empresa resultante sin traslado de eficiencias o beneficios en favor del consumidor»⁸⁶⁶.

Como podemos apreciar, entonces, para establecer que una operación de concentración empresarial debe ser sometida al procedimiento de evaluación previa se debe cumplir estas dos condiciones: que, evidentemente las características de dicha operación calce tanto dentro de lo que se define como «concentración empresarial», como dentro del umbral fijado⁸⁶⁷. En adición a ello, cabe recordar que cada operación de concentración empresarial tiene sus particularidades, las cuales deberán ser analizadas.

Todos estos aspectos a tener en cuenta deben ser considerados luego de que defina si, efectivamente, se está ante un caso de concentración empresarial, el cual debe cumplir con los siguientes criterios:

- 1) Cambio o modificación permanente de la estructura societaria de una de las empresas involucradas,
- 2) Poder decisivo de control sobre la empresa absorbida,
- 3) En el caso, de la creación de una empresa en común o la adquisición del control conjunto sobre una empresa, ésta debe desempeñar con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tener

competencia y el derecho de la protección al consumidor. Se controla la concentración empresarial porque, de una u otra manera, la constitución de monopolios es una señal de alerta para el respeto de los derechos de los consumidores. La sola existencia de un monopolio constituye ya una significativa afectación al derecho de los consumidores en la medida que se afecta el más significativo de sus derechos: la libertad a elegir». ROJAS LEO, Juan Francisco. "El control de las concentraciones empresariales en la perspectiva del derecho de la competencia". Óp. Cit., p. 62.

⁸⁶⁶ SARANGO, Luis. *Control o no control de fusiones en la industria regulada: extendiendo el caso del sector eléctrico al mercado de gas natural*. Óp. Cit., p. 79.

⁸⁶⁷ «En virtud del principio de legalidad, las condiciones expuestas deben ser precisadas en la ley y describir exactamente sus alcances. Para ello, un complemento importante es la vía reglamentaria, y los lineamientos para su adecuada implementación». ZÚÑIGA, Tania. "El control de concentraciones empresariales en el Perú: fundamentos para su regulación". Óp. Cit., p. 236.

por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes,

4) Cuando se puede ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, que resulte de: i) la titularidad de derechos (propiedad o de uso) a través de contratos u otros medios, sobre la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; o, ii) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa⁸⁶⁸.

Por el contrario, desde un inicio se debe desterrar la posibilidad de encontrarnos ante un caso de concentración empresarial cuando:

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

b) el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo⁸⁶⁹.

Y ya que surge la necesidad de contar con un umbral, este debe ser uno razonable: «En realidad, si se fijan los umbrales a un nivel razonable, el costo administrativo del sistema de control no tiene porqué ser elevado, siempre que se formulen criterios claros y precisos, así como también procedimientos simples y transparentes, que contemplen, por ejemplo, el silencio administrativo positivo»⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ ZÚÑIGA, Tania. "El control de concentraciones empresariales en el Perú: fundamentos para su regulación". Óp. Cit., p. 239.

⁸⁶⁹ *Ibidem*.

⁸⁷⁰ TÁVARA, José. "¿Por qué existe aún el control de fusiones en el mercado peruano?". En DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL. *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, 2004, p. 120.

Precisamente, establecer los umbrales de control recobra protagonismo porque la idea del procedimiento de control previo tampoco responde a la necesidad de someter a evaluación *ex ante* a todas las operaciones de concentración empresarial, sino, únicamente, a aquellas que signifiquen una afectación a la competencia⁸⁷¹. Es por eso que los diversos sistemas han considerado estos umbrales de control, que no son más que «los parámetros de identificación que las normas utilizan para los efectos de saber con meridiana claridad cuándo una concentración empresarial tiene que someterse al proceso y cuándo no está obligada a hacerlo»⁸⁷².

Un aspecto esencial es que estos umbrales deben establecerse de acuerdo a la realidad de cada país, ya que, como señala el profesor Rojas Leo⁸⁷³, un umbral muy alto permitiría que no se tomen en cuenta operaciones de concentración empresarial que sean proclives a afectar la competencia; por el contrario, un umbral muy bajo podría devenir en un procedimiento innecesario, costoso e ineficiente.

Bajo ese mismo tenor, es necesario establecer un umbral adecuado y un procedimiento de evaluación previa que no resulte complejo ni tedioso de sobrellevar (muestra de ello, que la ley contemple el silencio administrativo

⁸⁷¹ ROJAS LEO, Juan Francisco. “El control de las concentraciones empresariales en la perspectiva del derecho de la competencia”. *Óp. Cit.*, p. 59. «La legislación debe establecer con claridad los umbrales a partir de los cuales la notificación es obligatoria, así como también los plazos para presentar la notificación. Se trata de reducir al mínimo la lentitud burocrática, así como de facilitar la entrega de la información relevante que las autoridades necesitan para tomar una decisión». TÁVARA, José y Luis DIEZ CANSECO. “Estabilizando el péndulo. Control de fusiones y concentraciones en el Perú”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 47, 2003, pp. 172-173.

⁸⁷² ROJAS LEO, Juan Francisco. “El control de las concentraciones empresariales en la perspectiva del derecho de la competencia”. *Loc. Cit.*

⁸⁷³ «Los “umbrales” deben ser construidos con mucho cuidado y para cada realidad en particular. Un “umbral” excesivamente alto podría dejar fuera del control a procesos importantes y de riesgo; y un “umbral” demasiado bajo podría ser una intromisión innecesaria, costosa y poco eficiente, en el proceso de crecimiento de las empresas y de los mercados.

Las legislaciones internacionales utilizan indistintamente la participación de mercado de las empresas involucradas en el proceso, lo cual es complicado porque requiere de la definición del mercado relevante, y el volumen de ventas en un período de tiempo, normalmente el ejercicio fiscal anterior, lo que también tiene complicaciones en cuanto a la posibilidad de que existan empresas con grandes volúmenes de venta, pero reducida participación de mercado». ROJAS LEO, Juan Francisco. *Óp. Cit.*, p. 60.

positivo)⁸⁷⁴. Sumado a esto, para que el coste que asumirá la autoridad de competencia en el control de concentraciones sea razonable, fijando una determinada tasa que será asumida por las empresas que busquen concretar la operación de concentración empresarial⁸⁷⁵.

Una cuestión que hizo notar Juan Luis Crucelegui en un evento académico realizado en el año 2017, fue el tratamiento de las fusiones que tienen un carácter trasnacional, las cuales involucran que sean varias autoridades de competencia las que estén al tanto, motivo por el cual se propone una cooperación internacional entre las agencias de competencia de distintos países⁸⁷⁶.

De manera concluyente, el diseño del control previo debe enfocarse en el umbral establecido gracias al aval de un sustento técnico y en un adecuado

⁸⁷⁴ «En realidad, el diseño de un buen sistema de control de las concentraciones debe especificar, de manera adecuada, el umbral a partir del cual las empresas que desean fusionarse están obligadas a solicitar autorización previa. Es fácil caricaturizar y luego criticar el control de concentraciones pretendiendo que se trata de un estatismo controlista que intenta impedir la fusión de las bodegas de barrio. En realidad, si se fijan los umbrales a un nivel razonable, el costo administrativo del sistema de control no tiene porqué ser elevado, siempre que se formulen criterios claros y precisos, así como también procedimientos simples y transparentes, que contemplen, por ejemplo, el silencio administrativo positivo». TÁVARA, José. “¿Por qué existe aún el control de fusiones en el mercado peruano?”. Óp. Cit., p. 120.

⁸⁷⁵ «Tenemos que ver las operaciones que tengan una dimensión importante, no vamos a controlar operaciones pequeñas que no producen efectos en el mercado, porque eso resta tiempo y dinero al Estado, y por tanto hay que evitarlo. Debemos buscar las operaciones que tengan un impacto en el mercado.

Ahora, para financiar estas operaciones se puede establecer una tasa –como se ha hecho en muchos lugares– que las empresas que se fusionan tienen que pagar a la autoridad por el trabajo que le cuesta, y así buscar sistemas de autofinanciamiento para este tipo de trabajo a la autoridad de competencia». Intervención de Juan Luis Crucelegui Gárate. CRUCELEGUI, Juan Luis y otros. “Control de concentraciones empresariales: promoción de la competencia en los mercados” (mesa redonda). *Derecho & Sociedad*. Lima, número 49, 2017, p. 286.

⁸⁷⁶ «Hoy en día gran parte de las fusiones tienen un carácter trasnacional y, por tanto, las soluciones no vienen solamente dadas por una autoridad de competencia, sino por varias autoridades de competencia. Tiene que haber una cooperación internacional entre las agencias de competencia, para que las condiciones que se impongan a estas operaciones de concentración estén coordinadas entre estas autoridades». Intervención de Juan Luis Crucelegui. CRUCELEGUI, Juan Luis y otros. Mesa Redonda: “Control de concentraciones empresariales: promoción de la competencia en los mercados”. Óp. Cit., pp. 285-286.

procedimiento que especifique de manera clara y precisa los criterios de evaluación⁸⁷⁷.

En ese sentido, estamos de acuerdo con lo beneficioso que resulta un sistema de control de concentraciones empresariales, puesto que gracias al procedimiento de evaluación previa la autoridad de competencia conoce el desenvolvimiento de los mercados, obtiene, además, información respecto a la dinámica de los mercados específicos y a la de los mercados colaterales, generando, así, un rol más activo frente a las conductas que atentan contra la libre competencia⁸⁷⁸.

Evidentemente, el control previo de concentraciones empresariales no implica un alejamiento del respeto a la libertad de iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libertad contractual⁸⁷⁹.

Por eso podemos decir que, contrariamente a lo que muchos han pretendido hacer pensar, la ley de control previo no atenta contra la inversión privada ni frena el crecimiento de las empresas. Más bien, se trata de una garantía para que estas compitan en un escenario seguro⁸⁸⁰.

⁸⁷⁷ Intervención de Tania Zúñiga Fernández. Ídem, p. 289.

⁸⁷⁸ Intervención de Luis Diez Canseco. En ROJAS LEO, Juan Francisco, Luis DIEZ CANSECO y Miguel CANDELA. Mesa redonda: "Cambios en libre competencia. Los funcionarios no pueden actuar ideológicamente". *Ius et Veritas*. Lima, número 30, 2005, p. 374.

⁸⁷⁹ «Un segundo grave error que podríamos cometer respecto del control de concentraciones económicas es atribuirle el carácter de normas que significan una invasión o el desconocimiento de la libertad de iniciativa privada, de la libertad de empresa y de la libertad contractual. Es decir, atribuirles el carácter de normas contrarias al libre ejercicio del derecho de propiedad, en su manifestación más directa con la economía.

Desde un punto de vista particular, sostengo que el error enunciado se genera como consecuencia de las prédicas —muy frecuentes en la década pasada y todavía de gran arraigo en los medios de comunicación— en el sentido de que la libertad de empresa, con todo su contenido explícito, es ilimitada.

El ejercicio de cualquier derecho sin limitación alguna deja de ser libertad y se convierte más bien en arbitrariedad. Ninguna libertad puede ser ejercida de manera irrestricta en un Estado Democrático de Derecho y menos en una economía social de mercado como consagra la Constitución Política del Perú». ROJAS LEO, Juan Francisco. "El control de las concentraciones empresariales en la perspectiva del derecho de la competencia". Óp. Cit., pp. 53-54.

⁸⁸⁰ «En consecuencia, la conclusión que válidamente se puede extraer es que la aprobación de leyes de control de la concentración empresarial no frena la inversión, ni nacional ni extranjera, es decir, no detiene el crecimiento de las empresas y los mercados y que, por el contrario, estas leyes son un

CAPÍTULO V: EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO PERUANO APLICABLE A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

El procedimiento de evaluación previa a las operaciones de concentración empresarial se ha presentado en gran parte de países. Ahora bien, en los últimos años se le ha dado énfasis a esta preocupación en el Perú, debido a dos casos coyunturales por los cuales el tema regresó al debate: Backus e Inretail. Es por ello que iniciaremos este capítulo mencionándolos brevemente para tenerlos en cuenta como una introducción al meollo del asunto.

En dicho sentido, la intención de este capítulo es resaltar cómo se ha ido desarrollando el marco normativo del control de concentraciones empresariales en el Perú, desde la Ley N.º 26876 (Ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico) en 1997 hasta la Ley N.º 31112 en 2021.

Bajo ese tenor, se abordará un desarrollo cronológico normativo: la Ley N.º 26876, la cual controló concentraciones empresariales pero únicamente del sector eléctrico; el Decreto de Urgencia N.º 013-2019, el mismo por el que se cuestionó la constitucionalidad de un decreto de urgencia; el Decreto Legislativo N.º 1510, el que modificó e incorporó disposiciones al Decreto de Urgencia N.º 013-2019; y, finalmente, la Ley N.º 31112 y los Decretos Supremos N.º 039 y 121-2021-PCM, normas vigentes respecto al tema en mención.

Por último, responderemos si, a pesar de que ya existe una ley de concentraciones empresariales, el problema está resuelto o no. Para ello, sustentaremos nuestra respuesta abordando tres aspectos: el porqué del apuro en legislar una materia delicada que requiere un planeamiento adecuado para evitar obstaculizar en vez de solucionar el problema, teniendo en cuenta la

interesante instrumento utilizado por los Estados para garantizar a los inversionistas el respeto a las normas de competencia y, también, una garantía para que la inversión privada tenga condiciones favorables para competir, sin que corra el riesgo de tener que salir del mercado ante la presencia de una concentración empresarial que no acepta la competencia o que hace todo lo posible por eliminarla». ROJAS LEO, Juan Francisco. Óp. Cit., p. 52.

influencia de la OCDE; los umbrales de notificación sin efectos prácticos; y la debilidad del modelo del Indecopi y su necesidad de reforma.

1. DOS DE LOS CASOS QUE HAN PASADO DESAPERCIBIDOS: BACKUS E INRETAIL

Como sabemos, en Perú han existido —y existen hasta el día de hoy— casos emblemáticos donde grupos empresariales se han concentrado (generalmente, mediante fusiones) con el propósito de obtener un dominio exacerbado del sector económico donde corresponden. Es así que tenemos al mercado de las cervezas y al de las farmacias como los más representativos.

La Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi ha descrito, de manera ilustrativa, el desarrollo del mercado peruano de cervezas⁸⁸¹. En el siglo XIX empezaron a surgir estas empresas: Cervecería Pilsen en 1863, Cervecería Backus y Johnston en 1879, y Compañía Cervecera del Sur-Cervesur en 1898. A inicios del siglo XX, la Cervecería Pilsen cambió su nombre por Compañía Nacional de Cerveza (CNC). Por su parte, apareció Cerveza Trujillo en 1918. Backus y Johnston lanzó como su nueva marca a «Cristal».

En Pucallpa surgía la Cervecería San Juan (1971); en Motupe, Cervecería del Norte (1972). Años más tarde, en 1994, Compañía Nacional de Cerveza, Backus y Johnston, y Sociedad Cervecera de Trujillo se integraron bajo Backus y Johnston. En 1995 el mercado limeño de cervezas recibe a Cervesur, la cual ingresó con una nueva marca: «Cusqueña», provocando la reacción de Backus y Johnston, que crea a «Cristal Light». Al año siguiente, 1996, la expresión anticompetitiva fue expandiéndose: Backus y Johnston (que incluía a Cervecería Backus y Johnston, Compañía Nacional de Cerveza y Sociedad Cervecera de Trujillo) se unió con Cervecería del Norte para formar la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston (UCPBJ).

⁸⁸¹ INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (Indecopi). *Dinámica de mercado en el largo plazo: el caso de la industria de cervezas en el Perú*. Documento de Trabajo N.º 02-2015/GEE. Lima: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, 2015, pp. 5-7.

Sin embargo, ahí no quedó la cuestión, sino que en el año 2000 la UCPBJ compró a Cervesur, acaparándose, prácticamente, del mercado peruano de cervezas. En el 2002 la compañía colombiana Bavaria adquiere a la UCPBJ. Tres años más tarde, Bavaria fue adquirida por la empresa sudafricana SABMiller. Poco después de estos acontecimientos, se acercaron nuevos ingresos a este mercado: la empresa brasileña Ambev (2005), AJE Group con su nueva marca «Franca» (2007) y Anpay (2009).

Lo anterior llevó a la conclusión de que en el año 2004 la UCPBJ tenía una cuota de mercado de 100%; pero esta situación cambió con el ingreso de Ambev, puesto que hoy en día alcanza un porcentaje cerca al 95%⁸⁸².

En ese sentido, el 8 de enero de 2004 Ambev Perú, sociedad mercantil subsidiaria de la empresa brasileña Ambev, interpuso una demanda contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (UCPBJ), Compañía Cervecera del Sur S.A.A. (Cervesur), Cervecería San Juan S.A.A., Malteria Lima S.A., el Comité de Fabricantes de Cerveza de la Sociedad Nacional de Industrias⁸⁸³, y la Confederación de Titulares de Marcas Cerveceras Peruanas, por infringir la competencia. Cervesur, Cervecería San Juan y Malteria Lima pertenecen a la UCPBJ.

A su vez, uno de los motivos por los cuales nos interesó abordar el presente trabajo acerca del control previo a las concentraciones empresariales fue la Resolución N.º 078-2016/CLC-INDECOPI, la cual, debido a la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de precios entre enero de 2008 y marzo de 2009, sancionó a las cadenas de farmacias más conocidas de nuestro país⁸⁸⁴: Albis S.A. (Arcángel: 866.99 UIT), Eckerd Perú S.A. (Inkafarma: 931.21 UIT), Farmacias Peruanas S.A. (Fasa:

⁸⁸² Ídem, p. 10.

⁸⁸³ «El Comité es un órgano colegiado conformado al interior de la SNI [Sociedad Nacional de Industrias] representativa de las industrias cervecera y maltera. Tiene como fines principales propender el desarrollo y superación de las industrias cervecera y maltera, encargarse de la publicidad institucional de las mismas, procurar la cooperación de sus asociados, entre otros». Resolución N.º 010-2004-INDECOPI/CLC, p. 2.

⁸⁸⁴ La cadena conocida que no pertenece a Inretail es Boticas & Salud.

349.18), Mifarma S.A. (Mifarma: 32.65 UIT) y Nortfarma S.A.C. (Felicidad: 94.43 UIT).

Lo que sucedió, en concreto, fue la concertación para elevar los precios de treinta y seis medicamentos, de los cuales veintiuno se venden con receta médica. De esta manera, la afectación se tornó evidente debido a que los consumidores se vieron —prácticamente— obligados a comprarlos bajo las condiciones de estas cadenas; es decir, a precios más elevados y sin muchas posibilidades de elección.

¿Y por qué tiene que ver el control previo a las concentraciones empresariales? Porque, precisamente, para evitar este tipo de sanciones por prácticas colusorias, la alternativa factible que proseguiría —poniéndonos en la posición de estas empresas— es la de concentrarse, ya que en el Perú, en ese entonces, no hubo un régimen general de control previo a las concentraciones empresariales. Es así que en enero de 2018 se anunció que Inretail, empresa del grupo Intercorp y propietaria de Inkafarma, compró al grupo Química Suiza S.A. (Quicorp) por 583 millones de dólares, el que, a su vez, es dueño de Mifarma y que en años anteriores había adquirido Arcángel, BTL y Fasa. Con esto, según información brindada por voceros de Inretail y la que fue publicada en la página *Semanaeconómica*, Inretail acumula 2043 puntos de venta, lo cual se traduce en el 18% de los más de 11000 establecimientos pertenecientes a este mercado⁸⁸⁵.

A su vez, Inretail se convirtió en propietario del 83% de participación en el mercado farmacéutico y, para el presidente de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (Aspec), este dominio permite que se pueda fijar los precios de manera arbitraria⁸⁸⁶. Además de ello, los representantes de Inretail

⁸⁸⁵ SEMANA ECONÓMICA. *InRetail compró Química Suiza, dueña de MiFarma, por US\$583 millones*. Lima, 26 de enero, 2018. Consulta: 15 de septiembre de 2019. <http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/consumo-masivo/264700-inretail-compro-quimica-suiza-dueno-de-mifarma-por-us583-millones/?ref=f-arc>

⁸⁸⁶ DIARIO GESTIÓN. *Aspec: InkaFarma ya concertó precios con otras farmacias*. Lima, 29 de enero, 2018. Consulta: 15 de septiembre. <https://gestion.pe/economia/empresas/aspec-confiar-inkafarma-concerto-precios-farmacias-226013-noticia/>

señalaron que el 34% de participación en el mercado es de ellos y que el otro 66% lo ocupan las farmacias independientes, clínicas y hospitales. No obstante, la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (Digemid) refutó lo señalado comentando que se ha reducido la cantidad de farmacias independientes (en el año 2009 el 60% de participación era de las cadenas)⁸⁸⁷.

En conclusión, esta compra por parte de Inretail ha significado un golpe a la competitividad: el apoderamiento de las cadenas de farmacias con mayor presencia comercial en nuestro país pertenece a un solo dueño. Los consumidores reducen, por tanto, sus posibilidades para decidir dónde les conviene adquirir sus productos. Considerando, además, que al tener un dominio considerable en el mercado de farmacias, está proclive a plantear precios desmesurados fuera del alcance de quienes más lo necesitan y no pueden comprarlos debido a la desproporcionalidad con su capacidad adquisitiva.

Lamentablemente, estos consumidores son los más perjudicados como consecuencia de la afectación a la competencia. Y, tal vez, más lamentable aún, no se puede retrotraer el instante de la compra para la respectiva evaluación previa, puesto que no existía dicho control en ese entonces y, por más de que hace algunos meses ya sea vigente, solo queda que el Indecopi esté atento ante alguna injerencia abusiva.

2. DESARROLLO CRONOLÓGICO NORMATIVO

Como nos presenta el actual contexto, en Perú ya existe una ley de concentraciones empresariales. Incluso ya se emitió el reglamento respectivo y se modificó el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi para albergar un espacio en cuanto a las concentraciones empresariales.

⁸⁸⁷ ENFOQUE DERECHO. *Editorial: ¿Rumbo al monopolio?* Lima, 29 de enero, 2018. Consulta: 15 de septiembre de 2019. <https://www.enfoquederecho.com/2018/01/29/editorial-rumbo-al-monopolio/>

Tiempo atrás no se reguló el control previo a las concentraciones empresariales⁸⁸⁸. Para llegar a la ley vigente, hubo más de diez proyectos de ley de distintas bancadas que fueron emitidos en su momento durante los últimos quince años, aproximadamente, pero no se llegó a concretar la ley correspondiente.

En vez de ello, con la intención de frenar el interés albergado por los legisladores y por los conformantes del Ejecutivo de aquel entonces, el 19 de noviembre de 2019 se dictó el Decreto de Urgencia N.º 013-2019, denominado «Decreto de urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial», con lo cual se dio luz verde a un procedimiento de evaluación previa en el Perú. Este decreto de urgencia apresuró innecesariamente el tratamiento del control de concentraciones empresariales. Fue la manifestación más cercana a una ley general de concentraciones empresariales.

Luego, teniendo como base el contenido del decreto de urgencia señalado, se dio paso a la Ley N.º 31112 (después del Decreto Legislativo N.º 1510), estableciendo como condiciones para su vigencia la emisión del reglamento respectivo y la modificación del TUPA del Indecopi. Dicha ley está vigente, a pesar de lo controversial que resulta la premura de su dación.

En lo que respecta a este punto, en los siguientes apartados abordaremos cómo el control previo fue tratándose e inmiscuyéndose en la actividad legislativa de Perú a lo largo de la década de los noventa hasta el presente.

⁸⁸⁸ Lo que sí se manifestó fue algunas menciones acerca de las fusiones y adquisiciones, pero desde la perspectiva del derecho mercantil y del derecho tributario. QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La concentración de empresas y la libre competencia*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Cultural Cuzco, 1997, p. 168.

2.1. Ley N.º 26876: incipiente aproximación a la regulación de concentraciones empresariales (sector eléctrico)

En 1991, ante la política económica propugnada en los noventa (promoción de la iniciativa privada), se promulgó el Decreto Legislativo N.º 701 («Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia») —lo que luego pasaría a ser el Decreto Legislativo N.º 1034 («Ley de represión de conductas anticompetitivas») — para proteger a la competencia y, por ende, a los consumidores. Cabe señalar que dicho decreto legislativo no incluyó a las formas de concentración empresarial como parte de las prácticas restrictivas que constaron en él; en ese sentido, no se consideró al control de concentraciones empresariales⁸⁸⁹.

Por su parte, la derogada ley de concesiones eléctricas (Decreto Ley N.º 25844), a través de su artículo 122⁸⁹⁰, buscó impedir la integración vertical, estableciendo, en un principio, una prohibición *per se*, puesto que no había excepción, ni siquiera por la eficiencia que podría causar o por el beneficio a los consumidores. Posteriormente, este artículo fue modificado mediante el artículo 13 de la Ley N.º 26876⁸⁹¹, publicada el 19 de noviembre de 1997, y, así, se pasó de la prohibición *per se* a la *rule of reason*, o sea, el acto de concentración se permite cuando no afecta a la competencia⁸⁹².

⁸⁸⁹ LAMA, Héctor. “El origen y control de las concentraciones económicas”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, número 76, 2007, p. 270.

⁸⁹⁰ «Artículo 122.- Las actividades de generación, de transmisión perteneciente al Sistema Principal y de distribución de energía eléctrica no podrán efectuarse simultáneamente por un mismo titular, salvo en los casos previstos en la presente Ley».

⁸⁹¹ «Artículo 13.- Modifícase el Artículo 122 del Decreto Ley N° 25844, en los términos siguientes:

Artículo 122°.- Las actividades de generación y/o de transmisión perteneciente al Sistema principal y/o de distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de éste, salvo lo dispuesto en la presente Ley.

Quedan excluidos de dicha prohibición, los actos de concentración de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución, que no impliquen una disminución daño o restricción a la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados».

⁸⁹² REBAZA, Alberto. “El control de adquisiciones y fusiones en la nueva ley antimonopolio del sector eléctrico: una raya más al tigre del intervencionismo”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 36, 1997, p. 94.

El sector eléctrico fue considerado uno de gran trascendencia, motivo por el cual se implementó un régimen de control previo de concentraciones empresariales exclusivamente para ese sector. Bajo ese tenor, se promulgó la Ley N.º 26876, y se aprobó su reglamento respectivo mediante el Decreto Supremo N.º 017-98-ITINCI, delegándole al Indecopi la facultad de ejercer dicho control previo.

El artículo 1 de la Ley N.º 26876⁸⁹³ señaló la prohibición de las concentraciones verticales y horizontales en la generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica y el procedimiento de autorización previa bajo el cual debían someterse. Asimismo, consideró que aquellas operaciones de concentración empresarial pueden darse no solo a través de una fusión, sino también a través contratos de colaboración empresarial, adquisiciones de acciones y otras figuras análogas (artículo 2⁸⁹⁴). Los casos factibles de autorización por parte del Indecopi fueron los siguientes:

Artículo 3.- Antes de realizar actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, con las condiciones y características establecidas en el párrafo siguiente, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del

⁸⁹³ «Artículo 1.- Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados».

⁸⁹⁴ «Artículo 2.- Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación "joint venture", asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

No se considera que existe concentración cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo».

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno.

Deberá solicitarse la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquellos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados.

No será necesaria la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, en los siguientes casos:

- a) Si la concentración importa, en un acto o sucesión de actos, la adquisición directa o indirecta de activos productivos de un valor inferior al 5% del valor total de los activos productivos de la empresa adquirente, calculados de acuerdo a los criterios que se establezcan en el Reglamento de la presente Ley, tomando en consideración la influencia y las condiciones de competencia en el mercado.
- b) Si la concentración implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación directa o indirecta por parte del adquirente de menos del 10% del total de las acciones o participaciones con derechos a voto de otra empresa. No obstante lo expuesto, se requerirá necesariamente de autorización, si el acto de concentración permite adquirir el control directo o indirecto de la empresa que desarrolla alguna de las actividades eléctricas mencionadas⁸⁹⁵.

Ante ello, podemos concluir este apartado con la siguiente interrogante: ¿fue útil la existencia del control previo de concentraciones empresariales para el sector eléctrico? No, porque es un sector bastante regulado, reduciendo, así,

⁸⁹⁵ Artículo 3 de la Ley N.º 26876: Ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico.

la posibilidad de que se genere una situación monopólica. Esto empalma con la experiencia que tuvo el Indecopi: prácticamente, autorizó todas las operaciones de concentración empresarial que le fueron notificadas, y las que restringió han sido muy pocas, exigiéndoles el cumplimiento de condiciones específicas. Por todo lo anterior, la Ley N.º 26876 no tuvo la utilidad práctica esperada.

2.2. Decreto de Urgencia N.º 013-2019: apresuramiento innecesario y la constitucionalidad de un decreto de urgencia

En el Perú se presentó un sinnúmero de propuestas legislativas para regular el control previo a las concentraciones empresariales. Consideramos las cuatro últimas. En primer lugar, la del año 2005, el Proyecto de Ley N.º 14199/2005-CR, versaba sobre una reforma total de la legislación en materia de competencia; es así que el control previo constaba dentro de un capítulo de mencionado proyecto de ley. Como menciona la profesora Tania Zúñiga Fernández⁸⁹⁶, esta iniciativa provino del Indecopi, quien tenía como presidente a Santiago Francisco Roca Tavella. En ese sentido, no fue una propuesta representativa del Poder Ejecutivo, puesto que el Ministerio de Economía y Finanzas mostró su desacuerdo ante la implementación del control previo a las concentraciones empresariales.

Siete años más tarde, en el 2012, se presentó el Proyecto de Ley N.º 972/2011-CR, el cual proponía un control previo a las concentraciones empresariales que se suscitaran en todos los sectores económicos; sin embargo, no fue debatida en el Pleno del Congreso. Años después, esta iniciativa fue reactivada a través del Proyecto de Ley N.º 367/2016-CR presentado por el congresista Marco Arana Zegarra. Es más, ese mismo año, 2016, el congresista Yonhy Lescano Ancieta presentó el Proyecto de Ley N.º 353/2016-CR, el cual, según la apreciación de la profesora Tania Zúñiga,

⁸⁹⁶ Intervención de Tania Zúñiga Fernández. CRUCELEGUI, Juan Luis y otros. Mesa Redonda: “Control de concentraciones empresariales: promoción de la competencia en los mercados”. Derecho & Sociedad. Lima, número 49, 2017, p. 284.

«presenta un texto muy escueto e incompleto desde el punto de vista técnico»⁸⁹⁷.

El debate acerca de la importancia de incluir un control ex ante al sistema de control a las concentraciones empresariales volvió a surgir, precisamente, a inicios del 2018, poco después del proyecto de ley presentado por el congresista Jorge Del Castillo Gálvez (Proyecto de Ley N.º 2604/2017-CR), quien fue asesorado por Zúñiga.

Sin embargo, contra todo pronóstico de cursarle celeridad al tema en cuestión, el 19 de noviembre del 2019 el Ejecutivo presentó el Decreto de Urgencia N.º 013-2019 («Decreto de urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial»). En las siguientes líneas expondremos, de manera puntual, de qué tratan los artículos más resaltantes.

El artículo 1⁸⁹⁸, concerniente al objeto de la ley, expresó que la finalidad de dicho decreto de urgencia es promover la eficiencia económica en los mercados. ¿Acaso ese fue el verdadero y único motivo por el cual hubo tanto apresuramiento en regular el tema? Al menos con la ley vigente se especificó que la finalidad es, en primer lugar, promover la competencia efectiva.

Por otro lado, distinto a las disposiciones de las legislaciones latinoamericanas que señalamos en anteriores apartados, el decreto de urgencia contempló en el artículo 4⁸⁹⁹ los tres principios del procedimiento de

⁸⁹⁷ Intervención de Tania Zúñiga Fernández. Ídem, p. 285.

⁸⁹⁸ «Artículo 1.- Objeto

El presente decreto de urgencia tiene por objeto establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores».

⁸⁹⁹ «Artículo 4.- Principios del procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

En el procedimiento de control previo, la autoridad tiene en cuenta, además de los principios establecidos en el Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los siguientes principios:

1. Principio de proporcionalidad: Las decisiones de los órganos competentes, cuando establezcan condiciones, obligaciones de hacer o de no hacer, califiquen infracciones, impongan sanciones o alguna otra medida de restricción de un derecho relativo a la operación de concentración, guardan conformidad con los límites de la facultad atribuida por ley manteniendo la debida proporción entre

control previo de operaciones de concentración económica, los cuales regirán a lo largo de ella: el principio de proporcionalidad, el principio de transparencia e independencia y el principio de confidencialidad.

Se consideró cuatro modalidades de operaciones de concentración económica (artículo 5⁹⁰⁰): la fusión; la adquisición; la constitución de dos o más

los medios a emplear y los fines públicos que deba proteger a fin de que respondan a lo estrictamente necesario.

2. Principio de transparencia e independencia: Los órganos competentes actúan en el desarrollo del procedimiento de control previo de manera transparente y con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole, demostrando independencia respecto de sus apreciaciones personales, o de influencias de intereses económicos o políticos. Las entidades o autoridades, funcionarios o servidores públicos o terceros están prohibidos de oponerse, interferir o dificultar el ejercicio de las funciones y atribuciones conferidas por el presente decreto de urgencia a los órganos competentes.
3. Principio de confidencialidad: Los órganos competentes guardan reserva respecto de la información a la que tengan acceso en el procedimiento de control previo, otorgándole, en su caso, el carácter de confidencial, evitando que se ponga en peligro el interés legítimo de las empresas o de las personas naturales involucradas. Están prohibidos de divulgar el secreto empresarial, comercial o industrial de los agentes económicos o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad».

⁹⁰⁰ «Artículo 5.- Operaciones de concentración empresarial

- 5.1 Es todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control permanente de una empresa o parte de ella. Dichas concentraciones pueden producirse a consecuencia de las siguientes operaciones:
 - a. Una fusión de dos o más agentes económicos, los cuales eran independientes antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.
 - b. La adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.
 - c. La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí de una empresa en común, joint venture o cualquier otra modalidad contractual análoga que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos, de tal forma que dicho agente económico desempeñe de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.
 - d. La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.
- 5.2 No son actos u operaciones de concentración empresarial sometidos al presente decreto de urgencia:
 - 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.

agentes económicos independientes de una empresa en común, joint venture u otros; la adquisición del control directo o indirecto de activos productivos operativos.

En cuanto al umbral (artículo 6⁹⁰¹), se estableció que una operación de concentración empresarial será obligatoria de ser notificada cuando, por un lado, la suma de las ventas o ingresos brutos anuales de las empresas que deseen concentrarse sea igual o mayor a 118 000 UIT, y cuando, por otro lado, las ventas o ingresos brutos anuales de por lo menos dos de estas empresas sean igual o mayor a 18 000 UIT cada una. Cumpliendo ello, estarán obligados

-
- d. El control que se adquiera sobre un agente económico como resultado de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de una concesión, reestructuración patrimonial, insolvencia, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo.
 - e. Cuando las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros o del mercado de capitales cuya actividad normal constituya la negociación y transacción de títulos, por cuenta propia o de terceros, posean con carácter temporal acciones o participaciones que hayan adquirido de una empresa con el propósito de revenderlas, siempre que no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas acciones o participaciones con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa.
 - f. La adquisición de derechos por parte de un agente económico que previamente no haya participado en el mercado relevante o los mercados relacionados, que le permitan ejercer control sobre la totalidad o parte de un agente económico que participa en cualesquiera de dichos mercados, en los términos que establece el reglamento de este decreto de urgencia».

⁹⁰¹ «Artículo 6.- Umbral para el control previo de operaciones de concentración empresarial

- 6.1 Una operación de concentración empresarial se sujeta al procedimiento de control previo cuando de manera concurrente se cumpla lo siguiente:
 - a. La suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales 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 ciento dieciocho mil (118 000) UIT.
 - b. El valor de las ventas o ingresos brutos anuales en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial hayan alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a dieciocho mil (18 000) UIT cada una.
- 6.2 Si antes de su ejecución la operación de concentración empresarial se encuentra comprendida dentro del umbral previsto, los agentes económicos presentan una solicitud de autorización ante la Comisión, entendiéndose por esta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi. Esta solicitud se tramita bajo el procedimiento de control previo establecido en el presente decreto de urgencia.
- 6.3 El Indecopi puede proponer la actualización del valor del umbral siempre que se justifique la necesidad de dicha actualización, de conformidad con el objeto del presente decreto de urgencia. La modificación del valor del umbral sigue las siguientes reglas:
 - a. Cuando el umbral se eleva, se aprueba mediante decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas.
 - b. Cuando el umbral disminuye, se aprueba por ley».

a presentar una solicitud de concentración ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.

Lo curioso de este artículo es que muestra el cambio en la determinación del umbral, el cual, a propuesta del Indecopi, puede elevarse mediante decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas, y puede disminuirse mediante aprobación a través de una ley.

El artículo 7⁹⁰² versó acerca de las tres alternativas de decisión que puede tomar la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en primera

⁹⁰² «Artículo 7.- Análisis de la operación de concentración empresarial

- 7.1 En el procedimiento de control previo, el órgano competente evalúa los efectos de la operación de concentración, a fin de identificar si produce una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados.
- 7.2 En el procedimiento de control previo, el órgano competente tiene en consideración, entre otros, los siguientes factores:
 - a. La estructura del mercado involucrado.
 - b. La competencia real o potencial de los agentes económicos en el mercado.
 - c. La evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate.
 - d. Las fuentes de distribución y comercialización.
 - e. Las barreras legales o de otro tipo para el acceso al mercado.
 - f. El poder económico y financiero de las empresas involucradas.
 - g. La creación o fortalecimiento de una posición de dominio.
 - h. La generación de eficiencias económicas.
- 7.3 Si en el procedimiento de control previo se determina que la operación de concentración empresarial no produce una restricción significativa de la competencia, el órgano competente autoriza la operación.
- 7.4 Si en el procedimiento de control previo se determina que la operación de concentración empresarial podría generar una restricción significativa de la competencia, la Comisión puede:
 - a. Autorizar la operación, siempre que los agentes económicos solicitantes demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos de la posible restricción significativa de la competencia.
 - b. Autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial. Dichas condiciones pueden basarse en los compromisos ofrecidos por los agentes económicos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8.
 - c. No autorizar la operación, cuando los agentes económicos solicitantes no demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos de la posible restricción significativa de la competencia y no sea posible establecer condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial.
- 7.5 En el análisis de la capacidad de la operación de concentración empresarial para producir eficiencia económica, se pueden considerar eficiencias productivas, de asignación o innovativas. Las eficiencias económicas cumplen los siguientes requisitos:
 - a. Ser demostradas por los agentes económicos solicitantes.
 - b. Tener un carácter inherente a la concentración.

instancia: autorizar la operación de concentración, autorizarla con condiciones o, simplemente, no autorizarla. La carga de la prueba del impacto anticompetitivo le corresponde a la autoridad competente, mientras que la carga de la prueba de la naturaleza, magnitud y probabilidad de las eficiencias económicas corresponde a los agentes económicos. Ahora, estas eficiencias económicas deben significar un beneficio a los consumidores.

Como es de esperarse, los agentes económicos presentan compromisos para evitar o mitigar los posibles efectos anticompetitivos (artículo 8⁹⁰³). El órgano competente puede comunicar estos compromisos a terceros, de ser necesario. Si la autoridad determina que los compromisos planteados realmente mitigan los efectos, autoriza la operación y concluye el procedimiento. El

-
- c. Estar dirigidas a compensar los efectos restrictivos a la competencia identificados y mejorar el bienestar de los consumidores.
 - d. Ser susceptibles de ser transferidas al consumidor.
 - e. Ser verificables por la autoridad.
- 7.6 La carga de la prueba respecto del impacto anticompetitivo de la operación de concentración empresarial corresponde a la autoridad competente. La carga para probar la naturaleza, magnitud y probabilidad de las eficiencias económicas corresponde a los agentes económicos involucrados en la operación de concentración.
- 7.7 La sola creación o fortalecimiento de la posición de dominio no constituye una prohibición de la operación de concentración empresarial, siendo necesario evaluar los efectos restrictivos de la competencia en el mercado, sin perjuicio de lo dispuesto por el numeral 7.6 del presente artículo».
- ⁹⁰³ «Artículo 8.- Compromisos propuestos por los agentes económicos durante el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial
- 8.1 Durante el desarrollo del procedimiento de control previo, los agentes económicos pueden presentar al órgano competente una propuesta de compromisos destinados a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de análisis.
- 8.2 Los compromisos propuestos por los agentes económicos pueden ser comunicados por el órgano competente a terceros, en la medida en que ello resulte necesario para su evaluación, de conformidad con la finalidad del presente decreto de urgencia.
- 8.3 Si el órgano competente determina que los compromisos propuestos evitan o mitigan los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de análisis, autoriza la operación sujeta a dichos compromisos y da por concluido el procedimiento de control previo.
- 8.4 El procedimiento de control previo se suspende hasta que la autoridad se pronuncie sobre la propuesta presentada por los agentes económicos, hasta por un plazo de quince (15) días hábiles en la respectiva fase. De común acuerdo, el órgano competente y los agentes económicos pueden suspender adicionalmente el procedimiento de control previo por un plazo de quince (15) y treinta (30) días hábiles en la primera y segunda fase respectivamente.
- 8.5 La oportunidad y los requisitos para presentar y modificar la propuesta de compromisos, las reglas complementarias para su tramitación y el plazo de suspensión del procedimiento se establecen en el reglamento del presente decreto de urgencia».

procedimiento queda suspendido hasta que la autoridad se pronuncie por un plazo máximo de 15 días hábiles en la primera fase y 30 días hábiles en la segunda fase.

En el artículo 9⁹⁰⁴ figura lo pertinente a la revisión de condiciones. La autoridad revisa las condiciones bajo las cuales se ha aceptado aprobar una operación de concentración empresarial luego del plazo que establece para ello. Establece un nuevo plazo en caso de que decida mantener la condición o modificarla. Los agentes económicos pueden solicitar que se deje sin efecto o que se modifique la condición si es que esta varía.

La solicitud de autorización para que se lleve a cabo la operación de concentración empresarial produce diversos efectos (artículo 10⁹⁰⁵). En primer

⁹⁰⁴ «Artículo 9.- Revisión de condiciones

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

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

9.3 En cualquier momento, los agentes económicos pueden solicitar a la autoridad que deje sin efecto o modifique la condición de conducta establecida al autorizar la operación de concentración empresarial.

Para ello, presentan elementos de juicio que demuestren que se ha producido una variación en las condiciones de competencia que justifican su solicitud. Los requisitos para presentar esta solicitud y su trámite se sujetan al reglamento del presente decreto de urgencia.

9.4 La modificación de una condición de conducta efectuada por la autoridad, de oficio o a solicitud de los agentes económicos involucrados, se efectúa de acuerdo con las disposiciones establecidas en el reglamento del presente decreto de urgencia».

⁹⁰⁵ «Artículo 10.- Efectos de las concentraciones empresariales sujetas a solicitud de autorización

10.1 Una operación de concentración empresarial que deba ser sometida al procedimiento de control previo conforme a lo dispuesto por el numeral 6.1 del artículo 6, no surte efecto jurídico alguno antes de la aplicación del silencio administrativo positivo o hasta que la autoridad la haya autorizado expresamente. Cuando se establezcan condiciones para la autorización de la operación de concentración empresarial, estas se integran de pleno derecho a los términos contractuales correspondientes a dicha operación.

10.2 La ineficacia de una operación de concentración empresarial que incumpla lo señalado en el numeral 10.1 no requiere la emisión de un acto administrativo por el órgano competente, sin perjuicio de que se dicten las medidas y se impongan las sanciones que correspondan, de acuerdo a lo previsto en el presente decreto de urgencia y su reglamento.

10.3 Procede la nulidad de oficio respecto del acto que autorizó la operación de concentración empresarial cuando se compruebe fraude o falsedad en la declaración, en la información o en la

lugar, para que esta tenga efectos jurídicos, la autoridad deberá pronunciarse expresamente o mediante silencio administrativo positivo. Siempre que se compruebe fraude o falsedad en la información declarada por el agente económico, se declarará la nulidad de oficio del acto que autorizó la operación de concentración, muy aparte de las demás consecuencias legales.

Es permitida la colaboración interinstitucional (artículo 15⁹⁰⁶). Solo si el caso lo amerita, se suspende el plazo, siendo, como máximo diez días hábiles a partir de la fecha en que se produjo la solicitud, y pudiendo ser prorrogado por cinco días más.

Como señala el artículo 16⁹⁰⁷ a lo largo de sus numerales, si el mercado al que pertenece la operación de concentración en cuestión está bajo el control

documentación presentada por el agente económico, sin perjuicio de las consecuencias legales que se apliquen, de acuerdo a lo previsto en el presente decreto de urgencia, su reglamento y demás normas sobre la materia.

10.4 El incumplimiento de las condiciones impuestas a la operación de concentración empresarial da lugar a que la autoridad proceda a dictar las medidas correspondientes e imponga las sanciones, de acuerdo a lo previsto en el presente decreto de urgencia y su reglamento».

⁹⁰⁶ «Artículo 15.- Colaboración interinstitucional en el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

15.1 Los órganos competentes en el procedimiento de control previo están facultados para solicitar información a otras entidades de la Administración Pública, sin más limitación que la establecida por la Constitución Política del Perú y la ley, para lo cual se dictan las medidas e implementan los medios correspondientes para una eficaz colaboración interinstitucional en el marco del cumplimiento de la finalidad señalada en el presente decreto de urgencia.

15.2 De ser requerido, se puede suspender el plazo para resolver cuando una entidad deba proporcionar información a los órganos competentes, siempre y cuando dicha información sea esencial para la resolución del procedimiento de control previo, no pudiendo exceder del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la solicitud a la entidad correspondiente, pudiendo ser prorrogado hasta por cinco (5) días hábiles adicionales, por la complejidad del procesamiento o puesta a disposición de la información».

⁹⁰⁷ «Artículo 16.- Informes proporcionados en el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

16.1 Para el control previo de operaciones de concentración empresarial los organismos reguladores elaboran un informe no vinculante sobre el nivel de concentración del mercado de su competencia, incluyendo la correspondiente opinión técnica sobre los posibles efectos en el mercado que pudieran derivarse de la operación de concentración objeto de la evaluación.

16.2 El control previo de operaciones de concentración de agentes económicos comprendidos en el ámbito de la regulación y supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones lo efectúa el Indecopi, sin perjuicio del control previo de carácter prudencial y de estabilidad financiera que corresponde a la referida Superintendencia, en virtud de lo establecido en la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y sus modificatorias. Procede la operación de

de un organismo regulador, este brindará un informe no vinculante y la opinión técnica respectiva sobre los efectos que posiblemente puedan originarse a raíz de la operación de concentración en evaluación. Lo mismo aplica para los agentes económicos que estén bajo la regulación y supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y de la Superintendencia del Mercado de Valores. La operación de concentración procede cuando se tiene la autorización del Indecopi como de la otra institución, cada uno respecto a sus competencias. La Comisión de Defensa de la Libre Competencia requerirá el informe en cualquier momento del procedimiento, produciéndose la suspensión del plazo por diez días hábiles como máximo a partir de la notificación y prorrogables por cinco días más.

También está regulada la consulta previa que los agentes económicos hacen ante la Secretaría Técnica (artículo 17⁹⁰⁸). Sin embargo, estas opiniones no influyen a la Comisión en la decisión que posteriormente emitan.

concentración empresarial si se tiene la autorización tanto del Indecopi como de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, cada uno en el ámbito de sus competencias.

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

16.4 El control previo de operaciones de concentración empresarial de agentes económicos a los que la Superintendencia del Mercado de Valores les hubiere otorgado autorización de funcionamiento lo efectúa el Indecopi, sin perjuicio del control previo de carácter prudencial que realice la Superintendencia del Mercado de Valores, en virtud de lo establecido por el Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores, y el Decreto Ley N° 26126, que aprueba el Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Mercado de Valores. Procede la operación de concentración empresarial si se tiene la autorización tanto del Indecopi como de la Superintendencia del Mercado de Valores, cada uno en el ámbito de sus competencias.

16.5 La Comisión requiere el informe a que hace referencia el numeral 16.1, así como cualquier información que necesite de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y de la Superintendencia del Mercado de Valores, en cualquier momento del procedimiento de control previo de la operación de concentración empresarial solicitada, aplicándose el plazo establecido en el numeral 15.2 del artículo 15 del presente decreto de urgencia».

⁹⁰⁸ «Artículo 17.- Consulta previa a la presentación de la solicitud de autorización

La confidencialidad se manifiesta en el artículo 20⁹⁰⁹. Esto quiere decir que solo las partes y los terceros con interés legítimo pueden acceder al expediente, siempre y cuando la Comisión no lo hubiere reservado por contener cierta información confidencial. La versión no confidencial es pública al día siguiente de la resolución final de la Comisión. Hay que mencionar, además, que los funcionarios y servidores que accedan al expediente no tienen por qué divulgar la información allí constada; de lo contrario, incurrirá en responsabilidad administrativa o penal, dependiendo del caso.

El artículo 21⁹¹⁰ da cuenta del procedimiento a seguir a partir de la solicitud de autorización de la operación de concentración. Una vez que es

Antes del inicio del procedimiento de control previo, los agentes económicos que participan en la operación de concentración empresarial pueden realizar consultas de carácter orientativo de manera individual o conjunta a la Secretaría Técnica, con el fin de poder precisar si la operación se encuentra dentro del ámbito de aplicación del presente decreto de urgencia o qué información es requerida para el control previo, entre otros aspectos.

Las opiniones de la Secretaría Técnica no vinculan a la Comisión en la toma de sus decisiones».

⁹⁰⁹ «Artículo 20.- Información confidencial y el acceso al expediente

20.1 A efectos de declarar la confidencialidad de la información en el marco de los procedimientos sobre control previo, se sigue el procedimiento previsto en el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

20.2 En cualquier momento del procedimiento y hasta que este concluya en sede administrativa, únicamente las partes involucradas en la operación de concentración empresarial y los terceros con interés legítimo que se hayan apersonado al procedimiento oportunamente tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a este y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiera aprobado su reserva por constituir información confidencial. A partir del día hábil siguiente de la notificación de la resolución final de la Comisión a las partes interesadas, la versión no confidencial de esta resolución es pública, debiendo informarse de la falta de agotamiento de la vía administrativa, cuando corresponda.

20.3 Los funcionarios y servidores de los órganos competentes, durante y después de concluido el procedimiento de control previo, independientemente del régimen laboral o de contratación, que tuvieran acceso al expediente, están prohibidos de compartir, divulgar o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad civil, administrativa o penal».

⁹¹⁰ «Artículo 21.- Procedimiento aplicable al trámite de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial

21.1 A la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial se acompañan los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y los agentes económicos que participan en ella, así como el grupo económico al cual pertenece cada uno de ellos. Asimismo, los solicitantes presentan los elementos que permitan evaluar preliminarmente los posibles efectos de la operación sobre la competencia en los mercados involucrados, y los demás requisitos que detalle el reglamento del presente decreto de urgencia.

21.2 La Secretaría Técnica revisa la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial, comunicando a las partes intervinientes sobre el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de presentación de dicha solicitud.

presentada la solicitud de autorización, la Secretaría Técnica la revisará y, dentro de los próximos diez días hábiles, deberá comunicar a las partes si cumplen con los requisitos o no. De no cumplirlos, le otorgará un plazo de diez días hábiles más para que cumpla con ello. Seguidamente, la Comisión tendrá en cuenta un plazo de treinta días hábiles a partir de considerarse admitida la solicitud de autorización para determinar si es una operación con posibles efectos anticompetitivos. De generar preocupaciones a la competencia, culminará esta primera fase con la resolución e, iniciando, de esta manera, con la segunda fase. Una vez que se haya iniciado la segunda fase, la Comisión publicará un resumen corto de la resolución para que terceros interesados puedan presentar información importante. La segunda fase no durará más de 90 días hábiles, pudiendo extenderse por treinta más. Luego de ello, la

-
- 21.3 Si con la solicitud de autorización previa de una operación de concentración empresarial no se cumple con proporcionar la información necesaria para continuar el proceso de control previo, la Secretaría Técnica otorga un plazo de diez (10) días hábiles para la subsanación respectiva, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada. La Secretaría Técnica analiza la solicitud subsanada y, de ser el caso, admite a trámite la solicitud en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.
- 21.4 En un plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir de la admisión a trámite de la solicitud, la Comisión determina si la operación de concentración empresarial se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la norma y si genera serias preocupaciones en cuanto a ocasionar efectos restrictivos significativos de la competencia en el mercado.
- 21.5 Si la Comisión concluye que la concentración empresarial cuya autorización se solicita no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la norma o no genera serias preocupaciones en cuanto a ocasionar efectos restrictivos significativos de la competencia en el mercado, lo declara mediante resolución, dando por concluido el procedimiento o autorizando la operación, según corresponda.
- 21.6 Si la Comisión comprueba que la operación de concentración empresarial cuya autorización se solicita plantea serias preocupaciones en cuanto a generar efectos restrictivos de la competencia en el mercado, lo declara mediante resolución, comunicando a los interesados cuáles son los riesgos que la autoridad ha identificado, así como el fin de la primera fase de evaluación e inicio de la segunda fase, sustentando las razones de su decisión.
- 21.7 Iniciada la segunda fase de evaluación, la Comisión publica un breve resumen de la resolución que sustenta el inicio de la segunda etapa, de manera que los terceros con interés legítimo puedan presentar información relevante ante la autoridad, sin que por ello sean considerados como partes intervinientes en el procedimiento.
- 21.8 La segunda fase de evaluación de la operación de concentración empresarial no excede de noventa (90) días hábiles, pudiendo prorrogarse hasta por un plazo máximo de treinta (30) días hábiles adicionales, debiendo indicarse los motivos que justifiquen la correspondiente ampliación.
- 21.9 La Comisión analiza la operación de concentración conforme a los criterios establecidos en el artículo 7 y concluye el procedimiento, autorizándola, autorizándola con condiciones o no autorizándola, según corresponda.
- 21.10 La Comisión no considera en la evaluación de fondo de la operación aspectos distintos al objeto del decreto de urgencia, bajo responsabilidad».

Comisión se pronunciará diciendo si autoriza, autoriza con condiciones o no autoriza la operación de concentración empresarial que pretende realizarse.

Cabe señalar que son nulos los actos que devengan de la ejecución de una operación de concentración empresarial que no se haya aprobado. La ejecución dependerá del pronunciamiento de la autoridad competente (artículo 22⁹¹¹). Del mismo modo, los agentes económicos pueden solicitar audiencias en cualquier fase del procedimiento, ampliándose el plazo por quince días hábiles como máximo (artículo 23⁹¹²).

Como era de preverse, también se contempla el silencio administrativo positivo, lo cual da pie a que se concluya el procedimiento (artículo 24⁹¹³).

⁹¹¹ «Artículo 22.- Inejecución de las operaciones de concentración empresarial sujetas a control previo
 22.1 La ejecución de las operaciones de concentración empresarial se suspende hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo.
 22.2 La ejecución de una operación de concentración empresarial comprendida en el ámbito de aplicación del presente decreto de urgencia, sin haber presentado la solicitud de autorización correspondiente o sin haber esperado hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo, acarrea la nulidad de los actos que se deriven de dicha ejecución, los cuales no surten efectos jurídicos, sin perjuicio de las consecuencias legales que se apliquen, según lo previsto por el presente decreto de urgencia y su reglamento.
 22.3 Tratándose de una operación de concentración empresarial que se realice a través de una Oferta Pública de Adquisiciones en el mercado de valores, es requisito previo el pronunciamiento de la entidad competente para que los agentes económicos puedan iniciar el procedimiento respectivo ante la Superintendencia del Mercado de Valores. Asimismo, obtiene el pronunciamiento previo de la autoridad competente para realizar la operación de concentración empresarial que origine la obligación de formular una Oferta Pública de Adquisición posterior».

⁹¹² «Artículo 23.- Actuaciones a solicitud de los agentes económicos
 En cualquier fase del procedimiento, quienes hayan presentado la solicitud de autorización previa pueden solicitar la realización de audiencias. En estos casos, el plazo de evaluación puede ser ampliado por la Comisión hasta por quince (15) días hábiles».

⁹¹³ «Artículo 24. Resolución de autorización
 24.1 El órgano competente emite la resolución de fin del procedimiento de control previo debidamente motivada, adjuntando los informes que correspondan, expresando su decisión, autorizando la operación de concentración empresarial, autorizándola con condiciones o denegando la autorización de la operación.
 24.2 La Comisión puede autorizar la operación de concentración empresarial sujeta al cumplimiento de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas involucradas cumplan los compromisos contraídos con la Comisión, o que respondan a la compensación de los efectos restrictivos de la competencia en el mercado.

En el supuesto en el que no se autorice o se autorice pero con condiciones, los agentes económicos podrán interponer un recurso de apelación dentro de los quince días próximos a partir de que se haya notificado la resolución respectiva. El Tribunal tendrá, como máximo, noventa días hábiles para pronunciarse, lo cual se traduce en un aproximado de cuatro meses y medio (artículo 25⁹¹⁴).

Las infracciones están consideradas como leves, graves y muy graves (artículo 26⁹¹⁵), cuyas multas y los criterios para determinar la gravedad de las

24.3 Si la Comisión comprueba que una concentración notificada ya no plantea serias dudas en cuanto a la generación de efectos restrictivos de la competencia en el mercado, puede autorizar la operación de concentración empresarial.

24.4 En caso de que las empresas decidan no continuar con la operación de concentración empresarial, el órgano competente emite una resolución de fin del procedimiento.

24.5 En caso de que, dentro del plazo legal previsto, el órgano competente no emita pronunciamiento expreso, corresponde la aplicación del silencio administrativo positivo, dando por concluido el procedimiento de control previo».

⁹¹⁴ «Artículo 25. Recurso de apelación

25.1 En caso de que se deniegue la solicitud de autorización o se autorice con condiciones, los agentes económicos solicitantes pueden interponer recurso impugnatorio de apelación. El plazo para su interposición no excede de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución que pone fin a la primera instancia.

25.2 En caso de que la Comisión haya dictado alguna medida de orden preventivo, la ejecución de la resolución impugnada no se suspende, salvo que el Tribunal disponga lo contrario mediante resolución debidamente motivada.

25.3 El Tribunal se pronuncia en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles.

25.4 La resolución que emite el Tribunal pone fin a la vía administrativa».

⁹¹⁵ «Artículo 26.- Infracciones administrativas

Las infracciones administrativas, sancionadas por el Indecopi, en el ámbito de aplicación del presente decreto de urgencia, se distinguen entre leves, graves y muy graves, y se configuran en los siguientes supuestos:

1. Leves

- a. No presentar la solicitud de autorización mediante el procedimiento de control previo, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto de urgencia.
- b. No suministrar al órgano competente la información requerida por éste en el plazo previsto.

2. Graves

- a. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de haber sido sometida al procedimiento de control previo.
- b. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de que se emita la resolución del órgano competente.
- c. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de que se produzca el silencio administrativo positivo.

3. Muy graves

- a. Incumplir o contravenir una condición, un acuerdo o un compromiso establecido en una resolución emitida en aplicación del presente decreto de urgencia.
- b. Ejecutar una operación de concentración empresarial habiendo sido denegada su autorización.

infracciones tienen como base lo establecido en el Decreto Legislativo N.º 1034 (Ley de represión de conductas anticompetitivas). Es leve cuando no se presenta la solicitud de autorización. Son graves toda vez que se ejecute una operación de concentración en cualquiera de las tres situaciones que se puedan generar: antes de iniciar el procedimiento, de que exista la resolución que comunique la autorización, o de que se haga efectivo el silencio administrativo positivo. Son muy graves cuando se cae en cualquiera de estos cuatro supuestos: se incumpla alguna condición que conste en la resolución respectiva; se ejecute la operación a pesar de que esta ya había sido denegada; se obstruya la investigación; o no se proporcione información solicitada, ya sea dentro o fuera del plazo, o, de haberla proporcionado, que esta sea incompleta o falsa. De ser falsa o adulterada, acarrea la consecuente responsabilidad penal (artículo 30⁹¹⁶).

Las infracciones prescriben a los cuatro años, considerando el último acto de la conducta infractora. Este plazo se interrumpe por algún acto que la Secretaría Técnica considere pertinente. Asimismo, se reanuda si el procedimiento ha estado estancado por más noventa días producto de algún motivo no imputable a quien está siendo investigado (artículo 29⁹¹⁷).

Cuando se compruebe que la operación ha sido ejecutada sin la autorización correspondiente o sin haber cumplido las condiciones que debían cumplir, la Comisión puede ordenar, conjuntamente a las sanciones indicadas,

-
- c. Obstruir a través de cualquier modalidad la labor de investigación que realice el órgano competente respecto de una operación de concentración empresarial.
 - d. Suministrar información incompleta, incorrecta, adulterada, engañosa o falsa al órgano competente».

⁹¹⁶ «Artículo 30.- Responsabilidades

La información que presenten las partes en la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial tiene el carácter de declaración jurada, pudiendo dar lugar a las responsabilidades civiles o penales que correspondan, en caso de que se presente información falsa o adulterada».

⁹¹⁷ «Artículo 29.- Plazo de prescripción de la infracción administrativa

Las infracciones al presente decreto de urgencia prescriben a los cuatro (4) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del investigado y le permita conocer el objeto de la investigación. El cómputo del plazo se reanuda si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de noventa (90) días hábiles por causa no imputable al investigado».

medidas correctivas que se disuelva la operación retrotrayéndose a la situación anterior de haberse producido dicha operación. Si es imposible retrotraerla, se aplicará otras medidas que eviten o mitiguen los efectos (artículo 31⁹¹⁸). Del mismo modo, si no se cumplen con las medidas correctivas, la Comisión impondrá una multa coercitiva de 125 UIT, tenido el plazo de cinco días hábiles para pagarla.

Ahora bien, el Decreto de Urgencia N.º 013-2019 iba a entrar en vigencia el 1 de marzo de 2021, por 5 años. Sin embargo, el 23 de octubre de 2020 el pleno del Congreso aprobó la autógrafa de la «Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial» (Proyecto de Ley N.º 5913), con la intención de derogar y reemplazar el Decreto de Urgencia N.º 13-2019.

En esencia, se mantuvo lo estipulado en el decreto de urgencia. Lo que cambió fue la aceleración de los plazos concernientes a la aplicación de la ley y la aprobación de las otras normas requeridas; se consignó la notificación voluntaria para los casos donde no se alcancen los umbrales requeridos; se dejó cabida al Indecopi para que revise de oficio ciertas operaciones de concentración empresarial; y se cambió el criterio para el cálculo de los umbrales; entre los cambios más resaltantes.

A pesar de que el 25 de noviembre de 2020 el Presidente de la República formulara cinco observaciones a la autógrafa de ley, la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos

⁹¹⁸ «Artículo 31.- Medidas correctivas

31.1 La Comisión, además de aplicar las sanciones que correspondan conforme con el presente decreto de urgencia, puede ordenar como medida correctiva que los agentes económicos involucrados disuelvan la operación de concentración empresarial mediante la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, hasta que quede restablecida la situación previa a la ejecución de la operación de concentración empresarial, cuando compruebe que dicha operación ha sido ejecutada sin su autorización o incumpliendo alguna de las condiciones establecidas para su autorización.

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

del Congreso rechazó dichas observaciones y el 30 de diciembre de 2020 la ley fue aprobada por el Pleno del Parlamento.

No obstante lo sucedido con todos estos cambios, al final, el Decreto de Urgencia N.º 13-2019 no fue la norma definitiva ni la que actualmente está en vigencia. Desde ya, su sola naturaleza despertó una serie de suspicacias en cuanto a si se trataba de la figura adecuada para el tema en mención.

En ese sentido, ¿en qué pensamos cuando nos referimos a un decreto de urgencia? ¿Acaso únicamente se invocan en situaciones de emergencia nacional? Pues, contextualizándonos en la coyuntura de aquel entonces, teníamos a un Congreso disuelto; por ende, le correspondía al Poder Ejecutivo dictar decretos de urgencia, con cuenta al nuevo Congreso pendiente de instalarse, como lo señala el artículo 135 de la Constitución:

Artículo 135.- Instalación del nuevo Congreso

Reunido el nuevo Congreso, puede censurar al Consejo de Ministros, o negarle la cuestión de confianza, después de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario.

En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que este se instale.

¿Se consideró los requisitos exigidos en la Constitución? Veamos, según lo estipulado en los fundamentos 26 y 27 de la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Exp. N.º 047-2004-AI/TC⁹¹⁹. Para tal análisis, se tendrá en cuenta el numeral 19 del artículo 118 de la Constitución⁹²⁰

⁹¹⁹ «Asunto: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley N.º 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27971)».

⁹²⁰ «Artículo 118.- Atribuciones del Presidente de la República
Corresponde al Presidente de la República:
[...]

y el literal c) del artículo 91 del Reglamento del Congreso⁹²¹. En ese sentido, los criterios a considerar son la excepcionalidad, la necesidad, la transitoriedad y la generalidad.

Para hablar de excepcionalidad, «la norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables»⁹²². Evidentemente, en nada tiene que ver con el control de concentraciones empresariales, puesto que no se trata de alguna situación extraordinaria ni imprevisible; mucho menos se dio en función a un caso en concreto.

Por su parte, la necesidad se refiere a que «las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables»⁹²³. Como bien sabemos, el control de concentraciones era un asunto importante por regular; sin embargo, no calzaba dentro de un evento de emergencia como para actuar de manera inmediata.

19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia».

⁹²¹ «Artículo 91. El Congreso ejerce control sobre los Decretos de Urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

[...]

c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. En todo caso, presenta dictamen y recomienda su derogatoria si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política. En caso contrario, emite dictamen haciendo constar el hecho para los efectos a que se contrae la parte final del inciso b) de este artículo».

⁹²² Se encuentra en el Fundamento 27 de la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Exp. N.º 047-2004-AI/TC, p. 34.

⁹²³ Presente en el Fundamento 27 de la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Exp. N.º 047-2004-AI/TC, p. 35.

En cuanto a la transitoriedad, se trata de «las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa»⁹²⁴.

Y, respecto a la generalidad, «debe ser el “interés nacional” el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depara la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad»⁹²⁵.

Por lo visto, no se han acreditado debidamente los requisitos señalados. En ese sentido, estuvimos frente a una desnaturalización de un decreto de urgencia. Problemas así se generan cuando asuntos realmente trascendentes, como el control de concentraciones empresariales, se pretende regular mediante mecanismos regulatorios de naturaleza transitoria, como el decreto de urgencia.

Se sabe que los decretos de urgencia están pensados para regular asuntos que son tan urgentes que no pueden darse el lujo de que se curse el procedimiento legislativo ordinario que le corresponde.

Ante ello, hemos podido presenciar un número desmesurado de decretos de urgencia a raíz de la disolución del Congreso. Evidentemente, lo que causa es que se debilite el significado de «ley»: «es decir, la expedición de decretos de urgencia empobrece la noción de ley, y a la vez, este empobrecimiento de la noción de ley general, crea las condiciones para expedir más decretos de urgencia, cayéndose en un círculo vicioso, interminable»⁹²⁶.

Más aún —claro está— toda vez que la regulación de las operaciones de concentración empresarial no está bajo los parámetros de lo que puede

⁹²⁴ Está en el Fundamento 27 de la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Exp. N.º 047-2004-AI/TC, p. 35.

⁹²⁵ Descrito en el Fundamento 27 de la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Exp. N.º 047-2004-AI/TC, p. 35.

⁹²⁶ RUIZ, Juan Carlos. *El control parlamentario de los decretos de urgencia*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1998, p. 27.

considerarse como «manifiesta conveniencia nacional», puesto que, si bien es cierto, consideramos que las concentraciones empresariales sí deben ser reguladas por el Estado, no estamos de acuerdo en que se haya aprovechado esta coyuntura nacional para que sea palpable a modo de decreto de urgencia. ¿Por qué? Porque no se había logrado un adecuado debate ni dilucidación en torno a los parámetros adecuados que sí permitirían lograr una salvaguarda significativa, la que realmente se ha estado buscado por años y la que, sin embargo, aún no ha encontrado puerto.

La constitucionalidad del decreto de urgencia en mención es cuestionada, debido a que no era de urgente necesidad para el gobierno de aquel entonces mientras se esperaba la instalación del nuevo Congreso. No hubo una situación extraordinaria que fuera motivo para la aprobación. Además de ello, el bagaje técnico era incipiente. Es más, el mismo decreto de urgencia estableció que entraría en vigencia nueve (9) meses después de su publicación.

Finalmente, si bien es cierto, el mencionado decreto de urgencia ya no está vigente, en su momento significó un grito desesperado para aplacar al ojo público. Aun así, por más de que ahora esté la Ley N.º 31112, esta no resuelve el meollo del asunto.

2.3. Decreto Legislativo N.º 1510: modificación e incorporación de disposiciones al Decreto de Urgencia N.º 013-2019

El 11 de mayo de 2020, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N.º 1510 («Decreto Legislativo que modifica e incorpora disposiciones al Decreto de Urgencia N.º 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial»), a efectos de prorrogar la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia N.º 13-2019, incluyendo algunos cambios.

Respecto a las modificaciones, se varió el literal d) del numeral 3 del artículo 26: en el decreto de urgencia decía que una de las infracciones administrativas muy graves era: «Suministrar información incompleta,

incorrecta, adulterada, engañosa o falsa al órgano competente»; mientras que el decreto legislativo pone énfasis en la negación injustificada: «Negarse injustificadamente a suministrar al órgano competente la información requerida o suministrarle información incompleta, incorrecta, adulterada, engañosa o falsa».

Además, se modificó también las Disposiciones Complementarias Finales Quinta, Séptima, Octava y Décimo Primera.

La Quinta fue acerca de la vigencia: el decreto de urgencia se refería a que este entraba en vigencia en un plazo de nueve meses a partir del día siguiente de su publicación, y que su vigencia solo era por un periodo de cinco años. Por su parte, el decreto legislativo prorrogó la entrada en vigencia para el 1 de marzo de 2021. Se mantuvo lo de la vigencia por cinco años.

La Séptima, acerca de la prohibición del registro e inscripción de operaciones de concentración empresarial no autorizados, se agregó un párrafo a modo de especificación, concerniente a que las partes pueden acreditar el cumplimiento de sus obligaciones mediante una declaración jurada, sin que sea necesario que la Comisión se lo comunique al notario o al registrador público.

La Octava, en cuanto al reglamento, el decreto de urgencia mencionaba que el Ministerio de Economía y Finanzas estaba encargado de elaborarlo y publicarlo en un plazo de seis meses a partir de la publicación de dicho decreto. Respecto al decreto legislativo, el plazo se modificó a un año, aprobando el reglamento a través de un decreto supremo.

La Décimo Primera, concerniente a la adecuación (las modificaciones al Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi y demás instrumentos de gestión de la entidad), dispone que esta debe darse en no más de 90 días hábiles a partir del reglamento. Por su parte, el decreto legislativo mencionó que el plazo debe ser en no más de un año a partir de la publicación del decreto de urgencia en cuestión.

Por otro lado, se incorporó el numeral 5.3 al artículo 5⁹²⁷; el literal i) del numeral 7.2 del artículo 7⁹²⁸; el artículo 21-A⁹²⁹; la Décimo Tercera Disposición Complementaria Final⁹³⁰ y la Segunda Disposición Complementaria Transitoria⁹³¹.

2.4. Ley N.º 31112 y Decretos Supremos N.º 039 y 121-2021-PCM: vigente control a las concentraciones empresariales

Y, bien, el 7 de enero de 2021 fue publicado en el Diario Oficial «El Peruano» la tan esperada Ley N.º 31112 («Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial»).

Eso sí, para que la Ley N.º 31112 entre en vigencia debía cumplirse la condición de que sea a los quince (15) días calendario siguientes de la adecuación normativa a nivel reglamentario. En otras palabras, el requisito fundamental para su vigencia fue que sean emitidos el reglamento de la ley y

⁹²⁷ «Artículo 5.- Operaciones de concentración empresarial

(...)

5.3. Para efectos de la aplicación del artículo 5.1, la autoridad considera como una única operación de concentración empresarial, el conjunto de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en el plazo de dos (2) años, debiendo notificarse la operación de concentración antes de ejecutarse la última transacción o acto que permita superar los umbrales establecidos en el artículo 6.1 del presente decreto de urgencia».

⁹²⁸ «Artículo 7. Análisis de la operación de concentración empresarial

(...)

7.2 En el procedimiento de control previo, el órgano competente tiene en consideración, entre otros, los siguientes factores:

(...)

i. La grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas y la necesidad de realizar la operación de concentración, debidamente acreditadas por las partes notificantes».

⁹²⁹ «Artículo 21-A.- Notificación simplificada

El reglamento del presente decreto de urgencia puede simplificar los requisitos de notificación para aquellos

tipos de operaciones de concentración que revistan una menor probabilidad de producir efectos restrictivos de la competencia».

⁹³⁰ «Décimo Tercera.- Cooperación interinstitucional

Para efectos de la adecuada aplicación del presente decreto de urgencia, la cooperación entre el Indecopi y otras entidades, nacionales o extranjeras, puede regirse por memorandos de entendimiento u otros acuerdos interinstitucionales que se suscriban con esta finalidad».

⁹³¹ «Segunda.- Operaciones de concentración concluidas antes de la vigencia del decreto de urgencia

No son objeto de notificación aquellas operaciones de concentración que antes de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto de urgencia, hayan concluido con los actos de cierre necesarios para hacer efectiva la transferencia o cambio de control a que hace referencia el numeral 5.1 del artículo 5 del presente decreto de urgencia».

las modificaciones al Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Indecopi, tal como lo señala la Duodécima Disposición Complementaria Final de la mencionada ley: «La presente ley entra en vigencia a los quince (15) días calendario contados a partir de la adecuación normativa establecida en la novena disposición complementaria final⁹³²».

Y así fue. El 4 de marzo de 2021 fue publicado el Decreto Supremo N.º 039-2021-PCM («Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 31112»). Por su parte, el 27 y 30 de mayo de 2021, se aprobaron la Sección Primera y la Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, mediante el Decreto Supremo N.º 104-2021-PCM («Decreto Supremo que aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual») y la Resolución N.º 000060-2021-PRE/INDECOPI («Aprueban la Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI]»).

Por ende, la Ley N.º 31112 entró en vigencia el 14 de junio de 2021. De todos modos, estuvo especificado que debía modificarse también el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Indecopi, puesto que era necesario incorporar los procedimientos correspondientes. En adición a ello, la versión final de los Lineamientos para el Cálculo de Umbrales de Notificación de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia; así como los formularios aplicables para el procedimiento ordinario y para el procedimiento simplificado de notificación.

En ese sentido, el 17 de junio de 2021 se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» el Decreto Supremo N.º 121-2021-PCM («Aprueban la modificación del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Instituto de Defensa de

⁹³² «NOVENA. Adecuación. En un plazo no mayor a quince (15) días contados a partir de la publicación del reglamento de la presente ley, se dictan las modificaciones al Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI y demás instrumentos de gestión de la entidad, a fin de adecuarlos a lo dispuesto por la presente ley».

la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI por la incorporación de los procedimientos administrativos regulados en la Ley N° 31089 y en la Ley N° 31112 y su Reglamento»).

Es así que con la vigencia de la Ley N.º 31112 quedaron derogados la Ley N.º 26876 («Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico»), con excepción del artículo 13, que modifica el artículo 122 del Decreto Ley N.º 25844 («Ley de Concesiones Eléctricas»); el Decreto de Urgencia N.º 013-2019 y el Decreto Legislativo N.º 1510 («Decreto legislativo que modifica e incorpora disposiciones al Decreto de Urgencia N.º 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial»), que lo modificó.

A continuación, los cambios que han aparecido en la Ley N.º 31112, teniendo como referencia al Decreto de Urgencia N.º 013-2019.

Respecto al objeto de la ley, el Decreto de Urgencia N.º 013-2019 solo mencionaba a la eficiencia económica como finalidad; en cambio, la Ley N.º 31112 agregó la promoción de la competencia efectiva⁹³³.

En cuanto a la definición de «agente económico», se incluyó a los fondos de inversión, nacionales o extranjeros. Por su parte, en la definición de «umbral» se agregó el adverbio «obligatoriamente» para darle mayor énfasis a que si se pasa el parámetro cuantificable la operación de concentración empresarial debe sujetarse obligatoriamente al procedimiento de control previo⁹³⁴. Asimismo, se eliminó la definición de «mercado relevante». Se

⁹³³ «Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores».

⁹³⁴ «Artículo 3. Definiciones

Para efectos de la aplicación de la presente ley, se tienen en cuenta las siguientes definiciones:

1. Agente económico: Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho privado o de derecho público, que ofrezca o demande bienes o servicios y que sea titular de derechos o beneficiario de los contratos o que, sin ser titular de dichos derechos ni beneficiario de dichos contratos, pueda ejercer los derechos inherentes a los mismos. Esto incluye a los fondos de inversión, nacionales o extranjeros.

entiende porque en el Decreto de Urgencia N.º 013-2019 solo la remitían a lo señalado en el Decreto Legislativo N.º 1034, el cual contiene dicha definición. Sin embargo, bajo esa misma lógica, tendría que haberse suprimido la definición de «posición de dominio».

En relación a las operaciones que no son consideradas de concentración empresarial se agregó la especificación «en los mercados en los que opera el agente económico» respecto al crecimiento corporativo interno de un agente económico⁹³⁵. Además, se agregó la palabra «temporal» para referirse al control que se adquiriera sobre un agente económico⁹³⁶. Por otra parte, se eliminó el literal «f.» que aparecía en el Decreto de Urgencia N.º 013-2019⁹³⁷. En adición, se agregó el numeral 5.3, el cual especifica qué considera la autoridad como única operación de concentración empresarial⁹³⁸.

Respecto al umbral (artículo 6⁹³⁹), en la Ley N.º 31112 se mantiene la siguiente preocupación: no se especifica si aquellas al menos dos empresas

[...]

6. Umbral: Es el parámetro cuantificable, selectivo y objetivo expresado en unidades impositivas tributarias (UIT), a partir del cual una operación de concentración empresarial debe sujetarse obligatoriamente al procedimiento de control previo».

⁹³⁵ «Artículo 5. Operaciones de concentración empresarial

[...]

5.2 No son actos u operaciones de concentración empresarial sometidos a la presente ley los siguientes:

[...]

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 los mercados en los que opera el agente económico.

⁹³⁶ «[...]

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

[...]]».

⁹³⁷ «f. La adquisición de derechos por parte de un agente económico que previamente no haya participado en el mercado relevante o los mercados relacionados, que le permitan ejercer control sobre la totalidad o parte de un agente económico que participa en cualesquiera de dichos mercados, en los términos que establece el reglamento de este decreto de urgencia».

⁹³⁸ «5.3 Para efectos de la aplicación del numeral 5.1, la autoridad considera como una única operación de concentración empresarial el conjunto de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en el plazo de dos (2) años, debiendo notificarse la operación de concentración antes de ejecutarse la última transacción o acto que permita superar los umbrales establecidos en el numeral 6.1.».

⁹³⁹ «Artículo 6. Umbral para el control previo de operaciones de concentración empresarial

involucradas, cuya suma total del valor de ventas o ingresos brutos anuales tienen que sumar igual o más que 18 000 UIT, que ser las más pequeñas o a las más grandes; puesto que, de ser las más pequeñas, las grandes empresas comprarían las pequeñas y, de esta manera, la ley sería un «saludo a la bandera», es decir, sería vana su existencia.

Asimismo, se agregó el considerar el valor de los activos en el país de las empresas involucradas. En el Decreto de Urgencia N.º 013-2019 hablaba solo de la suma total del valor de las ventas o de los ingresos brutos anuales; sin embargo, ahora la otra opción es que se pueda tratar de la suma total de los activos.

Bajo ese mismo tenor, un aspecto nuevo importante es que toda modificación del umbral, ya sea para elevarlo o disminuirlo, se realizará mediante una norma con rango de ley. Este aspecto dista de lo señalado en el Decreto de Urgencia N.º 013-2019, el cual hacía la diferenciación que cuando

-
- 6.1 Una operación de concentración empresarial se sujeta al procedimiento de control previo cuando de manera concurrente se cumpla lo siguiente:
- a. La suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos 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 ciento dieciocho mil (118 000) unidades impositivas tributarias (UIT).
 - b. El valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial hayan alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a dieciocho mil (18 000) unidades impositivas tributarias (UIT) cada una.
- 6.2 Si antes de su ejecución la operación de concentración empresarial se encuentra comprendida dentro del umbral previsto, los agentes económicos presentan una solicitud de autorización ante la Comisión, entendiéndose por esta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Esta solicitud se tramita bajo el procedimiento de control previo establecido en la presente ley.
- 6.3 El INDECOPI puede proponer la actualización del valor del umbral siempre que se justifique la necesidad de dicha actualización, de conformidad con el objeto de la presente ley. La modificación del valor del umbral se realizará a través de norma con rango de ley.
- 6.4 La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI podrá actuar de oficio en los casos en que haya indicios razonables para considerar que la operación de concentración puede generar posición de dominio o afecte la competencia efectiva en el mercado relevante. La notificación de la operación será voluntaria para las partes cuando las empresas involucradas no alcancen los umbrales establecidos en el numeral 6.1. La aplicación del presente numeral será regulada a través del Reglamento».

se elevaba se aprobaba mediante decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas, y que cuando disminuyera se aprobaba por ley.

Además, se agregó el numeral 6.4, donde se menciona que la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi puede actuar de oficio cuando haya indicios razonables de que se pueda originar una posición de dominio o que afecte la competencia. Por otra parte, en los casos en los que no se alcancen los umbrales la notificación será voluntaria.

En cuanto a los factores que el órgano competente debe tener presente al momento de analizar la operación de concentración empresarial (artículo 7), en el literal «e.» se hablaba de «las barreras legales o de otro tipo». La Ley N.º 31112 especificó a qué se refiere con «o de otro tipo»: «tecnológicas, inversiones específicas, restricciones horizontales o verticales».

Dentro de ese artículo 7 se agregó en el numeral 7.7 una especificación respecto a evaluar los efectos restrictivos de la competencia «en los mercados en los que participa el agente económico, como comprador o como proveedor de bienes y servicios». En el Decreto de Urgencia N.º 013-2019 hablaba solo de «en el mercado».

Sobre el derecho de tramitación, el cual consta en el artículo 19, el refrendo del decreto supremo es únicamente el del presidente del Consejo de Ministros. En el decreto de urgencia se daba el refrendo tanto de este como del ministro de Economía y Finanzas.

En la parte final del artículo 21 se agregó la posibilidad del reglamento de simplificar los requisitos de notificación cuando hay un menor riesgo de afectar la competencia⁹⁴⁰.

Respecto a la inexecución de las operaciones de concentración empresarial que están sujetas a control previo, se mantuvo lo dispuesto en el

⁹⁴⁰ «El reglamento de la presente ley puede simplificar los requisitos de notificación para aquellos tipos de operaciones de concentración que revistan una menor probabilidad de producir efectos restrictivos de la competencia».

Decreto de Urgencia N.º 013-2019. Lo único que se agregó en relación a la forma es «comprendida en el numeral 6.1», refiriéndose a todas aquellas operaciones de concentración empresarial que calcen en los umbrales.

En lo que concierne a la resolución de autorización se hablaba de manera genérica como «el órgano competente» de quien estaba encargado de emitirla. Ahora se detalla que se trata de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

En cuanto a las infracciones, dentro de las «muy graves» se agregó esto al inicio del literal d.: «Negarse injustificadamente a suministrar la información requerida o [...]». Lo que continúa es «[...] suministrar información incompleta, incorrecta, adulterada, engañosa o falsa».

Por otro lado, en lo referente a las Disposiciones Complementarias Finales, se eliminó la Sexta⁹⁴¹, la cual mencionaba que el Indecopi sería la entidad encargada de recomendar si lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N.º 013-2019 debía ser solo temporal o permanente.

Respecto a la reglamentación, la Disposición Complementaria Final Octava del Decreto de Urgencia N.º 013-2019 hablaba de que el Ministerio de Economía y Finanzas era quien elaboraría y publicaría el reglamento después de 6 meses de publicado dicho decreto. En cambio, en la Ley N.º 31112 la reglamentación está abordada en la Disposición Complementaria Final Sexta⁹⁴², y señala que la elaboración y publicación del reglamento está a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros en 15 días después de la publicación de la ley en mención.

⁹⁴¹ «Sexta.- Evaluación

El presente decreto de urgencia es revisado y evaluado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, con el objeto de recomendar si este régimen temporal tiene carácter permanente. Los resultados de la evaluación del decreto de urgencia y las recomendaciones son informados por el Indecopi por escrito a la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República».

⁹⁴² «SEXTA. Reglamentación

La Presidencia del Consejo de Ministros elabora y publica, a propuesta del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPÍ), el reglamento de la presente ley en un plazo de quince (15) días contados a partir de la publicación de la norma».

Por su parte, en relación al financiamiento, la Disposición Complementaria Final Novena del Decreto de Urgencia N.º 013-2019 tenía un párrafo adicional: «Para tal efecto, se exceptúa al Indecopi, durante el año fiscal 2019, de las restricciones establecidas en el numeral 8.1 del artículo 8 y en el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley N.º 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019, lo cual no exceptúa de la opinión previa favorable de la Dirección General de Presupuesto Público y de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos prevista en el numeral 9.1 del citado artículo 9».

En sentido de la adecuación, la Disposición Complementaria Final Décimo Primera del Decreto de Urgencia N.º 013-2019 planteaba que el plazo debía ser no mayor a 90 días hábiles. Por su parte, la Ley N.º 31112 establece que solo serán 15 días hábiles.

Se agregó lo siguiente:

DÉCIMA. Graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutores del INDECOPI respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia.

Dentro del plazo de treinta (30) días contados a partir de la publicación de la presente ley, mediante decreto supremo refrendado por el presidente del Consejo de Ministros se aprueba la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutores del INDECOPI respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia.

UNDÉCIMA. Cooperación interinstitucional

Para efectos de la adecuada aplicación de la presente ley, la cooperación entre el INDECOPI y otras entidades, nacionales o extranjeras, puede regirse por memorandos de entendimiento u otros acuerdos interinstitucionales que se suscriban con esta finalidad.

Por otro lado, en el Decreto de Urgencia N.º 013-2019 había una sola Disposición Complementaria Transitoria, la cual versaba acerca de que los procedimientos de control previo que estaban en trámite bajo la Ley N.º 26876 siguen su curso considerando ese régimen. Por su parte, la Ley N.º 31112 cuenta con dos Disposiciones Complementarias Transitorias: se agregó la referida a que aquellas operaciones de control empresarial que no hayan concluido con los actos de cierre no se notificarán⁹⁴³.

Del mismo modo, en el Decreto de Urgencia N.º 013-2019 había una Disposición Complementaria Modificatoria, relacionada a la modificación del literal b) del numeral 2.1 del artículo 2⁹⁴⁴ y del artículo 24⁹⁴⁵ del Decreto Legislativo N.º 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

En cambio, en la Ley N.º 31112 hay tres Disposiciones Complementarias Modificadorias. A la primera del Decreto de Urgencia N.º 013-2019 (modificación a los artículos 2 y 24 del Decreto Legislativo N.º 1033) se le agregó la modificación al artículo 52 del Decreto Legislativo N.º 1033⁹⁴⁶. Por otro lado, la

⁹⁴³ «SEGUNDA. Operaciones de concentración concluidas antes de la vigencia de la ley No son objeto de notificación aquellas operaciones de concentración que antes de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, hayan concluido con los actos de cierre necesarios para hacer efectiva la transferencia o cambio de control a que hace referencia el numeral 5.1 del artículo 5 de la presente ley».

⁹⁴⁴ «Artículo 2.- Funciones del INDECOPI

2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:

(...)

b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales, previniendo los efectos anticompetitivos de las operaciones de concentración empresarial y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva; (...). El subrayado es nuestro, el cual corresponde a lo que se agregó.

⁹⁴⁵ «Artículo 24.- De la Comisión de Defensa de la Libre Competencia Corresponde a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia velar por el cumplimiento del Decreto Legislativo Nº 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y del Decreto de Urgencia que aprueba el Control Previo de Operaciones de Concentración empresarial, así como de aquellas disposiciones que complementen o sustituyan a las anteriores en todo o en parte». El subrayado es nuestro, el cual corresponde a lo que se modificó, ya que en vez de ello se hacía referencia a la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia (Decreto Legislativo N.º 701) y a la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (Ley N.º 26876).

⁹⁴⁶ «Artículo 52. Fuentes de financiamiento del INDECOPI

El INDECOPI se financia con las siguientes fuentes:

Segunda Disposición Complementaria Modificatoria incorporó el numeral 18.4 al artículo 18 del Decreto Legislativo N.º 1034 (Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas)⁹⁴⁷ y la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria modificó el numeral 58.3 del artículo 58 del Decreto Legislativo N.º 1044 (Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal)⁹⁴⁸.

-
- a) Las tasas por concepto de los servicios que brinde y por los derechos de tramitación de los procedimientos administrativos de competencia de sus distintas unidades orgánicas;
 - b) Los montos que recaude por concepto de multas;
 - c) Los derechos antidumping y compensatorios que se establezcan, provisional o definitivamente, en los procedimientos sobre la materia;
 - d) Los recursos que perciba por concepto de la prestación de servicios;
 - e) Los recursos provenientes de la cooperación técnica internacional;
 - f) Los legados y donaciones que reciba; y,
 - g) Los recursos que se le transfieran.

Los procedimientos administrativos tramitados ante el INDECOPI en las diferentes materias de su competencia, iniciados a solicitud o por denuncia de parte están sujetos al pago de derechos de tramitación. Los valores de los derechos de tramitación se determinan conforme a la metodología y a la normativa vigente”».

⁹⁴⁷ «SEGUNDA. Incorporación del numeral 18.4 al artículo 18 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Incorpórase el numeral 18.4 al artículo 18 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los siguientes términos:

“Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento

[...]

18.4 Mediante resolución debidamente motivada, la Secretaría Técnica puede, en ejercicio de una facultad discrecional, no iniciar ni instruir un procedimiento administrativo sancionador cuando determine, en función a los criterios previstos en el artículo 44 de la presente ley, que una conducta sujeta a la prohibición

relativa no esté en capacidad de tener un efecto significativo sobre la competencia. En este supuesto, la Secretaría Técnica puede imponer, de oficio o a solicitud del investigado, la implementación de acciones que restablezcan o promuevan la competencia y aseguren el cumplimiento de la Ley. La Comisión aprueba los lineamientos para el ejercicio de esta facultad discrecional, a propuesta de la Secretaría Técnica”».

⁹⁴⁸ «TERCERA. Modificación del numeral 58.3 del artículo 58 del Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal

Modifícase el numeral 58.3 del artículo 58 del Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que Aprueba la

Ley de Represión de la Competencia Desleal, en los siguientes términos:

“Artículo 58.- Indemnización por daños y perjuicios

[...]

58.3 En el supuesto mencionado en el numeral 58.1, la Comisión, previo informe favorable de la Secretaría Técnica, remite lo actuado en el procedimiento administrativo a la Gerencia Legal para que esta inicie, en defensa de los intereses difusos y de los intereses colectivos de los consumidores, un proceso judicial por indemnización por daños y perjuicios derivados de las conductas prohibidas por la presente norma, conforme a lo establecido por el artículo 82 del Código Procesal Civil, para lo cual verifica la existencia de los presupuestos procesales correspondientes. Sin perjuicio de ello, los plazos,

Finalmente, en cuanto a las Disposiciones Complementarias Derogatorias, en el Decreto de Urgencia N.º 013-2019 había sola una, la cual luego pasó a ser la primera de las dos presentes en la Ley N.º 31112. La primera trata lo evidente: la derogación de la Ley N.º 26876 (Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico), excepto el artículo 13 (modifica al artículo 122 del Decreto Ley N.º 25844 [Ley de Concesiones Eléctricas]). Por su parte, la segunda deroga el Decreto de Urgencia N.º 013-2019 y al Decreto Legislativo N.º 1510 (este modificó al decreto de urgencia mencionado).

Por otro lado, en cuanto al Reglamento de la Ley N.º 31112 (aprobado por el Decreto Supremo N.º 039-2021-PCM), este fue requisito crucial para la entrada en vigencia de la ley; además de la adecuación normativa al Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi y demás instrumentos de gestión de la entidad.

Del Reglamento de la Ley N.º 31112 se puede destacar la necesaria aclaración respecto a los siguientes términos. En primer lugar, a qué «valor de los activos» se refiere a los umbrales de notificación (artículo 6 de la Ley). En la Ley no se precisaba si se trataba del valor en los libros contables o el valor de mercado de los activos. El Reglamento especificó que se trataba del primero.

En segundo lugar, ha definido qué es un activo productivo operativo⁹⁴⁹, expresión de vital importancia, puesto que la compra de activos productivos operativos es una de las operaciones de concentración.

Por último, hay un límite temporal de un año, para operaciones que no califican por estar debajo del umbral.

reglas, condiciones o restricciones particulares necesarios para el ejercicio de esta acción son aprobados mediante lineamientos

de la Comisión, a propuesta de la Secretaría Técnica”».

⁹⁴⁹ «Artículo 3. Siglas y referencias

Para efectos del presente Reglamento, se utiliza las siguientes siglas, referencias y definiciones:

- a) Activos productivos operativos: son bienes tangibles o intangibles, a los que se puede asignar ingresos, rentas, flujos de dinero o volumen de negocio y que tiene la potencialidad de desarrollar o incrementar la participación de un agente económico en el mercado. Se considera que un activo es operativo si ha generado ingresos, rentas, flujos de dinero o volumen de negocio en el año anterior a la notificación de la operación de concentración empresarial. [...]».

Además de la definición de esos tres aspectos señalados, lo que falta en el Reglamento es establecer una lista más detallada de las operaciones de concentración que no deben ser notificadas. Por ejemplo, compras de activos productivos operativos entre empresas que no compiten; compras de activos que cuentan con un valor no tan significativo en comparación con el total de activos de la empresa adquirente; consorcios que se forman con miras a las licitaciones públicas; entre otros.

Es así que, en el marco de la adecuación normativa por parte del Indecopi, se aprobó tanto el Decreto Supremo N.º 104-2021-PCM («Decreto Supremo que aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual»), como la Resolución N° 000060-2021-PRE/INDECOPI («Aprueban la Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI]»).

Asimismo, se aprobó el Decreto Supremo N.º 121-2021-PCM («Aprueban la modificación del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI por la incorporación de los procedimientos administrativos regulados en la Ley N° 31089 y en la Ley N° 31112 y su Reglamento»).

De este modo, se incorporó al TUPA los siguientes procedimientos administrativos: «(i) Procedimiento de examen por prácticas de elusión de derechos antidumping y compensatorios; (ii) Solicitud de autorización previa de una operación de concentración empresarial; (iii) Solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial; y, (iv) Solicitud de revisión de una condición de conducta impuesta al autorizar una operación de concentración empresarial». Así como los correspondientes derechos de tramitación: «(i) Procedimiento de examen por prácticas de elusión de derechos antidumping y compensatorios; (ii) Solicitud de autorización previa de una

operación de concentración empresarial; y, (iii) Solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial».

De todo lo señalado podemos concluir que tanto la Ley N.º 31112 como los Decretos Supremos N.º 039 y 121-2021-PCM hicieron esfuerzos por dejar sentado un adecuado control previo a las concentraciones empresariales. A pesar de ello, la ley vigente es cuestionable al no cumplir con su finalidad.

3. TOMA DE POSTURA: ¿PODEMOS DECIR QUE EL PROBLEMA YA ESTÁ RESUELTO?

De todo lo expuesto, podemos concluir que la Ley N.º 31112 no cumple con su finalidad, sino que, más bien, cumple una función simbólica, la cual deslegitima la propuesta dada.

En ese sentido, cuando nos referimos a la función simbólica estamos aludiendo —en términos coloquiales— a que dicha ley no es más que «un saludo a la bandera». Es decir, ya tenemos la ansiada norma, es cierto, pero esta no cuenta con la utilidad que se esperaba.

Bien señala el artículo 1 de la Ley N.º 31112:

Artículo 1. Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Basta con revisar el buscador de resoluciones del portal web del Indecopi para ver que solo se ha presentado un caso de control de concentraciones empresariales desde que la Ley N.º 31112 está vigente. Se trata de la Resolución N.º 7-2022/CLC, de fecha 15 de marzo de 2022, del Expediente N.º 4-2021/CLC-CON, mediante la cual se autorizó la operación de concentración empresarial notificada por FLS Germany Holding GmbH.

Ello evidencia que, debido a los umbrales establecidos y demás especificaciones, la Ley N.º 31112 no logrará lo que pretende, sino que únicamente cumplirá una función simbólica.

¿Y a qué aludimos con «función simbólica»? Winfried Hassemer señala que estamos ante una función simbólica cuando lo que se manifiesta en la realidad es pura apariencia: se aplica una norma que enfrenta — aparentemente— el problema suscitado, logrando paliar sus efectos ante la audiencia: «[...] se trata de una oposición entre “realidad” y “apariencia”, entre “manifiesto” y “latente”, entre lo “verdaderamente querido” y lo “otramente aplicado”; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. “Simbólico” se asocia con “engaño”, tanto en sentido transitivo como reflexivo»⁹⁵⁰.

Ante ello, debemos tener en cuenta una clara diferencia entre la función y el fin de una norma. Función es lo que se constata en la realidad (lo que es); mientras que fin es que lo realmente se quiere lograr (lo que debe ser). Y, como podemos apreciar al dar una vista panorámica de la normativa vigente, en escasas ocasiones realmente se cumple el fin.

Bajo ese tenor, coincidimos con Juan Terradillos Basoco cuando afirma que la «potenciación» de la función simbólica responde a los requerimientos de gran demanda social, con la apariencia de eficacia; de esta manera, se exonera al Estado de cumplir con las políticas que en verdad se requieren⁹⁵¹.

A modo de conclusión: ya tenemos la ley de concentraciones empresariales, pero no sirve; no cumple con su finalidad. Por lo tanto, la función simbólica que representa deslegitima la propuesta dada: el problema no está resuelto.

⁹⁵⁰ HASSEMER, Winfried. «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», traducido por Elena Larrauri Pijoan, en *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, Santiago de Chile: Conosur, 1995, p. 18.

⁹⁵¹ Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, en *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, Santiago de Chile: Conosur, 1995, p. 11.

En ese marco, ¿qué aspectos sustentan la función simbólica mencionada? El apresuramiento para pertenecer a la OCDE; los umbrales que no aportan mejoría; y la debilidad del modelo del Indecopi y su necesidad de reforma.

3.1. ¿Solo para postular a la OCDE? No tuvimos ley por una cuestión ideológica

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁹⁵² es una institución internacional que tiene como objetivo diseñar y promover políticas públicas en aras de lograr el bienestar social, económico y político para la población de sus países miembros. Actualmente, la integran 38 países⁹⁵³.

Esta organización cuenta con la colaboración de dichos gobiernos con la finalidad de fijar estándares internacionales y proponer soluciones a problemas sociales, económicos y medioambientales⁹⁵⁴.

Bajo ese propósito, tanto la OCDE como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) han ido incentivando a que se desarrolle la política de competencia en países de América Latina y el Caribe desde hace algunos años.

En relación específica al control de concentraciones empresariales, el Comité de Competencia de la OCDE propuso al Consejo que elabore la «Recomendación sobre la revisión de las concentraciones empresariales» (*Recommendation of the Council on Merger Review*). Esta fue adoptada por el Consejo de la OCDE el 23 de marzo de 2005⁹⁵⁵. Dicha Recomendación avala la

⁹⁵² También conocida por su sigla en inglés: OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*).

⁹⁵³ Estos son Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía. Ver en <https://www.oecd.org/acerca/miembros-y-socios/>

⁹⁵⁴ Ver en <https://www.oecd.org/acerca/>

⁹⁵⁵ OECD. *Recommendation of the Council on Merger Review*, 2021, p. 3.

importancia del control de concentraciones, considerándolo como un componente fundamental en el régimen de competencia.

En ese sentido, las recomendaciones van con respecto a los procedimientos de notificación y revisión; coordinación y cooperación; recursos y atribuciones de las autoridades de competencia; y revisión periódica.

Es así cuando se refiere a los procedimientos de notificación y revisión es que la revisión de las fusiones debe ser efectiva, eficiente y oportuna⁹⁵⁶: los países miembros deben procurar que sus legislaciones en la materia eviten cargas y costes innecesarios a las empresas que se concentran y a terceros; se debe utilizar criterios claros para determinar si una concentración empresarial debe notificarse y cuándo debe realizarse o, dependiendo, si dicha concentración será pasible de revisión; establecer requisitos razonables; las fusiones que no signifiquen un peligro para la competencia deben caracterizarse por contener procedimientos acelerados; la revisión de las fusiones debe desarrollarse dentro de un plazo razonable. Los países miembros deben asegurarse de que las normas, políticas, prácticas y procedimientos sean

⁹⁵⁶ RECOMMENDS as follows to Governments of Member countries:

A. Notification and Review Procedures

1. Merger review should be effective, efficient, and timely.

1. Member countries should ensure that the review process enables competition authorities to obtain sufficient information to assess the competitive effects of a merger.

2. Member countries should, without limiting the effectiveness of merger review, seek to ensure that their merger laws avoid imposing unnecessary costs and burdens on merging parties and third parties. In this respect, Member countries should in particular:

1. Assert jurisdiction only over those mergers that have an appropriate nexus with their jurisdiction;

2. Use clear and objective criteria to determine whether and when a merger must be notified or, in countries without mandatory notification requirements, whether and when a merger will qualify for review;

3. Set reasonable information requirements consistent with effective merger review;

4. Provide procedures that seek to ensure that mergers that do not raise material competitive concerns are subject to expedited review and clearance; and

5. Provide, without compromising effective and timely review, merging parties with a reasonable degree of flexibility in determining when they can notify a proposed merger.

3. The review of mergers should be conducted, and decisions should be made, within a reasonable and determinable time frame.

2. Member countries should ensure that the rules, policies, practices and procedures involved in the merger review process are transparent and publicly available, including by publishing reasoned explanations for decisions to challenge, block or formally condition the clearance of a merger. Ídem, pp. 4-5.

transparentes y accesibles al público, conjuntamente con la motivación de la autoridad de competencia.

En adición a ello, señala que las leyes de fusiones deben garantizar la equidad procesal, a efectos de que las empresas que se fusionen tengan oportunidad de conocer el porqué de la prohibición de su pretensión, así como tengan ocasión de responder y el derecho a solicitar la revisión, dentro de plazos razonables, por un órgano de adjudicación separado de las decisiones de ejecución desfavorables definitivas sobre la legalidad de una fusión⁹⁵⁷.

Asimismo, enfatiza en que las partes deberían tener la oportunidad de consultar a la autoridad de competencia, en la etapa pertinente, acerca de cualquier cuestión legal o práctica que se suscite durante el periodo de investigación. Aspecto importante también es el que los terceros con interés legítimo en la concentración materia de análisis, pueda manifestar su opinión durante el proceso de revisión. Por otro lado, una ley de fusiones no debería tratar de manera menos favorable a las empresas extranjeras. Así como el proceso de revisión de fusiones debe proteger los secretos comerciales y toda otra información confidencial de las empresas participantes que la autoridad de competencia obtenga de cualquier fuente y en cualquier etapa del proceso de revisión⁹⁵⁸.

Las recomendaciones en cuanto a coordinación y cooperación dicen que «los países miembros deberían, sin comprometer la aplicación efectiva de la

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

⁹⁵⁸ 4. *Merging parties should be given the opportunity to consult with competition authorities at key stages of the investigation with respect to any significant legal or practical issues that may arise during the course of the investigation.*

5. *Third parties with a legitimate interest in the merger under review, as recognised under the reviewing country's merger laws, should have an opportunity to express their views during the merger review process.*

6. *Merger laws should treat foreign firms no less favourably than domestic firms in like circumstances.*

7. *The merger review process should provide for the protection of business secrets and other information treated as confidential under the laws of the reviewing jurisdiction that competition authorities obtain from any source and at any stage of the review process.* Ibídem.

legislación nacional, tratar de cooperar y coordinar sus exámenes de las fusiones transnacionales en los casos apropiados. Al aplicar su legislación en materia de fusiones, deben tener por objeto la solución de los problemas de competencia internos derivados de la fusión concreta objeto de examen y deben esforzarse por evitar incoherencias con los recursos solicitados en otras jurisdicciones de examen»⁹⁵⁹.

Del mismo modo, «se alienta a los países miembros a que faciliten la cooperación y coordinación efectivas de los exámenes de las fusiones, y a que consideren la posibilidad de tomar medidas, incluida la legislación nacional, así como los acuerdos bilaterales y multilaterales u otros instrumentos, mediante los cuales puedan eliminar o reducir los obstáculos a la cooperación y coordinación»⁹⁶⁰.

Además, «los países miembros deberían alentar a las partes que se fusionan a facilitar la coordinación entre las autoridades de competencia, en particular con respecto al calendario de las notificaciones y la concesión de renunciaciones voluntarias a los derechos de confidencialidad, sin extraer ninguna inferencia negativa de la decisión de una parte de no hacerlo»⁹⁶¹.

⁹⁵⁹ B. *Co-ordination and Co-operation*

1. *Member countries should, without compromising effective enforcement of domestic laws, seek to co-operate and to co-ordinate their reviews of transnational mergers in appropriate cases. When applying their merger laws, they should aim at the resolution of domestic competitive concerns arising from the particular merger under review and should endeavour to avoid inconsistencies with remedies sought in other reviewing jurisdictions.* *Ibidem.*

⁹⁶⁰ 2. *Member countries are encouraged to facilitate effective co-operation and co-ordination of merger reviews, and to consider actions, including national legislation as well as bilateral and multilateral agreements or other instruments, by which they can eliminate or reduce impediments to co-operation and co-ordination.* *Ibidem.*

⁹⁶¹ 3. *Member countries should encourage merging parties to facilitate co-ordination among competition authorities, in particular with respect to the timing of notifications and provision of voluntary waivers of confidentiality rights, without drawing any negative inferences from a party's decision not to do so.* *Ibidem.*

También «los países miembros deberían establecer salvaguardias relativas al tratamiento de la información confidencial obtenida de otra autoridad de competencia»⁹⁶².

Las recomendaciones en relación a recursos y atribuciones de las autoridades de competencia, «los países miembros deben velar por que las autoridades de competencia dispongan de poderes suficientes para llevar a cabo una revisión eficiente y eficaz de las fusiones, y para cooperar y coordinar eficazmente con otras autoridades de competencia en la revisión de las fusiones transnacionales. Deben ser conscientes de que las autoridades de competencia necesitan recursos suficientes para llevar a cabo estas tareas»⁹⁶³.

Por último, las recomendaciones respecto a revisión periódica alude a que los países miembros deberían revisar regularmente sus normas sobre concentraciones empresariales y estar al tanto de su aplicación práctica para que, de esta manera, logren obtener los mejores resultados⁹⁶⁴.

Pasando a otro punto, es importante resaltar que la OCDE incita a los países que no son miembros, como es el caso de Perú, a que sigan sus recomendaciones y las implementen.

En ese marco, el acercamiento de Perú a la OCDE comenzó en el 2008, considerándose a nuestro país como miembro observador del Comité de Inversiones de la OCDE, lo cual significó una evidencia de confianza y, como consecuencia, se generó un mejor ambiente para las futuras inversiones⁹⁶⁵. Un

⁹⁶² 4. *Member countries should establish safeguards concerning the treatment of confidential information obtained from another competition authority.* OECD. *Recommendation of the Council on Merger Review*, 2021, p. 6.

⁹⁶³ C. *Resources and Powers of Competition Authorities*

Member countries should ensure that competition authorities have sufficient powers to conduct efficient and effective merger review, and to effectively co-operate and co-ordinate with other competition authorities in the review of transnational mergers. They should be cognisant that competition authorities need sufficient resources to fulfil these tasks. Ibidem.

⁹⁶⁴ D. *Periodic Review*

Member countries should review their merger laws and practices on a regular basis to seek improvement and convergence towards recognised best practices. Ibidem.

⁹⁶⁵ CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO. *Perú 2021: país OCDE*. Segunda edición. Lima: Centro Nacional de Planeamiento Estratégico, 2016, pp. 46-47. <https://www.ceplan.gob.pe/wp->

año después, Perú formó parte del Centro de Desarrollo de la OCDE, espacio cuyo objetivo es apoyar a los países en vías de desarrollo mediante la recomendación de adopción de políticas que mejoren la calidad de vida de la población.

Es así que, en el 2014, Ollanta Humala, presidente de la república de aquel entonces, expresó la intención de que Perú sea miembro de la OCDE llegado el año 2021. Motivo por el cual Perú buscó pertenecer al instrumento de la OCDE llamado «Programa País».

Bajo ese tenor, en atención a la promoción de la política de competencia en países de América Latina y el Caribe por parte de la OCDE y el BID, organizan el Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia (FLACC), el cual se lleva a cabo de manera anual, donde funcionarios de los diversos países pertenecientes comparten sus experiencias con la finalidad de lograr potenciar las políticas de competencia.

La dinámica es la siguiente: el país interesado propone que se le evalúe. Perú se propuso en la sexta reunión del FLACC⁹⁶⁶: «[...] queremos agradecer al [g]obierno peruano que se haya presentado de forma voluntaria para someterse a un examen inter-pares y a todos los que tuvieron la amabilidad de aceptar participar en las reuniones de la misión de estudio que tuvo lugar en Lima del 28 de mayo al 1 de junio de 2018»⁹⁶⁷.

¿Cómo se manifiesta esta evaluación? Mediante el examen inter-pares del Derecho y política de competencia, el cual consiste en proveer información respecto a cómo potenciar y fortalecer las instituciones de competencia en base a la revisión de las leyes y políticas del país sometido a evaluación por parte de otros miembros de la comunidad internacional⁹⁶⁸.

content/uploads/files/Documentos/peru_2021_-_pais_ocde-_espanol_impresion_09-02-2015_final_0.pdf

⁹⁶⁶ OCDE. *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia*: Perú, 2018, p. 4.

⁹⁶⁷ *Ibidem*.

⁹⁶⁸ *Ídem*, p. 3.

En consecuencia, con el fin de ingresar a la OCDE, Perú solicitó su evaluación. Por lo que en 2018 se publicó los Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: «Este trabajo es consecuente con las políticas y objetivos de las dos organizaciones: respaldar las políticas pro-competitivas y las reformas regulatorias que fomentarán el crecimiento económico de América Latina y el Caribe»⁹⁶⁹.

En dicho documento, se recomienda adoptar un procedimiento de control de concentraciones, puesto que «la aplicación de sistemas de notificación previa se justifica en que es mucho más sencillo prevenir un problema de restricción de la competencia derivado de una operación con consecuencias estructurales que solucionar ese problema ex post»⁹⁷⁰.

En ese sentido, dictó una serie de elementos para ser tomados en cuenta a la hora de aprobar el control de concentraciones:

- Si se establece un régimen de control de concentraciones aumentarán de manera considerable tanto las responsabilidades del organismo de competencia como la carga de trabajo que soporta. Habida cuenta de que, de aprobarse un régimen de control de concentraciones, éste se sumaría a las actividades de tutela de la competencia ya existentes, tendrá que dotarse a los órganos encargados del control de concentraciones con los recursos y atribuciones adicionales que necesiten para ejercer sus funciones de manera adecuada.

Este problema guarda relación con las recomendaciones sobre dotación de recursos anteriormente expuestas. La dotación actual de recursos de personal y financieros de los órganos de competencia del Indecopi es insuficiente. Si se pretende que el Indecopi se haga cargo de unos procedimientos de examen de concentraciones largos y complejos —dentro de unos plazos limitados—, tendrá que aumentar de manera considerable los recursos de que disponen sus órganos de competencia y especializar a sus miembros.

⁹⁶⁹ Ídem, p. 4.

⁹⁷⁰ Ídem, p. 136.

- Es importante que el organismo de competencia se encuentre debidamente habilitado para evaluar de manera eficaz las concentraciones. A tal fin, ese organismo debe estar facultado para obtener información suficiente que le permita evaluar los efectos sobre la competencia de una concentración. Tal prerrogativa podría reforzarse con la atribución de competencias para imponer sanciones en caso de que no se facilite la información o cuando se aporte información incompleta o errónea.
- La fijación de unos umbrales adecuados para determinar la jurisdicción es un elemento fundamental, a la par que muy complejo, para que prospere cualquier régimen de control de concentraciones; a pesar de ello, a veces se ignora su importancia. La fijación de estos umbrales establece un equilibrio entre la identificación de operaciones susceptibles de restringir la competencia y la reducción al mínimo de los costos que conlleva un régimen de control de concentraciones.
 - Un umbral importante a este respecto es el referido a la definición de una operación de concentración, cuya aplicación permite identificar las operaciones que consisten en una combinación duradera de activos anteriormente independientes y que son razonablemente susceptibles de restringir la libre competencia de forma permanente. La definición de este concepto es una tarea complicada, por lo que Perú debería esmerarse en la redacción de las disposiciones definitorias de las operaciones sujetas a control de concentraciones.
 - La manifestación más habitual del equilibrio entre la prevención de las concentraciones restrictivas de la competencia y la minimización de los costos suele encontrarse en los umbrales de control de las operaciones de concentración. De conformidad con la mejor práctica internacional, los umbrales de control de las operaciones de concentración deben ser claros y objetivos, de manera que tanto las empresas como el organismo de control de concentraciones puedan ponderarlos sin dificultad. Algunos ejemplos de umbrales de control de concentraciones claros y objetivos son el volumen de negocios, los activos totales o el valor de la operación. Las cuotas de mercado no se consideran un

umbral objetivo y claro por las dificultades que existen para calcularlas de manera precisa⁹⁷¹.

Precisamente, se emitió una opinión que distaba de la consideración de las cuotas de mercado como indicadores de los umbrales, sino que se alentaba a que sean considerados el tamaño o volumen⁹⁷², tal como luego fue tomado en cuenta en el decreto de urgencia. Incluso, se propuso que sea Indecopi el que se encargue de modificar los umbrales conforme se vaya desarrollando la aplicación del control de concentraciones:

Como alternativa a la fijación de umbrales de control de las operaciones de concentración en la legislación primaria, se podría facultar al Indecopi para que sea este quien establezca o modifique esos umbrales. Con esta medida, el Indecopi podría fijar unos umbrales que garantizaran un mayor equilibrio entre la identificación de operaciones restrictivas de la competencia y los costos del control de concentraciones, e ir ajustando dichos umbrales en función de la experiencia⁹⁷³.

En torno a la notificación previa, la OCDE se ha pronunciado del modo siguiente:

«Al mismo tiempo, el correcto funcionamiento de un sistema de notificación previa a la concentración —y el prestigio internacional de la autoridad de competencia— dependerá de manera decisiva de que se prevean unos términos y plazos de examen adecuados, transcurridos los cuales el período de suspensión se dará por cumplido de manera automática y las partes podrán llevar a cabo la concentración aun cuando no hayan recibido la autorización correspondiente. Se recomienda que estos términos y plazos sean breves a fin de que se ajusten a la realidad empresarial y no limiten indebidamente la gran mayoría de concentraciones notificadas que, por no restringir la competencia, se autorizarían de manera incondicional. El examen de las concentraciones dentro de esos plazos ajustados podría agilizarse mediante la aprobación de mecanismos simplificados de notificación de concentraciones para aquellas

⁹⁷¹ Ídem, pp. 137-138.

⁹⁷² Ídem, p. 138.

⁹⁷³ Ídem, pp. 138-139.

operaciones potencialmente menos problemáticas para la competencia y con la introducción de una segunda fase de instrucción de mayor duración que se seguiría únicamente cuando el Indecopi entienda que una concentración puede ser lesiva para la libre competencia. La existencia de plazos ajustados para el examen de las operaciones de concentración aboga en favor de las recomendaciones de dotar de recursos y prerrogativas adicionales al área de competencia»⁹⁷⁴.

La OCDE ha establecido tres Centros Regionales para la Competencia (RCC, por su sigla en inglés: *Regional Centre for Competition*) en países estratégicos, con el objetivo de que se difunda las políticas de competencia a nivel mundial a través de la capacitación a los funcionarios.

En ese sentido, en noviembre de 2019, el Consejo de la OCDE eligió a Perú como el tercer país sede de uno de los Centros Regionales para la Competencia, creándose, así, el Centro Regional para la Competencia en América Latina, a cargo del Indecopi⁹⁷⁵.

Los otros dos centros regionales están ubicados en Seúl, Corea del Sur (*Competition Programme OECD/Korea Policy Centre [KPC]*), dirigido a capacitar a los funcionarios de Asia; y en Budapest, Hungría (*OECD-GVH Regional Centre for Competition*), enfocado en la capacitación a los funcionarios de Europa del Este.

A continuación, las siguientes cinco tendencias políticas expuestas por la OCDE en material de control de fusiones⁹⁷⁶:

⁹⁷⁴ Ídem, p. 140.

⁹⁷⁵ «The OECD Regional Centre in Latin America (RCC) is a joint venture between the Peruvian Competition Authority (INDECOPI) and the OECD. The RCC was established in 2019 and provides competition support to 23 jurisdictions and two regional communities (Argentina; Barbados; Bolivia; Brazil; Chile; Colombia; Costa Rica; Dominican Republic; Ecuador; El Salvador; Guatemala; Guyana; Honduras; Jamaica; Mexico; Nicaragua; Panama; Paraguay; Peru; Trinidad and Tobago; Uruguay; Venezuela; Andean Community; and the Caribbean Community [CARICOM]). Out of all RCC jurisdictions, only one is yet to introduce competition legislation». OECD. *OECD Competition Trends 2021*. Volume II: Global Merger Control, 2021. Consulta: 12 de agosto de 2021. <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>

⁹⁷⁶ Ídem, pp. 25-31.

En primer lugar, surge la pregunta de si en realidad las fusiones son tan problemáticas como se piensa. Esto en respuesta a aquella postura que afirma que el control de concentraciones no limita el incremento de la concentración del mercado. Por otro lado, se ha sugerido que se aumente el rigor del control de concentraciones como una respuesta política, ya que, a nivel mundial, se han estado aprobando concentraciones empresariales de manera benévola, lo cual ha conllevado a niveles problemáticos de concentración y poder de mercado.

En segundo lugar, se refiere a los umbrales de notificación: cómo saber cuándo se está ante un umbral adecuado. En el 2016, la OCDE publicó cómo estos umbrales serían claros y fáciles de cumplir. Desde entonces surgieron dos tendencias: los regímenes simplificados para los casos donde no hay mucha probabilidad de que se origine un riesgo competitivo, y el aumento de la preocupación por aquellas concentraciones que están fuera de los umbrales de notificación pero que, aun así, pueden resultar peligrosas para la libre competencia. En adición, se ha estudiado el método de conceder a los organismos de defensa de competencia la revisión de concentraciones empresariales que estén por debajo de lo establecido por los umbrales.

En tercer lugar, alude a los desarrollos sustantivos. Estos los divide en «un renacimiento de las teorías verticales y conglomeradas del daño» (*a renaissance for vertical and conglomerate theories of harm*), «mayor atención a la competencia dinámica y a la protección de la competencia potencial» (*increased focus on dynamic competition and protecting potential competition*), «mayor interés en las preocupaciones no basadas en los precios» (*greater interest in non-price concerns*).

En cuarto lugar, señala al seguimiento a los efectos de las fusiones en los proveedores y los mercados de trabajo (*monitoring the effects of mergers on suppliers and labour markets*).

Por último, la interacción con consideraciones de interés público (*interaction with public-interest considerations*). Como bien sabemos, los

objetivos tradicionales de la competencia son la protección del consumidor y un proceso competitivo efectivo; sin embargo, muchas jurisdicciones también promueven consideraciones de interés público que van más allá de los resultados económicos. Por ejemplo, el considerar la salvaguarda de los puestos de trabajo y la protección de los derechos de los trabajadores de las empresas que planean fusionarse.

Ante las cinco tendencias políticas expuestas por la OCDE en torno al control de fusiones, cabe preguntarnos: ¿tan conveniente resulta ser parte de la OCDE? ¿Por qué hay muchas ansias por pertenecer a dicha organización? Se dice que la OCDE promueve políticas públicas en aras de mejorar el bienestar económico y social de la población. Asesora a los gobiernos y fija estándares internacionales «en ámbitos que van desde la mejora del desempeño económico y la creación de empleo al fomento de una educación eficaz o la lucha contra la evasión fiscal internacional»⁹⁷⁷.

La importancia de pretender ser miembro de la OCDE radica en que permitiría un mayor lazo e interrelación con países miembros, motivo por el cual se estaría presto a establecer una efectiva colaboración, en aras del cumplimiento de las políticas públicas establecidas, asimismo, el intercambio de experiencias en estrategias de fomento de prosperidad. La OCDE es una fuente de información segura en cuestión a estadísticas. Aporte al desarrollo de competitividad y ética del sector privado. Cada miembro recibe una especie de «certificación ISO», la misma que «asegura la idoneidad y cumplimiento de las políticas públicas y otros indicadores de desarrollo socioeconómico, que conducirán a nuestro país a ser una economía desarrollada en el mediano plazo. Este hecho constituye un activo intangible sumamente valioso que poseen los países miembros de la OCDE, activo que el Perú aspira lograr próximamente»⁹⁷⁸.

⁹⁷⁷ <https://www.oecd.org/acerca/>

⁹⁷⁸ CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO. Perú 2021: país OCDE. Segunda edición. Lima: Centro Nacional de Planeamiento Estratégico, 2016, p. 17. <https://www.ceplan.gob.pe/wp->

A grandes rasgos, para ser miembro de la OCDE, el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (Ceplan)⁹⁷⁹ indica que se requiere que el gobierno cuente con políticas claras en materia económica y social, y con indicadores que sean sinónimo de garantía de estabilidad y crecimiento económicos. Por ejemplo, debe garantizar la expansión de los mercados exportadores; incentivar una educación óptima para que la población desarrolle las habilidades requeridas por la demanda laboral, así como potenciar la investigación; etc.

Bajo ese tenor, son evidentes las brechas y desafíos por afrontar aún. Del estudio realizado por el Ceplan⁹⁸⁰ se demuestra que Perú no ha logrado consolidar indicadores institucionales y de provisión de servicios. Por su parte, a nivel sudamericano, Chile es el primer país que logró pertenecer a la OCDE en el año 2010, gracias a su tasa de crecimiento anual del PBI cerca al 5% durante las dos últimas décadas; asimismo, hubo una significativa reducción de la pobreza e implementación de leyes que regulan la libre competencia.

Considerando como referencia las condiciones en las que se encontraba Chile al momento de ser incluido como miembro de la OCDE, a Perú le falta la aplicación de políticas públicas enfocadas en el control de violencia y estabilidad política, control de la corrupción, efectividad gubernamental, nivel de exportaciones, provisión de agua potable y calidad regulatoria⁹⁸¹.

Ahora bien, el actual contexto pandémico provoca que diversos mercados se concentren. Consecuentemente, muchas empresas buscaron fusionarse con competidores que cuentan con condiciones óptimas pese al escenario generado.

El 2020 fue un año caótico en diversos aspectos. El COVID-19 ha impactado en el comportamiento de las empresas, tal vez más de lo que podemos imaginar. Tanto es así que, por ejemplo, se han originado precios

⁹⁷⁹ Ídem, p. 18.

⁹⁸⁰ Ídem, pp. 45-46.

⁹⁸¹ Ídem, pp. 46-47.

excesivos y acuerdos entre competidores. En adición a ello, se originaron situaciones de escasez ante la demanda de productos específicos y la no correlación con la producción y distribución como consecuencia del confinamiento decretado por el gobierno⁹⁸².

En el mediano plazo, como consecuencia de la crisis desatada por el COVID-19, surgirá un incremento del nivel de concentración en los mercados, puesto que algunas empresas saldrán del mercado y otras buscarán fusionarse para salvaguardar su permanencia en él. Es por ello que en esta circunstancia de pandemia resulta realmente crucial un adecuado control a las concentraciones empresariales, con miras a evitar daños considerables en la estructura del mercado⁹⁸³. En ese sentido, el Indecopi tendrá que enfrentar nuevos escenarios, teniendo en cuenta la crisis económica y la incertidumbre que esta conlleva.

Dicho sea de paso, debido a la incipiente implementación del control a las concentraciones empresariales en el Perú, es un salto al vacío pretender realizar un análisis respecto a cómo la autoridad de competencia variará su comportamiento tras la suscitación del Covid-19. Ello debido a que en nuestro país aún no contamos con una cultura en materia de competencia en torno al tratamiento de las operaciones de concentración empresarial.

Según la página web de la OCDE, el 25 de enero de 2022 el Consejo de la OCDE tomó la decisión de empezar las conversaciones con Perú, Argentina y Brasil para su adhesión a la organización⁹⁸⁴. Esto significó un avance para quienes bregaron para que Perú sea considerado miembro de la OCDE, lo cual es una política de Estado desde el año 2012 y ha sido ratificado por los gobiernos posteriores⁹⁸⁵.

⁹⁸² OCDE. *Respuestas OCDE de política de competencia ante la crisis de COVID-19*. s/l, 27 de abril, 2020, pp. 4-5.

⁹⁸³ *Ibidem*.

⁹⁸⁴ OECD. *La OCDE y Perú: Una relación de beneficio mutuo*, 2022, s/l, s/f. Consulta: 2 de agosto de 2022. <https://www.oecd.org/latin-america/paises/peru/>

⁹⁸⁵ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Perú es invitado a iniciar el proceso de adhesión a la OCDE*. Lima, 25 de enero. 2022. Consulta: 1 de julio de 2022.

Ahora bien, ya que la presión política y económica respecto a este tema recaerá sobre el Indecopi, se recomendó que se adopten medidas para que se refuerce su autonomía e independencia como entidad⁹⁸⁶.

Por último, cabe mencionar que la OCDE ha expresado, en reiteradas ocasiones, la recomendación de implementar un sistema de control a las concentraciones empresariales, lo que nos lleva a concluir que los intereses no colectivos han propiciado que pueda generarse una estructura de norma que no ataca el problema de fondo. Por el contrario, lo que hace es «paliar» el problema en cuestión a su forma. En consecuencia, el apresuramiento de la dación de la Ley N.º 31112 se dio únicamente para contentar a la audiencia.

3.2. ¿Los umbrales de notificación establecidos enfrentan al problema?

A efectos de la notificación, según lo estipulado en la Ley N.º 31112, se tomará en cuenta para los umbrales tanto el valor de las ventas o ingresos brutos anuales, o el valor de los activos. En ese sentido, la suma total de todas las empresas involucradas debe ser igual o mayor a 118 000 (ciento dieciocho mil) UIT y el valor de al menos dos de las empresas debe ser igual o mayor a 18 000 (dieciocho mil) UIT.

Bajo ese tenor, ya que durante el año 2023 el valor de la UIT es de S/4 950.00 (cuatro mil novecientos cincuenta y 00/100 soles), el umbral para el valor de la suma tiene que ser igual o mayor a S/584 100 000.00 (quinientos ochenta y cuatro millones cien mil y 00/100 soles) y el umbral para el valor individual de cada una de las dos empresas debe ser igual o mayor a S/89 100 000.00 (ochenta y nueve millones cien mil y 00/100 soles).

Ahora bien, la Exposición de Motivos del Decreto de Urgencia N.º 013-2019 explica que, conforme a lo señalado por el Indecopi, los umbrales establecidos han sido decididos así por ser el resultado del promedio de los

<https://www.gob.pe/institucion/rree/noticias/579114-peru-es-invitado-a-iniciar-el-proceso-de-adhesion-a-la-ocde>

⁹⁸⁶ OCDE. *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia*: Perú, 2018, p. 140.

umbrales fijados en los países miembros de la OCDE⁹⁸⁷. Esto demuestra, desde ya, la ineptitud por parte de los funcionarios públicos de nuestro país, puesto que la realidad peruana es distinta a la de los otros países, por más de que estos sean latinoamericanos.

Es así que los umbrales de notificación han dejado afuera a lo realmente importante: el mercado peruano ya está concentrado. Basta con señalar los casos que han sido abordados desde la entrada en vigencia de la Ley N.º 31112 para darse cuenta que los umbrales especificados poco o nada están actuando para salvaguardar la libre competencia.

3.3. La debilidad del modelo del Indecopi y su necesidad de reforma

Enfocándonos en la materia tratada, el Indecopi cumple el rol de ser el promotor de la libre competencia, además de ser el defensor del consumidor.

Bajo ese tenor, lo idóneo es que la autoridad de competencia cuente con los medios necesarios para aplicar las medidas correspondientes con miras a efectuar un adecuado control a las concentraciones empresariales, y, así, evitar perjuicios al bienestar de los consumidores.

Es por ello que como importante herramienta se requiere a la información. Al respecto, la profesora Tanja Goodwin menciona la importancia

⁹⁸⁷ «En lo que se refiere a los valores del umbral, el INDECOPI ha señalado lo siguiente:

[...]

7. Si usamos el valor promedio de los umbrales de ventas conjuntas e individuales de notificación de la lista de la OCDE como umbrales referenciales de partida, obtenemos un valor de 149 millones de dólares para el umbral de ventas conjuntas y de 22.5 millones de dólares para el umbral de ventas individuales. Estos valores promedio expresados en soles corrientes, arrojan umbrales de 489 millones de soles de ventas conjuntas y 74 millones de soles de ventas individuales respectivamente. En el caso peruano, resulta pertinente expresar los umbrales en unidades monetarias indexadas, específicamente a través del uso de las Unidades Impositivas Tributarias (UIT). En ese sentido, los umbrales promedio de los países de la OCDE equivalen a 118 mil UIT y 18 mil UIT respectivamente». Dicho extracto lo encontramos en la página 13 de la Exposición de Motivos al Decreto de Urgencia que Establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, haciendo referencia al Informe N.º 024-2019-ST-CLC-INDECOPI, de fecha 6 de marzo de 2019. Este informe fue parte del contexto de la elaboración del Proyecto de Ley N.º 4110/2018-PE, el cual el Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la República a través del Oficio N.º 073-2019-PR, de fecha 26 de marzo de 2019. Dato adicional a tomar en cuenta: recuérdese que en aquel entonces el tipo de cambio era de S/3.30 por cada dólar americano y una UIT era equivalente a S/4150.00 en el año 2018.

del desarrollo de las fuentes de información acerca de los mercados no regulados que podrá producirse, ya que los organismos reguladores ya se han encargado de proporcionar información de los mercados a su cargo: «acá hay un llamado a reforzar el levantamiento y procesamiento de información acerca de consumidores, padrones de consumos y desarrollo de mercados. En otras jurisdicciones se hacen estudios de mercado de manera regular, y creo que es una fuente bastante importante para tomar decisiones de manera adecuada y eficiente en el tiempo»⁹⁸⁸.

Además, para analizar dicha información se requiere personal capacitado para enfrentar este nuevo contexto, muy aparte de haber tenido experiencia con el control previo a las concentraciones empresariales contenido en la Ley N.º 26876 («Ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico»), pues las necesidades no son las mismas. Adicionalmente, se requiere ampliar el personal y, en consecuencia, también los recursos⁹⁸⁹.

Por otro lado, consideramos que los miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia deben ser contratados a tiempo completo. Se debe desterrar aquella práctica de contratar a vocales a tiempo parcial, puesto que el objetivo debería ser que estén enfocados con concentración exclusiva para resolver lo que se les designe. De esta manera, se evitará el conflicto de intereses que pelagra estar presente.

Otro punto que nos llama la atención es el de las multas como financiamiento de la institución. La misma OCDE lo reconoce así. El autofinanciamiento del Indecopi, en un 50% proviene de las multas. El porcentaje restante lo cubre los derechos antidumping y demás pagos de derechos que efectúan los usuarios⁹⁹⁰.

⁹⁸⁸ Intervención de Tanja Goodwin. CRUCELEGUI, Juan Luis y otros. Mesa Redonda: “Control de concentraciones empresariales: promoción de la competencia en los mercados”. Derecho & Sociedad. Lima, número 49, 2017, p. 290.

⁹⁸⁹ Intervención de Tanja Goodwin. *Ibíd.*

⁹⁹⁰ OCDE. *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia*. Óp. Cit., p. 41.

Ante esto es importante enfatizar que la autoridad que sanciona tiene que contar con legitimidad e institucionalidad que la respalde; de lo contrario, se da pie a que el sancionado cuestione la multa que se le imponga.

En adición, debemos tener en cuenta que con la gestión de Ana Beatriz Boza Dibós, quien fue presidenta del Directorio del Indecopi entre los años 1995 y 2000, el Indecopi empezó a comportarse como una entidad privada, buscando que ya no se reciba recursos del Estado, sino que su financiamiento dependa de las multas. Esta iniciativa se consolidó durante el periodo en el que Jaime Thorne León asumió la presidencia del Consejo Directivo del Indecopi (2006-2010). Prácticamente, hasta el día de hoy, lo recaudado de las multas va directamente al presupuesto ordinario de la entidad; por ende, entre otros destinos, se dirige a la planilla de sus funcionarios.

Bajo ese tenor, en el año 2013 la Cámara de Comercio de Lima emitió un pronunciamiento, al cual tituló «Comentarios y sugerencias de la Cámara de Comercio de Lima respecto de los criterios para la determinación de sanciones en el Indecopi», donde, precisamente, se pone énfasis en el propósito recaudatorio del cual debe carecer toda multa:

Las multas no deben tener propósito recaudatorio ni menos constituir fuente de ingresos para el financiamiento de las oficinas de la [e]ntidad [p]ública.

Si bien INDECOPI tiene ingresos por los servicios que presta y por las multas que recauda, lamentablemente no tiene una partida presupuestal que le asigne la Ley de Presupuesto de la República; lo que genera malestar entre los usuarios por cuanto consideran que las tasas por servicios son excesivamente elevadas y que el funcionamiento de la Entidad se financia con lo recaudado por la imposición de multas⁹⁹¹.

Por todo lo mencionado, no es difícil darnos cuenta de que una institución como Indecopi no puede tener la naturaleza de empresa privada.

⁹⁹¹ Puede visualizarse en la red a través del siguiente enlace: https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/196933/4_%20CamaradeComerciodeLima.pdf

Cabe hacer un llamado a la necesidad de la reforma del Indecopi, considerando fortalecer su institucionalidad.

En conclusión, el rol de la autoridad debe ir acorde a un modelo congruente y dirigido a salvaguardar el fin público; es decir, si bien es cierto, por un lado, son necesarios cambios a nivel estructural (personal capacitado, vocales a tiempo completo, multas como financiamiento, etc.), por otro lado, urge el cambio de naturaleza de empresa privada. De ese modo, nos acercamos más a la idea de garantizar, de manera efectiva, el control a las concentraciones empresariales.

TERCERA PARTE: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. CONCLUSIONES

- La ausencia de la evaluación previa a las concentraciones empresariales en el Perú contraviene al principio de libre competencia desde la economía social de mercado porque la protección al correcto funcionamiento del mercado se da siempre y cuando se genere bienestar para los consumidores, y esto se cumple toda vez que son efectivas aquellas dos formas de intervención estatal mediante las cuales se aplica las políticas de competencia: el control de conductas (control posterior o control *ex post*) y el control de estructuras (control previo o control *ex ante*).
- Los factores que determinan la necesidad de la evaluación previa a las concentraciones empresariales desde la economía social de mercado son económicos, políticos y sociales. Es decir, no tuvimos ley de concentraciones empresariales por una cuestión ideológica: los lineamientos de la economía de mercado primaron sobre los de la economía social de mercado.
- Las concentraciones empresariales necesitan ser reguladas desde la economía social de mercado para evitar el perjuicio al bienestar de los consumidores. Para dicho efecto, el Indecopi, como autoridad de competencia, tiene que reformar su modelo; es decir, efectuar cambios a nivel estructural (personal capacitado, vocales a tiempo completo, multas como financiamiento, etc.), así como la reforma de su naturaleza privada.
- La evaluación previa a las concentraciones empresariales no atenta contra la inversión privada ni frena el crecimiento de las empresas. Por el contrario, se trata de una garantía para que estas compitan libremente en un escenario seguro.
- Entendemos como «constitución económica» a aquel marco general que comprende al conjunto de normas y a los principios jurídicos que ordenan y regulan el funcionamiento de las actividades económicas de un determinado

país. Es el orden económico establecido en la Constitución, lo cual forma parte de su contenido esencial. En ese sentido, a partir de la constitución económica de 1993 el Estado peruano cumple un rol fundamental en nuestro sistema de organización económica al garantizar el respeto hacia la libre competencia.

- El Tribunal Constitucional del Perú, como conclusión final a raíz del análisis de sus diversas sentencias, expone que estamos frente a una economía de mercado con rasgos de un Estado social (una «tercera vía»); lo cual significa que, así como el Estado no puede ser indiferente al ejercicio de las actividades económicas de los particulares, tampoco puede interferir arbitraria e injustificadamente en ese ámbito de libertad, ya que tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos en función al respeto de los tres componentes fundamentales del modelo económico constitucional vigente: el bienestar social, la libre competencia y el velar por un Estado subsidiario y solidario.
- No hay una auténtica economía social de mercado en el Perú ni un respeto pleno a las libertades económicas. La Constitución de 1993 redujo la función social del Estado. Es por ello que hay una baja incidencia regulatoria.
- El hecho de que la competencia sea un elemento central para el desenvolvimiento de la economía social de mercado no quiere decir que sea autosuficiente, sino que debe ser creada y respaldada por un marco general de reglas. En ese tenor, el Estado, además de crear el ordenamiento respectivo, debe vigilar estas reglas de juego y asegurarse de que se respeten para evitar su vulneración. Razones por las cuales, la economía social de mercado considera de manera imprescindible que estén presentes los controles y limitaciones para el desenvolvimiento de las actividades económicas.
- El control a las concentraciones empresariales es un instrumento para garantizar una leal y libre competencia. Además, debe tenerse en cuenta la

protección al consumidor. En ese sentido, dicho control no atenta contra la inversión privada ni frena el crecimiento de las empresas. Al contrario, cumple el papel de ser una garantía para que estas compitan en un escenario seguro.

- Si bien es cierto, en el año 2021 pudo concretarse la ley que regula las operaciones de concentración empresarial, esta solo cumple una función simbólica, puesto que la finalidad para la que fue creada no logra evitar las operaciones trascendentes: el mercado, de por sí, ya está concentrado. Lo único que han generado los umbrales establecidos es que se deje fuera de su rango a los márgenes realmente importantes.
- Los aspectos que sustentan la función simbólica de la Ley N.º 31112 son el apresuramiento para pertenecer a la OCDE; los umbrales que no enfrentan el problema; y la debilidad del modelo del Indecopi y su necesidad de reforma.

2. RECOMENDACIONES

- Debido a la naturaleza de la economía social de mercado, los legisladores deben incidir en regular los asuntos pendientes en materia económica, a efectos de contrarrestar el bajo ámbito regulatorio existente hoy en día.
- Se requiere de ciertos ajustes institucionales en el Indecopi. Por ejemplo, que los miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia trabajen a tiempo completo y que perciban un sueldo. Del mismo modo, debe fortalecerse la capacitación al personal de dicha comisión, ya que no se puede comparar la experiencia ganada con el control previo a las concentraciones empresariales del sector eléctrico con la de la obtenida por una ley que regule las concentraciones empresariales que se generen en distintos sectores económicos.
- Es necesaria la reforma del Indecopi. Debe quedar en el pasado su naturaleza de empresa privada. Las multas ya no pueden ser parte del financiamiento de la institución. De este modo, podrá fortalecerse su institucionalidad.
- Se sugiere realizar un análisis exhaustivo para el establecimiento de umbrales de notificación: unos más palpables acorde a la realidad del mercado peruano, los cuales tomen en cuenta cifras reales basadas en los casos que se han venido suscitando hasta el momento y no unas cifras que aparentemente frenan el efecto anticompetitivo pero que, en realidad, no cumplen dicho fin. Debe dejarse de lado la función simbólica que proyecta y, por el contrario, tiene que perseguir su finalidad, por el bien de la salvaguarda de la libre competencia y de la protección a los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

LIBROS

- 1) ABANTO, Manuel (1997). *El derecho de la libre competencia*. Lima: Editorial San Marcos.
- 2) AGUILAR, Javier (2000). *La libre competencia*. Ciudad de México: Oxford University Press.
- 3) ALFONSO, Rosalía (directora) (2008). *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*. Navarra: Aranzadi.
- 4) ARANZAMENDI, Lino (2010). *Investigación jurídica*. Lima: Grijley.
- 5) ARIÑO, Gaspar (1993). *Economía y Estado*. Madrid: Marcial Pons.
- 6) ARIÑO, Gaspar (1995). *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- 7) ARIÑO, Gaspar (2003). *Principios de derecho público económico*. Lima: Cordillera.
- 8) ARIÑO, Gaspar (2004). *Principios de derecho público económico*. Lima: ARA Editores.
- 9) AROZAMENA, María Jesús (1993). *Las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas; Fundación Universidad-Empresa.
- 10) BARRETO, Emilio (1999). *Economía social de mercado con desarrollo económico y social sostenido*. Lima: Artes Diseños e Impresiones.
- 11) BAYLOS, Hermenegildo (2009). *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. Tercera edición. Navarra: Aranzadi; Civitas.

- 12)BEDREGAL, Guillermo (1992). *Los modelos económicos. Historia, contenidos y vigencia*. La Paz: Juventud, Fudena (Fundación para el Desarrollo Nacional), Yale Club of Bolivia.
- 13)BELLO, María y Francisco HERNÁNDEZ (coordinadores) (2009). *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Navarra: Aranzadi.
- 14)BENEYTO, José María y Jerónimo MAILLO (directores) (2009). *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*. Barcelona: Bosch.
- 15)BERCOVITZ, Alberto (2006). *Apuntes de derecho mercantil*. Séptima edición. Navarra: Aranzadi.
- 16)BERNALES, Enrique (2012). *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Sexta edición. Lima: Idemsa.
- 17)BRIONES, Juan (1999). *El control de concentraciones en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.
- 18)BULLARD, Alfredo (1996). *Estudios de análisis económico del derecho*. Lima: ARA.
- 19)BULLARD, Alfredo (2010). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores.
- 20)CABANELLAS, Guillermo (1983). *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires: Heliasta.
- 21)CALVO, Alfonso (2009). *Derecho antitrust europeo*. Tomo I: Parte General (La Competencia). Madrid: Colex.
- 22)CALVO, Alfonso y Javier CARRASCOSA (2006). *Las concentraciones de empresas*. Madrid: Colex.
- 23)CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA PERUANO-ALEMANA (1980). *Economía social de mercado. Coloquio peruano-alemán organizado en Lima*

durante los días 29 y 30 de junio y 1 de julio de 1979 con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer. Lima: Industrial Gráfica.

- 24) CARACCIOLO, Mercedes (coordinadora) (2017). *Economía social y solidaria en un escenario neoliberal: algunos retos y perspectivas.* Buenos Aires: CEUR (Centro de Estudios Urbanos y Regionales)-CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas).
- 25) CASTILLO, Mario (coordinador) (2008). *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi.* Volumen III. Lima: Palestra Editores.
- 26) CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO (CEPLAN) (2016). *Perú 2021: país OCDE.* Segunda edición. Lima: Centro Nacional de Planeamiento Estratégico. Consulta: 2 de julio de 2021. https://www.ceplan.gob.pe/wp-content/uploads/files/Documentos/peru_2021_-_pais_ocde-_espanol_impression_09-02-2015_final_0.pdf
- 27) CHANAMÉ, Raúl (editor) (2013). *La Constitución comentada.* Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- 28) COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (1995). *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II.* Lima: CAJ (Comisión Andina de Juristas).
- 29) CONTRERAS, Carlos y Manuel GRAVE (2002). *Estado y mercado en la historia del Perú.* Lima: Fondo editorial de la PUCP.
- 30) CORREA, Paulo y Frederico AGUIAR (2002). *Control de las fusiones en los países en desarrollo: enseñanzas de la experiencia del Brasil.* Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas. Consulta: 20 de julio de 2019. https://unctad.org/es/Docs/ditcclpmisc24_sp.pdf
- 31) CORTÁZAR, Javier (2011). *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios).* Bogotá: Temis; Pontificia Universidad Javeriana.

- 32) COSCULLUELA, Luis y Mariano LÓPEZ (2009). *Derecho público económico*. Tercera edición. Madrid: Iustel.
- 33) CREUS, Antonio (coordinador) (2008). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*. RDC (Revista de Derecho de la Competencia), monografía N.º 1. Madrid: AEDC (Asociación Española de Defensa de la Competencia); La Ley.
- 34) DE JUAN, OSCAR (1984). *La Constitución económica española: iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 35) DI FRANCO, Alberto (2015). *Los orígenes del pensamiento liberal en economía*. Lima: Universidad Nacional de Ingeniería, Editorial Universitaria.
- 36) DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL (2004). *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis.
- 37) DONAYRE, Christian (compilador) (2010). *Constitución, economía y empresa en el Perú*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- 38) DURAND, Julio (1995). *Tutela jurídica del consumidor y de la competencia*. Lima: San Marcos.
- 39) ECHAIZ, Daniel (coordinador) (2010). *Instituciones de derecho empresarial*. Lima: APECC (Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación).
- 40) EPSTEIN, Richard (2007). *El libre mercado bajo amenaza: cárteles, políticos y bienestar social*. Lima: Cordillera, UPC.
- 41) FERRAJOLI, Luigi (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Cuarta edición. Madrid: Trotta.

- 42) FLINT, Pinkas (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del decreto legislativo 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- 43) FLORES, Lourdes (2015). *La economía social de mercado: pasado, presente y futuro*. Lima: Instituto Pacífico.
- 44) FONT, Juan (1987). *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos.
- 45) FONT, Juan y Manuel PINO (coordinadores) (2005). *Estudios de derecho de la competencia*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons; Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.
- 46) FRIEDMAN, Milton (2012). *Capitalismo y libertad. Ensayos de política monetaria*. Selección y estudio preliminar a cargo de Francisco Cabrillo. Madrid: Fundación ICO (Instituto de Crédito Oficial).
- 47) FRIEDMAN, Milton y Rose FRIEDMAN (1980). *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*. Traducción de Carlos Rocha Pujol. Barcelona: Grijalbo.
- 48) FUNDACIÓN FRIEDRICH EBERT (1998). *Economía social de mercado: su dimensión social*. Caracas: Nueva Sociedad.
- 49) GALBRAITH, John (1991). *Historia de la Economía*. Traducción de Hernán Rodríguez-Campoamor. Buenos Aires: Ariel.
- 50) GALLEGOS, Luis (2010). *Economía social de mercado, medio ambiente y responsabilidad social empresarial. Principios del orden económico*. Segunda edición. Lima: Instituto de Estudios Social Cristianos; Fundación Konrad Adenauer.
- 51) GALLEGOS, Luis (2014). *La realidad peruana y la economía social de mercado. Parte 1: Precondiciones para implementar una Economía Social de Mercado (ESM) en el Perú. Datos para un Balance de situación*. Lima:

IPESM (Instituto Peruano de Economía Social de Mercado); Fundación Konrad Adenauer.

- 52) GARCÍA, Santiago (editor) (1980). *Economía social de mercado. Ponencias del Simposio Internacional de Economía Social de Mercado y documentación anexa*. Traducción de Santiago García Echevarría y María de los Ángeles Gil Estallo. Madrid: Esic (Escuela Superior de Gestión Comercial y Marketing).
- 53) GARCÍA, Santiago (1980). *Empresa y orden económico*. Madrid: Esic (Escuela Superior de Gestión Comercial y Marketing).
- 54) GINER, César (1994). *Distribución y libre competencia (el aprovisionamiento del distribuidor)*. Madrid: Montecorvo.
- 55) GREEN, Rosario (compiladora) (1983). *Los mitos de Milton Friedman*. México, D. F.: Ceestem (Centro de Estudios Económicos y Sociales del Tercer Mundo) y editorial Nueva Imagen.
- 56) GRIZIOTTI, Jenny (1961). *Historia de las doctrinas económicas modernas*. Traducción de Carlos Gerhard. México, D. F.: UTEHA (Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana).
- 57) GUTIÉRREZ, Walter (director) (2015). *La Constitución comentada*. Tres tomos. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- 58) HASSE, Rolf; SCHNEIDER, Hermann y Klaus WEIGELT (editores) (2004). *Diccionario economía social de mercado. Política económica de la A a la Z*. traducción de Klara Schrittenlocher y Birte Pedersen. Ciudad de México: Konrad Adenauer Stiftung; CIEDLA (Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano).
- 59) HAYEK, Friedrich von (2008). *Camino a la servidumbre*. Traducción de José Vergara Doncel. Madrid: Unión Editorial.

- 60) HERRERÍAS, Armando (2003). *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*. Quinta edición. México, D. F.: LIMUSA, Noriega Editores.
- 61) HOEGEN, Miguel von (1999). *La economía social de mercado: ¿una opción para Guatemala?* Ciudad de Guatemala: Universidad Rafael Landívar, IDIES (Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales).
- 62) INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (Indecopi) (2005). *Legislación y políticas de competencia en la Comunidad Andina*. Lima: Indecopi.
- 63) INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (Indecopi) (2014). *Perú: Una semana de competencia 2013*. Lima: Indecopi.
- 64) INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (Indecopi) (2015). *Metodología de análisis para la evaluación del impacto de transferencias de concesiones y asignaciones de espectro sobre las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones*. Documento de Trabajo N.º 02-2015/GEE. Lima: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi. Consulta: 10 de agosto de 2019. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/20.+Documento+de+trabajo+GEE+%28revGPD%292+%281%29.pdf/0492df94-e954-400a-8ec9-a1768c418a7b>
- 65) INSTITUTO DE ESTUDIOS HUMANÍSTICOS MIQUEL COLL ALENTORN (INEHCA) Y CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS Y SOCIALES (CEES) (2010). *Economía social de mercado. Economía de mercado, ética y justicia social en tiempo de crisis*. Barcelona, Colección Eugenio M. Recio, número 2.

- 66) KRESALJA, Baldo (2004). *La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado*. Lima: PUCP.
- 67) KRESALJA, Baldo (2010). *El principio de subsidiariedad en materia económica: análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Lima: Palestra Editores.
- 68) KRESALJA, Baldo y César OCHOA (2009). *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- 69) LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2016). *Derecho administrativo económico*. Navarra: Aranzadi; Civitas.
- 70) LANDA, César (2006). *Constitución y fuentes de derecho*. Lima: Palestra Editores S. A. C.
- 71) LAZARTE, Jorge (2005). *Libertad de empresa y servicio público: el concepto de servicio público en el Perú*. Lima: UPC (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas).
- 72) LÜCHINGER, René (editor) (2010). *Los doce economistas más importantes de la historia. De Soto: entre Smith y Stiglitz*. Traducción de Mariana Dimópulos. Lima: Norma.
- 73) MALDONADO, Jorge y Sebastián CASTILLO (editores) (2016). *Economía social de mercado. Una respuesta humanista que supera disyuntiva de Estado o mercado*. Santiago de Chile: UMC (Universidad Miguel de Cervantes); Fundación Konrad Adenauer; JC Sáez Editor SpA.
- 74) MANKIW, N. Gregory (2009). *Principios de Economía*. Traducción de New World Spanish by Pros. Quinta edición. México D.F.: Cengage Learning.
- 75) MÁRQUEZ, Pedro (1990). *Economía social de mercado. Hacia un orden de libertad, crecimiento y justicia*. Segunda edición. Lima: Instituto José Faustino Sánchez Carrión.

- 76) MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1988). *Derecho administrativo económico*. Madrid: La Ley.
- 77) MARTÍNEZ, Martha y Lucía VILLARÁN (2007). *Metodología de análisis para la evaluación del impacto de transferencias de concesiones y asignaciones de espectro sobre las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones*. Documento de Trabajo N.º 001-2007. Lima: Gerencia de Relaciones Empresariales (GRE) del OSIPTEL.
- 78) MASSAGUER, José y otros (directores) (2010). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Segunda edición. Navarra: Aranzadi; Civitas.
- 79) MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2022). *Perú es invitado a iniciar el proceso de adhesión a la OCDE*. Lima, 25 de enero. Consulta: 1 de julio de 2022. <https://www.gob.pe/institucion/rree/noticias/579114-peru-es-invitado-a-iniciar-el-proceso-de-adhesion-a-la-ocde>
- 80) MISES, Ludwig von (1986). *La acción humana. Tratado de Economía*. Traducción de Joaquín Reig Albiol. Cuarta edición. Madrid: Unión Editorial.
- 81) O'BRIEN, D. (1989). *Los economistas clásicos*. Madrid: Alianza.
- 82) ODRIOZOLA, Miguel (director) (2008). *Derecho español de la competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*. Tomo I. Barcelona: Bosch.
- 83) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2009). *Derecho y Política de la Competencia en Colombia*. s/l: OCDE; Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Consulta: 15 de agosto de 2019. <https://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>
- 84) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2014). *Evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile*. s/l: OCDE. Consulta: 15 de agosto de 2019.

http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf

85) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2018). *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú.*

86) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2020). *Merger control in the time of COVID-19.* s/l, 25 de mayo. Consulta: 9 de agosto de 2022. <https://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-in-the-time-of-COVID-19.pdf>

87) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2020). *Respuestas OCDE de política de competencia ante la crisis de COVID-19.* s/l, 27 de abril. Consulta: 7 de agosto de 2022. https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=132_132847-cy9jhse1oh&title=Respuestas-OCDE-de-politica-de-competencia-ante-la-crisis-de-COVID-19

88) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2021). *OECD Competition Trends 2021.* Volume II: Global Merger Control. Consulta: 15 de agosto de 2021. <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>

89) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2021). *Recommendation of the Council on Merger Review.* Consulta: 12 de setiembre de 2021. <https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40537528.pdf>

90) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2022). *OECD Competition Trends 2022.* Consulta: 20 de julio de 2022. <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf>

- 91) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2022). *La OCDE y Perú: Una relación de beneficio mutuo*. s/l, s/f. Consulta: 2 de agosto de 2022. <https://www.oecd.org/latin-america/paises/peru/>
- 92) POSNER, Eric (2002). *El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor de Ronald Coase*. Traducción de María Teresa Beingolea y Claudia Delfino. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).
- 93) QUINTANA, Eduardo (2013). *Libre competencia. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Lima: Indecopi.
- 94) QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ (1997). *La concentración de empresas y la libre competencia*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Cultural Cuzco.
- 95) QUISPE, Alfredo (2002). *La Constitución económica*. Lima: Gráfica Horizonte.
- 96) QUISPE, Ubaldo (2010). *Introducción a la economía*. Cuarta edición. Lima: Editorial San Marcos.
- 97) RADKE, Detlef (1996). *Economía social de mercado: ¿una opción para los países en transición y en desarrollo?* Segunda edición. Buenos Aires: CIEDLA (Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano); Konrad Adenauer.
- 98) RESICO, Marcelo (2011). *Introducción a la economía social de mercado: edición latinoamericana*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung.
- 99) REYES, Aníbal y otros (1979). *Derecho de la competencia*. Buenos Aires: Depalma.

- 100) RIVADENEIRA, Juan (2009). *Economía social de mercado*. Quito: Fundación Konrad Adenauer.
- 101) ROEL, Virgilio (1997). *El desarrollo económico según los mercantilistas, fisiócratas y liberales clásicos*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- 102) RONCAGLIA, Alessandro (2006). *La riqueza de las ideas: una historia del pensamiento económico*. Traducción de Jordi Pascual Escutia. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.
- 103) RUBIO, Marcial (2003). *La constitucionalización de los derechos en el Perú del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- 104) RUBIO, Marcial (1994). *Para conocer la Constitución de 1993*. Cuarta edición. Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo.
- 105) RUBIO, Marcial (2013). *Para conocer la Constitución de 1993*. Cuarta edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- 106) SÁNCHEZ, Manuel María (coordinador) (2008). *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*. Navarra: Aranzadi.
- 107) SÁNCHEZ-TABERNERO, Alfonso (1993). *Concentración de la comunicación en Europa: empresa comercial e interés público*. Barcelona: Centre d'Investigació de la Comunicació.
- 108) SARTORI, Giovanni (2003). *¿Qué es la democracia?* Buenos Aires: Taurus.
- 109) SCHMITT, Carl (1983). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- 110) SCHÜLLER, Alfred y Hans-Günter KRÜSSELBERG (editores) (1991). *Conceptos básicos sobre el orden económico*. Segunda edición. Traducción de Marciano Villanueva Salas. Madrid: Fundación Konrad Adenauer; Unión Editorial.

- 111) SEMINARIO SOBRE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO: ALTERNATIVA PARA EL DESARROLLO PERUANO (1989: LIMA, PERÚ) (1991). *Economía social de mercado: alternativa para el desarrollo peruano*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico; Fundación Konrad Adenauer.
- 112) SMITH, Adam (2015). *La riqueza de las naciones*. Traducción de Carlos Rodríguez Braun. s/l: Epublibre.
- 113) SOLÍS, Alejandro (2008). *Metodología de la investigación jurídico social*. Tercera edición. Lima: Editores ByB.
- 114) SORIANO, José (1998). *Derecho público de la competencia*. Madrid: Marcial Pons.
- 115) TORRES, Carlos (2000). *Constitución del Perú, 1993: antecedentes, fundamentos e historia documentada*. Segunda edición. Lima: Asesorandina Publicaciones.
- 116) TOVAR, Teresa (2006). *Derecho de la competencia y telecomunicaciones*. Lima: ARA Editores.
- 117) TRIBE, Lawrence y Michael DORF (2010). *Interpretando la Constitución*. Traducción de Jimena Aliaga Gamarra. Lima: Palestra Editores.
- 118) VARGAS, Gustavo (2006). *Introducción a la teoría económica. Un enfoque latinoamericano*. Segunda edición. Naucalpan de Juárez: Pearson Educación de México.
- 119) VARGAS, Rafael (2011). *Apuntes sobre el pensamiento liberal económico: de Smith al nuevo modelo de libre mercado*. Cusco: Instituto de Investigaciones en Ciencias Económicas de la Facultad de Economía de la Universidad Nacional de San Antonio de Abad del Cusco.
- 120) VELEIRO, Belén (2010). *Mercado y competencia*. Madrid: El Derecho.

- 121) VERA, José (2003). *Economía social de mercado en los sectores sociales. Una propuesta de reforma del Estado*. Lima: Esan (Escuela de Administración de Negocios para Graduados).
- 122) VICIANO, Javier (1995). *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 123) VI DIPLOMADO LATINOAMERICANO DE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO (2012). *La economía social de mercado. ¿Un concepto de ordenamiento para América Latina?* Santiago de Chile: Universidad Miguel de Cervantes; Fundación Konrad Adenauer.
- 124) YÁÑEZ, Eugenio (coordinador) (2015). *Economía social de mercado en América Latina. Realidad y desafíos*. Santiago de Chile: SOPLA (Programa Regional Políticas Sociales en América Latina), Fundación Konrad Adenauer.
- 125) ZAVALA, José y Joaquín MORALES (2010). *Derecho económico*. Tercera edición. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

ARTÍCULOS

- 126) ABANTO, Manuel (1997). "La protección penal de la competencia". *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 36, pp. 143-153.
- 127) AIMONE, Enrique y Adolfo SILVA (2015). "La noción de derecho económico". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, número XLIV, pp. 387-420.
- 128) ALARCÓN, Andrea (2016). "La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas". *Prolegómenos: Derechos y Valores-Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada*. Bogotá, volumen XIX, número 37, pp. 109-124.

- 129) ALARCÓN, Sergio (2015). “La probanza de las prácticas colusorias horizontales. ¿Es determinante el elemento volitivo en la determinación de prácticas colusorias horizontales?”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 256, pp. 173-177.
- 130) ALBERTÍ, Enoch (2012). “Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía”. En ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *La Constitución económica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- 131) ALBURQUERQUE, Francisco (2016). “La formación del pensamiento económico neoliberal”. Madrid: Instituto de Investigaciones PRAXIS, pp. 1-17. Consulta: 8 de mayo de 2018. <http://www.delalburquerque.es/images/subidas/la-formaci%C3%B3n-del-pensamiento-econ%C3%B3mico-neoliberal.pdf>
- 132) ÁLVAREZ, Ernesto (2014). “El modelo económico en la Constitución peruana”. *Ius et Veritas*. Lima, número 48, pp. 256-269.
- 133) ÁLVAREZ, Ernesto (2015). “Valores esenciales: libertad económica y dignidad”. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 90, pp. 17-20.
- 134) ALVEAR, Julio (2014). “Las nocivas tendencias del neocapitalismo: ¿economía liberal o economía social de mercado?”. *Revista Actualidad Jurídica*. Santiago de Chile-Concepción, número 30, pp. 215-249.
- 135) ARBULÚ, Juan (2012). “El control previo en las concentraciones empresariales como sistema de defensa de la competencia”. *Ita Ius Esto*. Piura, año 2, número 2, pp. 147-161. Consulta: 6 de setiembre de 2018. <http://www.itaiusesto.com/el-control-previo-en-las-concentraciones-empresariales-como-sistema-de-defensa-de-la-competencia/>
- 136) ARCHILA, Emilio (2010). “Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia”. *Con-texto. Revista de Derecho*

- y *Economía*. Bogotá, número 32, pp. 7-45. Consulta: 4 de agosto de 2019. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/2523/2150>
- 137) ARIÑO, Gaspar (1979). “La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, número 88, pp. 55-106.
- 138) ARMENGOL, Oriol (2008). “El procedimiento de control de concentraciones en la nueva Ley 15/2007”. En CREUS, Antonio (coordinador). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*. RDC (Revista de Derecho de la Competencia), monografía N.º 1. Madrid: AEDC (Asociación Española de Defensa de la Competencia); La Ley, pp. 417-434.
- 139) BARCIA, Rodrigo (2002). “De la competencia y de la concentración de la empresa”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, volumen LII, número 34, pp. 137-145.
- 140) BAREA, José (2003). “Constitución y nueva economía social”. *Ciriec-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa (Centre International de Recherches et d'Information sur l'Economie Publique, Sociale et Coopérative)*. Valencia, número 47, pp. 137-148.
- 141) BARRIGA, Mónica (2014). “El rol del Estado constitucional de derecho”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, número 153, pp. 83-89.
- 142) BASTERRA, Marcela (2000). “La defensa de la competencia en la Constitución argentina”. *Derecho PUC-Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, número 53, pp. 837-861.
- 143) BEAUMONT, Ricardo (2002). “Régimen económico constitucional: pequeñas empresas, libertad de contratar y defensa de los consumidores”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 100, pp. 103-109.

- 144) BELLO, María (2009). "Control de concentraciones de empresas". BELLO, María y Francisco HERNÁNDEZ (coordinadores). *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Navarra: Aranzadi, pp. 333-420.
- 145) BENECKE, Dieter (2016). "Economía social de mercado: ¿Puede imitarse el modelo alemán en América Latina?". En MALDONADO, Jorge y Sebastián CASTILLO (editores). *Economía social de mercado. Una respuesta humanista que supera disyuntiva de Estado o mercado*. Santiago de Chile: UMC (Universidad Miguel de Cervantes); Fundación Konrad Adenauer; JC Sáez Editor SpA; pp. 17-46.
- 146) BERNALES, Enrique (2002). "La Constitución de 1993: lo que debiera quedar". *Revista Institucional de la AMAG (Academia de la Magistratura): apuntes sobre la reforma constitucional*. Lima, número 6, pp. 61-87.
- 147) BLUME, Aldo y José Luis URRUCHI (2007). "Perspectivas y precisiones del Derecho de la Competencia". Entrevista a Juan Francisco Rojas Leo. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 28, pp. 20-23.
- 148) BLUME, Ernesto (1997). "La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia". *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 36, pp. 29-37.
- 149) BORK, Robert (2003). "La regla de la razón y el concepto per se: la fijación de precios y el reparto de mercados". *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 47, pp. 19-62.
- 150) BORÓN, Atilio (1983). "Mercado, Estado y democracia. Reflexiones en torno a una propuesta paleoliberal". En GREEN, Rosario (compiladora). *Los mitos de Milton Friedman*. México, D. F.: Ceestem (Centro de Estudios Económicos y Sociales del Tercer Mundo) y editorial Nueva Imagen, pp. 53-92.
- 151) BULLARD, Alfredo (1994). "La legislación antimonopólica y el mito del muro de Berlín". *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 30, pp. 243-260.

- 152) BULLARD, Alfredo (1994). “Los monopolios en la Constitución: entre el mito y la verdad”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 8-9, pp. 8-10.
- 153) BULLARD, Alfredo (1997). “¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 36, pp. 65-89.
- 154) BULLARD, Alfredo (2002). “Los monopolios en la reforma de la Constitución”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 100, pp. 119-127.
- 155) BULLARD, Alfredo (2003). “El regreso del Jedi (o de la discrecionalidad en la aplicación de las normas de libre competencia)”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 47, pp. 129-158.
- 156) BULLARD, Alfredo (2004). “La década de los noventas: la experiencia peruana en libre competencia”. En DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL. *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, pp. 39-49.
- 157) BULLARD, Alfredo, José HARO, Juan GARCÍA e Ivo GAGLIUFFI (2007). Mesa redonda: “Límites a la aplicación de las políticas de libre competencia”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 28, pp. 190-207.
- 158) BULLARD, Alfredo (2015). “Regulación constitucional de los monopolios y protección de la libre competencia”. En GUTIÉRREZ, Walter (director). *La Constitución comentada*. Tomo II. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 343-361.
- 159) CABRERA, Susana y Alberto ESCUDERO (2008). “Operaciones de reestructuración a la luz de la normativa de control de concentraciones”. En SÁNCHEZ, Manuel María (coordinador). *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*. Navarra: Aranzadi, pp. 325-390.
- 160) CÁCERES, Fernando (2002). “El porqué de la política de libre competencia”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 19, pp. 89-103.

- 161) CARBONELL, Miguel (2003). "Globalización y Derecho: siete tesis". *Revista de derecho de la PUCP*. Lima, número 56, pp. 157-173.
- 162) CARRERA, Enrique (2012). "El 'gun jumping' y la CNC". *El País*. Economía. Martes 10 de abril. Consulta: 29 de setiembre de 2019. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2012/04/10/economia/1334170544_850215.html
- 163) CASTRO, Lorena (2012). "La economía social de mercado en el Perú: vista del pasado y retos del futuro". En VI DIPLOMADO LATINOAMERICANO DE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO. *La economía social de mercado. ¿Un concepto de ordenamiento para América Latina?* Santiago de Chile: Universidad Miguel de Cervantes; Fundación Konrad Adenauer, pp. 62-70.
- 164) CHANAMÉ, Raúl (2013). "Constitución económica". *Derecho & Sociedad*. Lima, número 40, pp. 43-63.
- 165) CHÁVEZ, Juan (2002). "La economía social de mercado". *Actualidad Jurídica*. Lima, número 100, pp. 93-98.
- 166) CHÁVEZ, Shirley (2007). "Evolución y desafíos del derecho de la competencia". Entrevista a Joselyn Olaechea Flores. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 28, pp. 28-33.
- 167) CLAPHAM, Ronald (1980). "La economía social de mercado como sistema político-ordenador". En CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA PERUANO-ALEMANA. *Economía social de mercado. Coloquio peruano-alemán organizado en Lima durante los días 29 y 30 de junio y 1 de julio de 1979 con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer*. Lima: Industrial Gráfica, pp. 56-78.
- 168) CORTÁZAR, Javier (2006). "Decisión 608 de la Comunidad Andina: un paso adelante para el sistema antimonopolios de la región". *Derecho*

- Competencia*. Bogotá, número 2, pp. 123-152. Consulta: 12 de setiembre de 2019. <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/4-decision.pdf>
- 169) COSTAS, Julio (2009). "Prohibición de acuerdos colusorios". En BELLO, María y Francisco HERNÁNDEZ (coordinadores). *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Navarra: Aranzadi, pp. 65-111.
- 170) CRUCELEGUI, Juan Luis y otros (2017). Mesa Redonda: "Control de concentraciones empresariales: promoción de la competencia en los mercados". *Derecho & Sociedad*. Lima, número 49, pp. 277-294.
- 171) CRUCES, Alberto (2014). "¿Qué significa economía social de mercado en el Perú?". *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 79, pp. 173-180.
- 172) CURÁ, José María (2010). "¿Concentración empresarial o concentración de sociedades? Una mirada desde el sistema de los contratos de colaboración empresarial en el Derecho argentino". En ECHAIZ, Daniel (coordinador). *Instituciones de derecho empresarial*. Lima: APECC (Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación), pp. 77-107.
- 173) CURIEL, Claudia (2004). "Las economías de transición y las políticas de la competencia en América Latina". En DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL. *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, pp. 29-37.
- 174) DÁVILA, Santiago (s/f). "El riesgo de las concentraciones empresariales". *Strategia*. Lima, s/n, pp. 102-107. Consulta: 3 de enero de 2019. <http://centrum.pucp.edu.pe/pdf/strategia/riesgo-concentraciones-empresariales-santiago-davila-strategia-38.pdf>
- 175) DE BÜREN, María (2015). "Ludwig von Mises, en la construcción discursiva neoliberal". Ponencia presentada en el *I Congreso Latinoamericano de Teoría Social*. Instituto de Investigaciones Gino

Germani. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 19 de agosto.

- 176) DE ROSENZWEIG, Francisco (2010). “La función regulatoria del Estado: el control estatal en la provisión de servicios públicos”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*. Bajadoz, número 28, pp. 369-387. Consulta: 12 de febrero de 2018. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3438130>
- 177) DHANJEE, RAJAN (1993). “Política sobre la competencia y otras políticas de los países en desarrollo relacionadas con las fusiones”. *Revista del Derecho Industrial*. Buenos Aires, año 15, número 43, pp. 113-145.
- 178) DIARIO GESTIÓN (2018). *Aspec: InkaFarma ya concertó precios con otras farmacias*. Lima, 29 de enero. Consulta: 15 de septiembre de 2019. <https://gestion.pe/economia/empresas/aspec-confiar-inkafarma-concerto-precios-farmacias-226013-noticia/>
- 179) DÍAZ, Juan (2015). “El derecho de propiedad: entre la Constitución y el Código Civil”. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 90, pp. 30-49.
- 180) DÍEZ, Fernando (2003). “Los objetivos del derecho antitrust”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Madrid, número 224, pp. 32-52.
- 181) DIEZ CANSECO, Luis (1997). “Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 36, pp. 39-63.
- 182) DIEZ CANSECO, Luis (2004). “¿Qué protege la libre competencia? Una perspectiva histórica”. En DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL. *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, pp. 17-28.

- 183) DIEZ CANSECO, Luis y otros (2012). Mesa redonda: “Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú”. *Ius et Veritas*. Lima, número 44, pp. 416-437.
- 184) DURAN, Josep (2016). “La economía social de mercado: una respuesta humanista al poder de los mercados”. En MALDONADO, Jorge y Sebastián CASTILLO (editores). *Economía social de mercado. Una respuesta humanista que supera disyuntiva de Estado o mercado*. Santiago de Chile: UMC (Universidad Miguel de Cervantes); Fundación Konrad Adenauer; JC Sáez Editor SpA., pp. 47-71.
- 185) DURAND, Francisco (2016). “Las fantasías de El Comercio sobre el modelo económico”. *Hildebrandt en sus trece*. Lima, año 6, número 290, del 11 al 17 de marzo, p. 16.
- 186) DURAND, Julio (2006). “El control de fusiones como defensa de la libre competencia”. *Coyuntura. Análisis Económico y Social de Actualidad*. Lima, marzo-abril, pp. 17-20.
- 187) DURAND, Julio (2007). “Construyendo un sistema de control de fusiones para evitar distorsiones en la libre competencia”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 28, pp. 153-160.
- 188) ECHAIZ, Daniel (2001). “A propósito de ciertos 'fantasmas' contra la libre competencia”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, año LI, número 29, pp. 163-176.
- 189) ECHAIZ, Daniel (2001). “La concentración empresarial como mecanismo para el crecimiento corporativo”. *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, año LI, número 20, pp. 125-137.
- 190) ECHAIZ, Daniel (2002). “Hacia una ley marco del empresariado: aportes al debate legislativo”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, año LII, número 39, pp. 155-162.

- 191) ECHAIZ, Daniel (2008). “Las prácticas colusorias verticales”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, número 88, pp. 383-388.
- 192) ECHAIZ, Daniel (2010). “La concentración empresarial como patrón de referencia en el mundo globalizado”. En ECHAIZ, Daniel (coordinador). *Instituciones de derecho empresarial*. Lima: APECC (Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación), pp. 43-76.
- 193) ECHAIZ, Daniel (2010). “La libertad de empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En DONAYRE, Christian (compilador). *Constitución, economía y empresa en el Perú*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, pp. 81-100.
- 194) ECHAIZ, Daniel (2012). “Pasado, presente y futuro del principio constitucional de la libertad de empresa. Un análisis multidisciplinario”. *Gaceta Constitucional*. Lima, número 50, pp. 313-334.
- 195) ECHEANDÍA, Jorge (2003). “La economía social de mercado y la libre competencia en el Perú”. *Normas Legales*. Lima, volumen II, tomo 331, pp. 51-60.
- 196) ECHEANDÍA, Jorge (2003). “Legislación básica sobre derecho de la competencia”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 114, pp. 99-100.
- 197) ECHEANDÍA, Jorge (2003). “Límites entre la libre contratación y la libre competencia”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 113, pp. 65-69.
- 198) ENFOQUE DERECHO (2018). *Editorial: ¿Rumbo al monopolio?* Lima, 29 de enero. Consulta: 15 de septiembre de 2019. <https://www.enfoquederecho.com/2018/01/29/editorial-rumbo-al-monopolio/>
- 199) EZCURRA, Huáscar y Mariana MOREYRA (1993). “El modelo económico adoptado por el proyecto de Constitución de 1993”. Entrevista a Jorge González Izquierdo. *Ius et Veritas*. Lima, número 7, pp. 206-211.

- 200) FALLA, Alejandro y Eduardo QUINTANA (2003). “Construyendo una estrategia común: el derecho de la competencia en la Comunidad Andina”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 47, pp. 175-193.
- 201) FELICES, Enrique y Rodrigo LÓPEZ (2021). “Apuntes sobre el cálculo de umbrales de notificación en el control de concentraciones empresariales”. *Advocatus*. Lima, número 41, pp. 151-172. Consulta: 1 de julio de 2022. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/5656/5364>
- 202) FERNÁNDEZ, Francisco (1994). “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Madrid, número 84, pp. 27-68.
- 203) FERNÁNDEZ, Juan Manuel (2009). “La competencia económica”. En BAYLOS, Hermenegildo. *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. Tercera edición. Navarra: Aranzadi, Civitas, pp. 299-333.
- 204) FERNÁNDEZ, Juan Manuel (2009). “El derecho de las limitaciones de la competencia”. En BAYLOS, Hermenegildo. *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. Tercera edición. Navarra: Aranzadi, Civitas, pp. 335-349.
- 205) FERNÁNDEZ, Juan Manuel (2009). “La represión de las prácticas restrictivas de la competencia y del abuso de posiciones dominantes, en la Comunidad Económica Europea”. En BAYLOS, Hermenegildo. *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. Tercera edición. Navarra: Aranzadi, Civitas, pp. 351-370.
- 206) FERNÁNDEZ-BACA, Jorge, Enrique FELICES y Armando CÁCERES (2004). “Control de fusiones y concentraciones. ¿Cuándo debe decidir el

- mercado?”. En DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL. *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, pp. 89-99.
- 207) FERNÁNDEZ-BACA, José (2006). “La negativa a estandarizar productos como barrera de acceso al mercado: la controversia entre Ambev y Backus”. *Ius et Veritas*. Lima, número 33, pp. 185-192.
- 208) FERNÁNDEZ-BACA, José (2014). *Estudio de la estructura del mercado de la prensa escrita en el Perú*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Consulta: 16 de julio de 2017. https://www.mom-rsf.org/uploads/tx_lfrogramom/documents/2-205_import.pdf
- 209) FLAMARIQUE, Faustino (2005). “El control de concentraciones empresariales en el Perú”. En INDECOPI. *Legislación y políticas de competencia en la Comunidad Andina*. Lima: Indecopi, pp. 159-170.
- 210) FOLGUERA, Jaime y Patricia VIDAL (2010). “Ámbito de aplicación”. En MASSAGUER, José y otros (directores). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Segunda edición. Navarra: Aranzadi, Civitas, pp. 330-342.
- 211) FOLGUERA, Jaime y Patricia VIDAL (2010). “Criterios de valoración sustantiva”. En MASSAGUER, José y otros (directores). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Segunda edición. Navarra: Aranzadi, Civitas, pp. 355-484.
- 212) FOLGUERA, Jaime y Patricia VIDAL (2010). “Definición de concentración económica”. En MASSAGUER, José y otros (directores). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Segunda edición. Navarra: Aranzadi, Civitas, pp. 313-329.
- 213) FOLGUERA, Jaime y Patricia VIDAL (2010). “Obligación de notificación y suspensión de la ejecución”. En MASSAGUER, José y otros (directores). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Segunda edición. Navarra: Aranzadi, Civitas, pp. 342-354.

- 214) FONT, Juan y Luis María MIRANDA (2005). "Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales". En FONT, Juan y Manuel PINO (coordinadores). *Estudios de derecho de la competencia*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons; Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, pp. 11-48.
- 215) FRICKHÖFFER, Wolfgang (1982). "La implantación de una economía de mercado: El modelo alemán y el modelo chileno". *Estudios Públicos*. Santiago de Chile, número 6, pp. 89-98.
- 216) GAGLIUFFI, Ivo (2005). "La libre competencia en el Perú: la visión del abogado defensor". En INDECOPI. *Legislación y políticas de competencia en la Comunidad Andina*. Lima: Indecopi, pp. 152-158.
- 217) GARCÍA, Claudia (2015). "Ley de la competencia ideal según los principios de la economía social de mercado y caso de Guatemala". En *Revista Asies (Asociación de Investigación y Estudios Sociales)*. Ciudad de Guatemala, número 4.
- 218) GARCÍA, Fernando (2009). "Fundamentos del derecho de la libre competencia". En BELLO, María y Francisco HERNÁNDEZ (coordinadores). *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Navarra: Aranzadi, pp. 37-64.
- 219) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981). "La significación de las libertades públicas para el derecho administrativo". *Anuario de Derechos Humanos*. Madrid, número 1, pp. 115-128.
- 220) GIMENO, José (1994). "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas". *Revista de Administración Pública*. Zaragoza, número 135, pp. 149-211.
- 221) GIRALDO, Alberto (2012). "La función reguladora del Estado y del derecho". *Revista Iusta*. Bogotá, volumen 2, número 37, pp. 219-238.

Consulta: 10 de enero de 2018.
<http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/1087/1322>

- 222) GÓMEZ, Hugo (2004). “El marco institucional de la defensa de la competencia en el Perú: la agenda pendiente”. En DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL. *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, pp. 53-67.
- 223) GREEN, Rosario (1983). “¿Para quién la libertad de elegir? Ideología, fundamentos y políticas del modelo de Milton Friedman”. En GREEN, Rosario (compiladora). *Los mitos de Milton Friedman*. México, D. F.: Ceestem (Centro de Estudios Económicos y Sociales del Tercer Mundo) y editorial Nueva Imagen, pp. 19-51.
- 224) GUINARD-HERNÁNDEZ, David (2017). «La “regulación económica” como instrumento de dirección estatal de la economía». *Revista digital de derecho administrativo*. Bogotá, número 18, Universidad Externado de Colombia, pp. 117-224. Consulta: 1 de agosto de 2018. <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.09>
- 225) GUTIÉRREZ, Walter (2015). “Constitución económica, iniciativa privada y economía social de mercado”. En GUTIÉRREZ, Walter (director). *La Constitución comentada*. Tomo II. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 285-299.
- 226) GUTIÉRREZ, Walter (2015). “Pluralismo económico y principio de subsidiariedad”. En GUTIÉRREZ, Walter (director). *La Constitución comentada*. Tomo II. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 331-342.
- 227) GUTIÉRREZ, Walter (2015). “Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo”. En GUTIÉRREZ, Walter (director). *La Constitución comentada*. Tomo II. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 311-330.
- 228) HÄBERLE, Peter (1997). “Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo”. Traducción de Elvira

- Méndez Chang. *Pensamiento Constitucional*. Lima, volumen 4, número 4, pp. 13-29.
- 229) HARTWIG, Karl-Hans (1991). "Democracia política y economía social de mercado: elementos y principios básicos". En SEMINARIO SOBRE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO: ALTERNATIVA PARA EL DESARROLLO PERUANO (1989: LIMA, PERÚ). *Economía social de mercado: alternativa para el desarrollo peruano*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico; Fundación Konrad Adenauer, pp. 29-37.
- 230) HARTWIG, Karl-Hans (1991). "El rol del Estado en la economía social de mercado: elementos y principios básicos". En SEMINARIO SOBRE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO: ALTERNATIVA PARA EL DESARROLLO PERUANO (1989: LIMA, PERÚ). *Economía social de mercado: alternativa para el desarrollo peruano*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico; Fundación Konrad Adenauer, pp. 103-115.
- 231) HASSEMER, Winfried (1995). "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". Traducido por Elena Larrauri Pijoan. En *Penal y Estado. Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: Conosur.
- 232) HERNÁNDEZ, Francisco (2009). "Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado". En BELLO, María y Francisco HERNÁNDEZ (coordinadores). *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Navarra: Aranzadi, pp. 113-140.
- 233) HERNANDO, Eduardo (1997). "¿Por qué la economía de mercado es anticonstitucional?". *Pensamiento Constitucional*. Lima, año IV, número 4, pp. 37-54.
- 234) HERRERA, Luis (2012). "Libertad de empresa en el marco de las normas que establecen exigencias para el desarrollo de actividades económicas. A

- propósito de la STC Exp. N° 03970-2011-PA/TC". *Gaceta Constitucional*. Lima, número 49, pp. 161-167.
- 235) HORNA, Zoila (2003). "El rol del Estado en la economía y la reforma de la Constitución". *Normas Legales: doctrina, jurisprudencia, actividad jurídica*. Trujillo, número 330, pp. 29-33.
- 236) HUERTA DE SOTO, Jesús (2012). "La esencia de la escuela austriaca y su concepto de eficiencia dinámica". *ICE (Información Comercial Española)-Revista de Economía*. Madrid, número 865, pp. 55-69.
- 237) HUNG, Roberto (2015). "El pensamiento alemán y la idea del Estado social de derecho. Una breve aproximación general (desde Adenauer hasta Alexy)". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá, año XXI, pp. 481-497.
- 238) HURTADO, Osvaldo (2016). "Neoliberalismo y economía social de mercado". En MALDONADO, Jorge y Sebastián CASTILLO (editores). *Economía social de mercado. Una respuesta humanista que supera disyuntiva de Estado o mercado*. Santiago de Chile: UMC (Universidad Miguel de Cervantes); Fundación Konrad Adenauer; JC Sáez Editor SpA., pp. 73-88.
- 239) IGARTUA, Íñigo (2008). "Criterios de valoración: perspectiva legal". En CREUS, Antonio (coordinador). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*. RDC (Revista de Derecho de la Competencia), monografía N.º 1. Madrid: AEDC (Asociación Española de Defensa de la Competencia); La Ley, pp. 333-345.
- 240) IGUÍÑIZ, Javier (2004). "Subsidiariedad del Estado y empleo adecuado. ¿El perro del hortelano?". *Páginas*. Lima, número 135, pp. 32-38.
- 241) INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (Indecopi) (2015).

Dinámica de mercado en el largo plazo: el caso de la industria de cervezas en el Perú. Documento de Trabajo N.º 02-2015/GEE. Lima: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi. Consulta: 30 de septiembre de 2019. <http://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4985/dt002-2015-GEE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- 242) IZA, Álvaro (2008). “Umbrales de control”. En CREUS, Antonio (coordinador). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*. RDC (Revista de Derecho de la Competencia), monografía N.º 1. Madrid: AEDC (Asociación Española de Defensa de la Competencia); *La Ley*, pp. 315-332.
- 243) JAIME, Vicente, Agustín GONZÁLEZ y Amparo SOLER (1999). “El control de la competencia empresarial en Europa. Las operaciones incompatibles con el mercado común”. *V Jornadas de Política Económica-La Política Económica en un mundo de incertidumbre*. Valencia, número 1, pp. 1-13. Consulta: 17 de febrero de 2019. <https://www.uv.es/~qpe/revista/num1/jaime1.pdf>
- 244) JIMÉNEZ, Fernando y Pedro POSADA (2008). En CREUS, Antonio (coordinador). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*. RDC (Revista de Derecho de la Competencia), monografía N.º 1. Madrid: AEDC (Asociación Española de Defensa de la Competencia); *La Ley*, pp. 347-393.
- 245) KRESALJA, Baldo (1999). “El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 39, pp. 39-98.
- 246) KRESALJA, Baldo (2001). “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”. *Ius et Veritas*. Lima, número 22, pp. 272-306.
- 247) KRESALJA, Baldo (2005). “Constitución económica: la libertad de empresa como fundamento del sistema económico constitucionalizado”. En

- INDECOPI. *Legislación y políticas de competencia en la Comunidad Andina*. Lima: Indecopi, pp. 30-37.
- 248) KRESALJA, Baldo (2007). “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica”. *Pensamiento Constitucional*. Lima, año 12, número 12, pp. 17-117.
- 249) KRESALJA, Baldo (2015). “¿Qué debemos entender por el principio de subsidiariedad?”. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 90, pp. 26-29.
- 250) KRESALJA, Baldo y César OCHOA (1999). “Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional”. *Pensamiento Constitucional*. Lima, año VI, número 6, pp. 729-790.
- 251) LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2005). “El derecho de la competencia a la luz de un derecho administrativo ‘garantista’”. En INDECOPI. *Legislación y políticas de competencia en la Comunidad Andina*. Lima: Indecopi, pp. 51-67.
- 252) LAMA, Héctor (2007). “El origen y control de las concentraciones económicas”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, número 76, pp. 263-275.
- 253) LANDA, César (2002). “Reforma de la Constitución económica: desde una perspectiva del Estado social de derecho”. *Revista Institucional de la AMAG (Academia de la Magistratura): Apuntes sobre la reforma constitucional*. Lima, número 6, pp. 213-243.
- 254) LANDA, César (2007). “Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución Económica de 1993”. *Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, número 3, pp. 29-46.
- 255) LIZANA, Claudio y Lorena PAVIC (2002). “Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios”. *Revista Chilena de Derecho-Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*.

Santiago, volumen 29, número 3, pp. 507-541. Consulta: 15 de enero de 2018. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650236.pdf>

- 256) LLUCH, Enrique (2014). “Cómo avanzar hacia una economía social de mercado”. *Razón y Fe*, Universidad CEU (Centro de Estudios Universitarios) Cardenal Herrera. Valencia, número 1389-1390, pp. 59-69.
- 257) LÓPEZ, Karen (2017). “La constitucionalización de la economía social de mercado en Colombia”. *Advocatus-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla*. Barranquilla, número 28, pp. 151-174.
- 258) LUCCHETTI, Alfieri (2007). “Delimitación del contenido esencial de la libertad de contratar por parte del Tribunal Constitucional. En el marco de la Constitución económica de 1993”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 162, pp. 141-144.
- 259) LUNA, Carlos (2007). “Las políticas de competencia y la función regulatoria en los servicios públicos de telecomunicaciones”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 163, pp. 126-130.
- 260) LUNA, Carlos (2014). “El sistema jurídico de control de concentraciones empresariales. ¿Resulta necesaria su implementación en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones?”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 250, pp. 95-131.
- 261) MALLMA, José (2011). “Los fundamentos del Estado regulador en la Constitución económica”. *Gaceta Constitucional*. Lima, número 41, pp. 212-220.
- 262) MALLMA, José (2012). “El principio de subsidiariedad y la actividad empresarial del Estado”. *Gaceta Constitucional*. Lima, número 36, pp. 161-179.

- 263) MATOS, Margaret y Doris VALDEZ (2010). “Un ‘Nuevo’ Indecopi a la Luz del Anteproyecto del Código de Consumo”. Entrevista a Juan Francisco Rojas Leo. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 34, pp. 147-150.
- 264) MENDOZA, Dante (1995). “Aspectos generales de la libre competencia y los monopolios en el D.L. 701”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 10, pp. 128-131.
- 265) MIRALBELL, Ignacio (1996). “La economía social de mercado de Ludwig Erhard y el futuro del estado de bienestar”. *Cuadernos de Empresa y Humanismo*, Instituto de Empresa y Humanismo de la Universidad de Navarra. Navarra, número 62, pp. 1-27. Consulta: 2 de julio de 2018. <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/3985/1/Cuaderno062.pdf>
- 266) MIRANDA, Alfonso y Juan David GUTIÉRREZ (2007). “Historia del derecho de la competencia”. *Revista Boliviana de Derecho*. Santa Cruz, número 3, pp. 215-267. Consulta: 15 de abril de 2019. <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf>
- 267) MONCAYO, Andrés (1993). “El control de eficiencia en el marco de las ‘adquisiciones hostiles’ de empresas”. *Revista del Derecho Industrial*. Buenos Aires, año 15, número 43, pp. 147-176.
- 268) MOLINA, Carlos (2010). “El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino”. En ECHAIZ, Daniel (coordinador). *Instituciones de derecho empresarial*. Lima: APECC (Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación), pp. 109-155.
- 269) MONSALVE, Fabio (2005). “Temario Economía Industrial. Curso 2005/06”. Material del curso de *Economía Industrial*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Sociales, Área de Economía Española e Internacional. Consulta: 4 de abril de 2018. <http://docplayer.es/10015489-Temario-economia-industrial-curso-2005-06.html>

- 270) MORÓN, Juan (2002). “La Administración pública y el gobierno: ¿por qué son confundidos en nuestras Constituciones?”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 100, pp. 165-169.
- 271) MOSCHEL, Wernhard (1997). “Fines de protección de un derecho de la competencia”. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 36, pp. 7-16.
- 272) NEYRA, Ana (2008). “El régimen económico en la Constitución de 1993: reflexiones a propósito de algunas propuestas de cambio”. *Gaceta Constitucional*. Lima, número 7, pp. 409-420.
- 273) NODA, Carlos (2006). “La relación entre las prohibiciones del abuso de posición dominante y de las restricciones verticales”. *Derecho PUCP*. Lima, número 59, pp. 297-311.
- 274) NOEJOVICH, Héctor (2011). «Ordoliberalismo: ¿alternativa al “neoliberalismo”?». *Economía*. Lima, volumen XXXIV, número 67, pp. 203-211.
- 275) NORTHCOTE, Cristhian (2011). “Regulación de la concentración económica”. *Actualidad Empresarial*. Lima, número 222, pp. x1-x4.
- 276) OCAMPO, Fernando (1995). “La posición de dominio en el mercado: entre el uso y el abuso”. *Ius et Veritas*. Lima, número 10, pp. 305-316.
- 277) OCHOA, César (1985). “Constitución y economía de mercado”. *Derecho PUCP*. Lima, número 39, pp. 229-267.
- 278) OCHOA, César (1987). “Economía y Constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979”. En EGUIGUREN, Francisco (coordinador). *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cultural Cuzco.
- 279) OCHOA, César (1995). “Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993”. En COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *La*

Constitución de 1993. Análisis y comentarios II. Lima: CAJ (Comisión Andina de Juristas), pp. 85-95.

- 280) OCHOA, César (2000). "Propuesta de reforma constitucional del régimen político peruano para la reinstitucionalización democrática". *Derecho PUC-Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, número 53, pp. 313- 344.
- 281) OCHOA, César (2011). "Economía social de mercado en la Constitución Política del Perú y su incidencia en los derechos reales". *Fuero Registral-Sunarp*. Lima, número 8, pp. 181-207.
- 282) OCHOA, César (2011). "El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública. Análisis del precedente aprobado por la Resolución N° 3134/2010-SC1-Indecopi". *Actualidad Jurídica*. Lima, número 206, pp. 33-39.
- 283) OCHOA, César (2015). "El contenido esencial y los límites del derecho fundamental a la libertad de empresa". *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 90, pp. 21-25.
- 284) OCHOA, César y Hugo GÓMEZ (2010). "Tribunal Constitucional considera que en una economía social de mercado la finalidad constitucional de los aranceles es proteger la industria nacional". *Actualidad Jurídica*. Lima, número 196, pp. 119-124.
- 285) ODRIOZOLA, Miguel y Carlos VÉRGEZ (2008). "El concepto de concentración: novedades de la Ley 15/2007 y otras cuestiones relevantes". En CREUS, Antonio (coordinador). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*. RDC (Revista de Derecho de la Competencia), monografía N.º 1. Madrid: AEDC (Asociación Española de Defensa de la Competencia); La Ley, pp. 291-314.

- 286) OESTERDIEKHOF, Peter (1998). "Política de competencia". Traducción de Joachim Göske. En FUNDACIÓN FRIEDRICH EBERT. *Economía social de mercado: su dimensión social*. Caracas: Nueva Sociedad, pp. 15-53.
- 287) OLIVERA, Helmut (2012). "Los derechos fundamentales y el análisis económico del derecho. ¿Incompatibles en la argumentación?". *Gaceta Constitucional*. Lima, número 49, pp. 259-274.
- 288) OLIVOS, Milagros (2012). "El control previo de las concentraciones empresariales en una economía social de mercado—Análisis del caso peruano". *Revista IUS-Usat*. Chiclayo, año 2, número 3, pp. 1-27. Consulta: 9 de octubre de 2017. <http://publicaciones.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/107/98>
- 289) OLIVOS, Milagros (2012). "El control previo de las concentraciones empresariales en una economía social de mercado: Análisis del caso peruano". *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*. Bogotá, número 36, pp. 95-113.
- 290) ORDUNA, Pilar (2000). "La naturaleza y la economía social como base de la economía de mercado". *Cuadernos de Estudios Empresariales*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, número 10, pp. 245-271.
- 291) ORTIZ, Graciela (2001). "La normativa comunitaria en materia de libre competencia en la Comunidad Andina". *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 42, pp. 155- 161.
- 292) ORTIZ, Graciela (2005). "La libre competencia en la Comunidad Andina". En INDECOPI. *Legislación y políticas de competencia en la Comunidad Andina*. Lima: Indecopi, pp. 198-204.
- 293) PACHECO, Matilde (2005). "El abuso de posición dominante en el sector de la telefonía fija". En FONT, Juan y Manuel PINO (coordinadores). *Estudios de derecho de la competencia*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons; Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, pp. 409-424.

- 294) PÉREZ, Mario (2012). *La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*. Córdoba: s/e. Consulta: 12 de enero de 2019.
http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/b75be7_unioneuropeaempresas.pdf
- 295) PÉREZ, Patricia (2012). “La importancia del derecho de la competencia para el correcto funcionamiento de la economía, especialmente en épocas de crisis”. *Strategy & Management Business Review*. s/l, volumen 3 (1), pp. 59-64.
- 296) PHUMPIU, Paul (2004). “¿Por qué existe aún el control de fusiones en el mercado peruano?”. En DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL. *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, pp. 129-133.
- 297) PUICAN, Zoila (2008). “Los mecanismos de concentración empresarial”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, número 91, pp. 420-428.
- 298) QUINTANA, Eduardo (1999). “¿Rezando entre tinieblas?: el credo del control de concentraciones empresariales”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 39, pp. 223-235.
- 299) QUINTANA, Eduardo, Tania ZÚÑIGA y Carlos GRANDA (2013). “Derecho de la competencia versus fusiones y adquisiciones: el estado de la cuestión en el Perú” (mesa redonda). *Derecho & Sociedad*. Lima, año XXIV, número 41, pp. 201-211.
- 300) RAVIER, Adrián (2013). “Ludwig von Mises y su Planificación para la libertad”. *Laissez-Faire*. Madrid, número 38-39, pp. 29-37.
- 301) REBAZA, Alberto (1993). “El régimen económico en una Constitución: ¿solución o fuente de conflictos?”. *Ius et Veritas*. Lima, número 7, pp. 55-60.
- 302) REBAZA, Alberto (1997). “El control de adquisiciones y fusiones en la nueva ley antimonopolio del sector eléctrico: una raya más al tigre del

- intervencionismo”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 36, pp. 91-101.
- 303) REBAZA, Alberto (2004). “¿Por qué existe aún el control de fusiones en el mercado peruano?”. En DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL. *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, pp. 111-116.
- 304) RECIO, Eugenio (2016). “La evolución de la crisis económica y la economía social de mercado”. *Anuari-Societat Catalana d’ Economia*. Barcelona, volumen 22, pp. 171-175.
- 305) RENGIFO, Leoncio (2009). “La Constitución económica”. *Vista Fiscal-Revista Jurídica del Ministerio Público del Distrito Judicial de Lima Norte*. Lima, año 6, número 5, pp. 255-258.
- 306) RESICO, Marcelo (2001). “Las concepciones del libre mercado según Wilhelm Röpke”. *Boletín de Lecturas Sociales y Económicas*, UCA (Universidad Católica Argentina), FCSE (Facultad de Ciencias Sociales y Económicas). Buenos Aires, año 8, número 35, pp. 27-44.
- 307) RESICO, Marcelo (2007). “Las reformas económicas y la modernización del Estado”. *Ensayos de Política Económica*. Buenos Aires, número 1, pp. 104-122.
- 308) RESICO, Marcelo (2013). “El papel del Estado en la economía según la economía social de mercado: casos y aplicaciones para Latinoamérica”. Ponencia presentada en la *Conferencia Internacional Los Desafíos Económicos, Políticos y Sociales de América Latina Contemporánea*. El Colegio de México; Konrad Adenauer Stiftung. Ciudad de México, 21 de junio.
- 309) RESICO, Marcelo (2016). “Causas de la pobreza y orientaciones para remediarla desde la economía social de mercado”. *Ensayos de Política Económica*. Buenos Aires, año X, volumen II, número 4, pp. 149-158.

- 310) REYES, Aníbal y Francisco JAVIER (1993). “Defensa de la competencia: síntesis del sistema argentino actual y proyectos de reforma”. *Revista del Derecho Industrial*. Buenos Aires, año 15, número 43, pp. 3-16.
- 311) ROCA, Santiago (2005). “Las políticas de competencia en mercados ampliados”. En INDECOPI. *Legislación y políticas de competencia en la Comunidad Andina*. Lima: Indecopi, pp. 108-122.
- 312) ROCHA, Fidel (2008). “Regulación de los servicios públicos. ¿Por qué?, ¿cuándo? y ¿cómo debe intervenir el Estado en el mercado?”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 177, pp. 337-343.
- 313) RODRÍGUEZ, Carlos (2016). “Otro problema de Adam Smith: el liberalismo”. En COLE, Julio (editor). *A Companion to Adam Smith*. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín, pp. 243-280.
- 314) RODRÍGUEZ, José Antonio (2009). “Defensa de la competencia y Comunidades Autónomas”. En BENEYTO, José María y Jerónimo MAILLO (directores). *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*. Barcelona: Bosch, pp. 61-107.
- 315) RODRÍGUEZ, Vladimir (2016). “Principios generales del régimen económico de la Constitución Política del Perú”. *Quipukamayoc-Revista de la Facultad de Ciencias Contables de la UNMSM*. Lima, volumen 24, número 45 A, pp. 121-137.
- 316) ROEL, Luis y Ronny ROJAS (2013). “Consideraciones sobre los derechos a la libre competencia y a la igualdad”. *Gaceta Constitucional*. Lima, número 64, pp. 70-85.
- 317) ROJAS LEO, Juan Francisco (2005). “El Indecopi en la defensa de la competencia”. En INDECOPI. *Legislación y políticas de competencia en la Comunidad Andina*. Lima: Indecopi, pp. 136-151.

- 318) ROJAS LEO, Juan Francisco (2005). “La defensa de la competencia en una nueva dimensión”. *Coyuntura. Análisis Económico y Social de Actualidad*. Lima, noviembre-diciembre, pp. 16-22.
- 319) ROJAS LEO, Juan Francisco (2006). “El control de las concentraciones empresariales en la perspectiva del derecho de la competencia”. En RAMÍREZ, Lorena (coordinadora). *Temas actuales de derecho de la empresa*. Lima: Palestra, pp. 43-63.
- 320) ROJAS LEO, Juan Francisco (2008). “Derecho de la competencia, funcionamiento del mercado y realidad latinoamericana”. En CASTILLO, Mario (coordinador). *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Volumen III. Lima: Palestra Editores, pp. 2121-2142.
- 321) ROJAS LEO, Juan Francisco (2015). “Promoción de la competencia y prohibición de monopolios”. En GUTIÉRREZ, Walter (director). *La Constitución comentada*. Tomo II. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 362-372.
- 322) ROJAS LEO, Juan Francisco y otros (2003). Mesa redonda: “¿‘Regla per se’ o ‘regla de la razón’?: Premisas y efectos de un cambio”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 47, pp. 287-296.
- 323) ROJAS LEO, Juan Francisco, Luis DIEZ CANSECO y Miguel CANDELA (2005). Mesa redonda: “Cambios en libre competencia. Los funcionarios no pueden actuar ideológicamente”. *Ius et Veritas*. Lima, número 30, pp. 360-376.
- 324) ROSSI, Federico (2018). “La Nueva Ley de Competencia en Argentina: modernización del régimen de competencia argentino”. *Competition Policy International*, pp. 2-19. <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/LatAm-Column-May-Full-1.pdf>
- 325) RUIZ, Gonzalo (2000). “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 41, pp. 297-310.

- 326) RUIZ-RICO, Catalina (2005). En FONT, Juan y Manuel PINO (coordinadores). *Estudios de derecho de la competencia*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons; Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, pp. 459-465.
- 327) SABOGAL, Luis (2005). "Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia". *Mercatoria-Revista del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia*. Bogotá, volumen 4, número 1, pp. 1-18.
- 328) SALAZAR, Max (2015). "Derecho de asociación, libertades, limitaciones e intervención estatal". *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 90, pp. 50-60.
- 329) SALINAS, Sergio (2006). "La ley antimonopolio y antioligopolio en el sector eléctrico: ¿sobreregulando el mercado?". *Ius et Veritas*. Lima, número 33, pp. 151-160.
- 330) SAMANIEGO, Percy (2008). "La regulación actual del sistema peruano de libre competencia. A propósito del proyecto de ley de represión de conductas anticompetitivas". *Actualidad Jurídica*. Lima, número 172, pp. 305-308.
- 331) SÁNCHEZ, Albert (2009). "Control de concentraciones". En BENEYTO, José María y Jerónimo MAILLO (directores). *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*. Barcelona: Bosch, pp. 189-231.
- 332) SANTISTEVAN, Jorge (2015). "Estado orientador y promotor". En GUTIÉRREZ, Walter (director). *La Constitución comentada*. Tomo II. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 300-310.
- 333) SANTIVÁÑEZ, Roberto (1999). "Concentración en el sector eléctrico: ¿es posible un control previo?". *Ius et Veritas*. Lima, número 18, pp. 136-143.

- 334) SCHMIDT, Herbert (1980). "Política social en un orden de economía social de mercado". En GARCÍA, Santiago (editor). *Economía social de mercado. Ponencias del Simposio Internacional de Economía Social de Mercado y documentación anexa*. Traducción de Santiago García Echevarría y María de los Ángeles Gil Estallo. Madrid: Esic (Escuela Superior de Gestión Comercial y Marketing), pp. 71-92.
- 335) SEMANA ECONÓMICA (2018). *InRetail compró Química Suiza, dueña de MiFarma, por US\$583 millones*. Lima, 26 de enero. Consulta: 15 de septiembre de 2019. <http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/consumo-masivo/264700-inretail-compro-quimica-suiza-dueno-demifarma-por-us583-millones/?ref=f-arc>
- 336) SEMANA ECONÓMICA (2018). *Indecopi dice no tener atribución para revisar compra de Química Suiza por parte de Inretail*. Lima, 28 de enero. Consulta: 15 de septiembre de 2019. <http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/consumo-masivo/264774-indecopi-dice-no-tener-atribucion-para-revisar-compra-de-quimica-suiza-por-parte-de-inretail/>
- 337) SERRANO, María (2010). "La crisis económica de 1929: Roosevelt y el New Deal". *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche*. Alicante, volumen I, número 6, pp. 112-130.
- 338) TÁVARA, José (1997). "Las políticas antimonopolio y la promoción de la competencia en el Perú". *Economía*. Lima, número 39-40, pp. 453-493.
- 339) TÁVARA, José (2004). "¿Por qué existe aún el control de fusiones en el mercado peruano?". En DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL. *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, pp. 117-124.

- 340) TÁVARA, José (2005). “Competencia y regulación”. En INDECOPI. *Legislación y políticas de competencia en la Comunidad Andina*. Lima: Indecopi, pp. 74-90.
- 341) TÁVARA, José y Luis DIEZ CANSECO (2003). “Estabilizando el péndulo. Control de fusiones y concentraciones en el Perú”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 47, pp. 159-173.
- 342) TÁVARA, José y Alberto REBAZA (2004). “¿Por qué existe aún el control de fusiones en el mercado peruano?”. En DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL. *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, pp. 125-128.
- 343) TERRADILLOS BASOCO, Juan (1995). “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. En BUSTOS, Juan (coordinador). *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: Conosur, pp. 9-22.
- 344) TIETMEYER, Hans (1980). “Las bases históricas y el desarrollo de la economía social de mercado en la República Federal de Alemania”. En CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA PERUANO-ALEMANA. *Economía social de mercado. Coloquio peruano-alemán organizado en Lima durante los días 29 y 30 de junio y 1 de julio de 1979 con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer*. Lima: Industrial Gráfica, pp. 22-55.
- 345) TINEO, Luis (1997). “Acceso a los mercados de integración económica en América Latina: consideraciones de política de competencia”. *Themis-Revista de Derecho*. Lima, número 36, pp. 17-28.
- 346) TOBÍO, Ana María (2009). “Excepciones a las conductas prohibidas”. En BELLO, María y Francisco HERNÁNDEZ (coordinadores). *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Navarra: Aranzadi, pp. 141-212.
- 347) TORNERO, Yuri (2016). “La economía social de mercado en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 98, pp. 170-184.

- 348) TORREBLANCA, Giancarlo (2005). “Libre competencia Vs. autonomía privada”. *Actualidad Jurídica*. Lima, número 137, pp. 287-291.
- 349) TOVAR, Teresa (2007). “Que el remedio no sea peor que la enfermedad. Oligopolio, posición de dominio conjunta y colusión tácita”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 28, pp. 59-76.
- 350) TUCHTFELDT, Egon (1980). “La economía social de mercado (un experimento de política de ordenamiento económico del siglo XX)”. En GARCÍA, Santiago (director). *Economía social de mercado. Ponencias del Simposio Internacional de Economía Social de Mercado y documentación anexa*. Traducción de Santiago García Echevarría y María de los Ángeles Gil Estallo. Madrid: Esic (Escuela Superior de Gestión Comercial y Marketing), pp. 19-29.
- 351) VALENZUELA, Javier (2005). “Relaciones entre obstaculización de la competencia y el concepto de posición dominante”. En FONT, Juan y Manuel PINO (coordinadores). *Estudios de derecho de la competencia*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons; Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, pp. 468-476.
- 352) VIERA, Christian, Jaime BASSA y Juan FERRADA (2016). “Una aproximación a la idea de ‘Constitución económica’ y sus alcances en la Constitución chilena”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Ciudad de México, volumen XLIX, número 145, pp. 1-37.
- 353) ZEGARRA, Gonzalo, Enrique GHERSI y Luis DIEZ CANSECO (2004). “¿Hacia dónde queremos llegar con nuestras políticas de competencia?”. En DIEZ CANSECO, Luis y Claudia CURIEL. *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis, pp. 135-153.
- 354) ZENARRUZA, Andrés (2000). “La Nueva Ley de Defensa de la Competencia y sus efectos sobre las concentraciones y fusiones”. *Lecciones y ensayos*. Buenos Aires, número 75, pp. 95-110. Consulta: 12 de julio de

2019. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/75/la-nueva-ley-de-defensa-de-la-competencia-y-sus-efectos-sobre-las-concentraciones-y-fusiones.pdf>

- 355) ZÚÑIGA, Tania (2018). “El control de concentraciones empresariales en el Perú: fundamentos para su regulación”. *Ius et Veritas*. Lima, número 56, pp. 220-256.

TESIS

- 356) ACOSTA, Vicente (2003). *La Constitución económica en el Perú y en el derecho comparado*. Tesis de doctorado en Derecho. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela de Posgrado. Consulta: 3 de mayo de 2018. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/434/Acosta_iv.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- 357) ALARCÓN, Andrea (2017). *Economía social de mercado y libre competencia en Colombia*. Tesis de doctorado en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología. Valencia: Universidad de Valencia. Consulta: 30 de octubre de 2018. <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/59119/Tesis%20doctoral%20Andrea%20Alarcon%20P.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- 358) BELLMONT, Gisele (2013). *Control previo a las integraciones empresariales: doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Trabajo de investigación de maestría en Derecho. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia; Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Consulta: 20 de diciembre de 2018. <http://bdigital.unal.edu.co/41966/1/6701675.2013.pdf>
- 359) CAMPOS, Lidia (2018). *Necesidad de regular un control de concentraciones empresariales en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú*. Tesis para obtener el título de abogada.

Pimentel: Universidad Señor de Sipán. Consulta: 2 de marzo de 2022.
<https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/6037/Campos%20Cueva%20Lidia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- 360) CASTELLANOS, Luis (2020). *¿Será posible una implementación eficiente del control de operaciones de concentración empresarial en el Perú?* Tesis de maestría en Regulación de los Servicios Públicos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta: 20 de octubre de 2022.
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16127/CASTELLANOS_S%c3%81NCHEZ_LUIS_FERNANDO_SERA_POSIBLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- 361) EDÚ, Eliseo (2014). *El control de concentraciones de empresas en Europa: noción de concentración.* Trabajo de fin de grado en Derecho. Segovia: Universidad de Valladolid, Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación. Consulta: 22 de enero de 2019.
https://nanopdf.com/download/tfg-n169pdf_pdf
- 362) ESPINO, Horacio (2012). *Trasplante jurídico ordoliberal: La fundación Konrad Adenauer en América Latina, con particular atención al ordenamiento jurídico peruano.* Tesis de doctorado en Comparación Jurídica e Histórico-Jurídica. Ferrara: Università degli Studi di Ferrara. Consulta: 5 de agosto de 2018. <https://core.ac.uk/download/pdf/11822969.pdf>
- 363) ESPINO, Horacio (2013). *La economía social de mercado en América Latina. Caracterización de la circulación y trasplante del modelo jurídico ordoliberal.* Tesis de doctorado en Ciencia Jurídica: Teoría, Historia y Comparación. Huelva: Universidad Internacional de Andalucía y Universidad de Huelva, Programa Interuniversitario de Doctorado en Ciencia Jurídica: Teoría, Historia y Comparación. Consulta: 5 de julio de 2018.
dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/3487/0639_Espino.pdf?sequence=1
- 364) MONTOYA, Milton (2015). *El control de las concentraciones empresariales en el sector eléctrico.* Tesis de doctorado en Derecho. Madrid:

Universidad Complutense de Madrid. Consulta: 5 de octubre de 2022.
<https://eprints.ucm.es/id/eprint/54637/1/5331175303.pdf>

- 365) PÉREZ, Mario (2015). *La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*. Tesis de doctorado en Derecho. Córdoba: Universidad de Córdoba. Consulta: 15 de octubre de 2022.
<https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/12760/2015000001137.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- 366) RESICO, Marcelo (2007). *Los fundamentos de la economía de mercado en el pensamiento de W. Röpke*. Tesis de doctorado en Economía. Buenos Aires: UCA (Universidad Católica Argentina), FCSE (Facultad de Ciencias Sociales y Económicas). Consulta: 15 de diciembre de 2017.
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/fundamentos-economia-mercado-pensamiento-ropke.pdf>
- 367) RUIZ, Juan Carlos (1998). *El control parlamentario de los decretos de urgencia*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Consulta: 20 de febrero de 2020.
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/784/RUIZ_MOLLEDA_JUAN_CARLOS_CONTROL_PARLAMENTARIO.pdf?sequence=9
- 368) SARANGO, Luis (2010). *Control o no control de fusiones en la industria regulada: extendiendo el caso del sector eléctrico al mercado de gas natural*. Tesis de maestría en Derecho de la Empresa con mención en Regulación de Servicios Públicos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta: 20 de noviembre de 2018.
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1129/SARANGO_SEMINARIO_LUIS_ALBERTO_CONTROL_FUSIONES.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- 369) VERA, Manuel (2010). *Avances en la economía social de mercado en el Perú: antecedentes, hechos estilizados y una mirada desde un modelo*

económico de la pobreza y educación. Tesis de para obtener el título de economista. Arequipa: UNSA (Universidad Nacional de San Agustín), Facultad de Economía, Escuela Profesional de Economía. Consulta: 2 de octubre de 2018.
<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/1052/M-33093.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

370) VIGO-CHAFLOQUE, Luis (2019). *Apuntes sobre el control previo de concentraciones empresariales y su posible incorporación al ordenamiento peruano*. Tesis para obtener el título de abogado. Piura: Universidad de Piura. Consulta: 21 de abril de 2022.
<https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/3815>

NORMAS Y JURISPRUDENCIA

371) CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1997). *Ley N.º 26876*. Ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico. Lima, 18 de noviembre.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/887433/LEY-26876.pdf?v=1593184153>

372) CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2021). *Ley N.º 31112*. Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. Lima, 7 de enero. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-establece-el-control-previo-de-operaciones-de-concen-ley-n-31112-1917847-1>

373) CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2022). *Reglamento del Congreso de la República*. Lima, noviembre.
https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/reglamento_noviembre2022/reglamento_noviembre_2022.pdf

374) INDECOPI (2021). *Resolución N.º 000060-2021-PRE/INDECOPI*. Aprueban la Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la

Propiedad Intelectual (INDECOPI). Lima, 30 de mayo.
<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/aprueban-la-seccion-segunda-del-reglamento-de-organizacion-y-resolucion-no-000060-2021-preindecopi-1957960-1>

- 375) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2019). *Decreto de Urgencia N.º 013-2019*. Decreto de urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. Lima, 19 de noviembre.
<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-de-urgencia-que-establece-el-control-previo-de-opera-decreto-de-urgencia-n-013-2019-1828320-1>
- 376) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2020). *Decreto Legislativo N.º 1510*. Decreto legislativo que modifica e incorpora disposiciones al Decreto de Urgencia N.º 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial. Lima, 11 de mayo.
<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-modifica-e-incorpora-disposiciones-a-decreto-legislativo-n-1510-1866264-1>
- 377) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2021). *Decreto Supremo N.º 039-2021-PCM*. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 31112. Lima, 4 de marzo.
<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-de-la-ley-n-31112-decreto-supremo-n-039-2021-pcm-1932223-6>
- 378) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2021). *Decreto Supremo N.º 104-2021-PCM*. Decreto Supremo que aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Lima, 27 de mayo.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1916097/DS%20104-2021-PCM.pdf?v=1622223059>

- 379) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2021). *Decreto Supremo N.º 121-2021-PCM*. Aprueban la modificación del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI por la incorporación de los procedimientos administrativos regulados en la Ley N° 31089 y en la Ley N° 31112 y su Reglamento. Lima, 17 de junio. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1952782/Decreto%20Supremo%20N%C2%B0%20121-2021-PCM.pdf.pdf?v=1623947441>
- 380) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2003). *Expediente N.º 0008-2003*. Sentencia: 11 de noviembre de 2003. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- 381) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2003). *Expediente N.º 018-2003*. Sentencia: 26 de abril de 2004. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>
- 382) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2004). *Expediente N.º 00034-2004*. Sentencia: 15 de febrero de 2005. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf>
- 383) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2004). *Expediente N.º 0047-2004*. Sentencia: 24 de abril de 2006. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>
- 384) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2004). *Expediente N.º 0048-2004*. Sentencia: 1 de abril de 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>
- 385) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005). *Expediente N.º 10087-2005*. Sentencia: 18 de diciembre de 2007. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.pdf>

386) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006). *Expediente N.º 1963-2006*.
Sentencia: 5 de diciembre de 2006.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01963-2006-AA.pdf>

387) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009). *Expediente N.º 00228-2009*.
Sentencia: 4 de abril de 2011.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00228-2009-AA.html>

388) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013). *Expediente N.º 0011-2013*.
Sentencia: 29 de agosto de 2014.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.pdf>

ANEXOS

ANEXO 1: Matriz de consistencia

TÍTULO: «LA EVALUACIÓN PREVIA A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL PERÚ: ANÁLISIS DESDE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO»				
PROBLEMA GENERAL (PRINCIPAL)	OBJETIVO GENERAL (PRINCIPAL)	HIPÓTESIS GENERAL (PRINCIPAL)	VARIABLES	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN
¿Por qué la ausencia de la evaluación previa a las concentraciones empresariales en el Perú contraviene al principio de libre competencia desde la economía social de mercado?	Explicar por qué la ausencia de la evaluación previa a las concentraciones empresariales en el Perú contraviene al principio de libre competencia desde la economía social de mercado.	La ausencia de la evaluación previa a las concentraciones empresariales en el Perú contraviene al principio de libre competencia desde la economía social de mercado porque esta busca confluir la libre competencia económica como garantía y el bienestar de los consumidores, y es lo que, precisamente, no genera un escenario de concentración empresarial.	<p>INDEPENDIENTE (V.I.): Economía social de mercado</p> <p>DEPENDIENTES (V.D.): - Evaluación previa - Concentraciones empresariales</p>	<p>DISEÑO:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cualitativo - No experimental <p>TIPOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Explicativa - Descriptiva <p>ENFOQUES METODOLÓGICOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Enfoque dogmático <p>Métodos generales: - Método deductivo - Método de análisis</p> <p>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Análisis de expertos (doctrina y consultas directas). - Análisis de datos obtenidos mediante fuentes bibliográficas. - Técnica de fichaje bibliográfico, textual, de paráfrasis y de resumen.
PROBLEMAS ESPECÍFICOS (SECUNDARIOS)	OBJETIVOS ESPECÍFICOS (SECUNDARIOS)	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS (SECUNDARIAS)	INDICADORES	
<p>PE1: ¿Cuáles son los factores que determinan la necesidad de la evaluación previa a las concentraciones empresariales desde la economía social de mercado?</p> <p>PE2: ¿Para qué las concentraciones empresariales necesitan ser reguladas desde la economía social de mercado?</p>	<p>OE1: Identificar cuáles son los factores que determinan la necesidad de la evaluación previa a las concentraciones empresariales desde la economía social de mercado.</p> <p>OE2: Determinar para qué las concentraciones empresariales necesitan ser reguladas desde la economía social de mercado.</p>	<p>HE1: Los factores que determinan la necesidad de la evaluación previa a las concentraciones empresariales desde la economía social de mercado son económicos, políticos y sociales.</p> <p>HE2: Las concentraciones empresariales necesitan ser reguladas desde la economía social de mercado para que se evite el perjuicio al bienestar de los consumidores.</p>	<p>ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO (V.I.):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Constitución económica - Libre competencia del consumidor <p>EVALUACIÓN PREVIA (V.D.):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Libertad de empresa - Políticas de competencia de competencia <p>CONCENTRACIONES EMPRESARIALES (V.D.):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Control de estructuras - Marco jurídico peruano - Experiencias internacionales 	

ANEXO 2: Ley N.º 26876: «Ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico»

LEY N° 26876
Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLIGOPOLIO DEL SECTOR ELECTRICO

Artículo 1.- Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

Artículo 2.- Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación "joint venture", asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

No se considera que existe concentración cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo.

Artículo 3.- Antes de realizar actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, con las condiciones y características establecidas en el párrafo siguiente, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOP, sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno.

Deberá solicitarse la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquellos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados.

No será necesaria la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, en los siguientes casos:

a). Si la concentración importa, en un acto o sucesión de actos, la adquisición directa o indirecta de activos productivos de un valor inferior al 5% del valor total de los activos productivos de la empresa adquirente, calculados de acuerdo a los criterios que se establezcan en el Reglamento de la presente Ley, tomando en consideración la influencia y las condiciones de competencia en el mercado.

b). Si la concentración implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación directa o indirecta por parte del adquirente de menos del 10% del total de las acciones o participaciones con derechos a voto de otra empresa. No obstante lo expuesto, se requerirá necesariamente de autorización, si el acto de concentración permite adquirir el control directo o indirecto de la empresa que desarrolla alguna de las actividades eléctricas mencionadas.

Artículo 4.- La autorización de los actos de concentración deberá ser solicitada conjuntamente por las empresas que participan en la fusión, o por la persona o empresa que adquiera, directa o indirectamente, la totalidad o parte de una o más empresas que desarrollan alguna de las actividades eléctricas mencionadas, según corresponda.

Artículo 5.- Si de la investigación o del procedimiento respectivo resultará que los actos de concentración pudiesen tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, la Comisión de Libre Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su caso, podrán adoptar las siguientes medidas:

a). Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que determine;

b). Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda. El ejercicio directo o indirecto del control a través del ejercicio del derecho de voto de las acciones o de cualquier otro acto jurídico que confiera el control sobre la empresa objeto de concentración, quedará en suspenso hasta el cumplimiento definitivo del mandato de desconcentración.

Artículo 6.- La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI podrá imponer a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la presente Ley, multas por un importe no mayor a 500 UIT cuando: omitan la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado, suministren datos inexactos en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión, o no proporcionen la información dentro de los plazos establecidos.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión podrá importar multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad eléctrica en el territorio nacional, involucradas directa o indirectamente en la concentración -en los términos establecidos en el Artículo 3 de la presente Ley-, correspondientes al año inmediato anterior a la decisión de la Comisión, a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la misma, que: realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, realicen un acto de concentración declarado incompatible por tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia mediante decisión de la Comisión o no cumplan con las medidas ordenadas mediante decisión adoptada por la Comisión.

Artículo 7.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente, el incumplimiento de la resolución que dispone la desconcentración, facultará a INDECOPI a disponer e iniciar las acciones que resulten necesarias incluyendo las de naturaleza judicial, con el objeto de dejar sin efecto el acto de concentración realizado, tales como: la venta de los activos productivos o las acciones, la declaración de nulidad del acto de concentración por vulnerar normas de orden público, entre otras, de acuerdo a lo que se disponga en el reglamento de la presente Ley.

Artículo 8.- Corresponderá a la Comisión de Libre Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI conocer y resolver en primera y segunda instancia respectivamente, los procedimientos que se inicien con sujeción a la presente Ley.

Corresponderá al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG la determinación semestral de los porcentajes de participación en el mercado de las empresas que desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica, en base a las declaraciones juradas que semestralmente deberán presentarle dichas empresas.

Artículo 9.- Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional.

El o los accionistas de la empresa domiciliada en el país, vinculados a las empresas que participan directamente en el acto de concentración, estarán obligados al cumplimiento de la presente Ley, encontrándose sujetos a las sanciones contempladas en la misma.

Artículo 10.- Compréndase dentro de los alcances de la Ley N° 26844, a las Empresas de Energía Eléctrica, dedicadas a la generación y/o transmisión y/o distribución de energía.

Artículo 11.- Serán aplicables a los procedimientos que se inicien con sujeción a la presente Ley, en lo que resulte pertinente, las definiciones, facultades, apremios y responsabilidades, contenidas en los Decretos Legislativos N° 701 y N° 807.

Artículo 12.- Los procedimientos que se inicien con sujeción a la presente Ley, se encontrarán sujetos al pago de una tasa administrativa equivalente al 0.1% del valor total de la operación hasta un límite de 50 UIT.

Artículo 13.- Modifícase el Artículo 122 del Decreto Ley N° 25844, en los términos siguientes:

*Artículo 122.- Las actividades de generación y/o de transmisión pertenecientes al Sistema principal y/o de distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de éste, salvo lo dispuesto en la presente Ley.

Quedan excluidos de dicha prohibición, los actos de concentración de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución, que no impliquen una disminución de daño o restricción a la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.*

Artículo 14.- El Reglamento de la presente Ley será expedido por el Poder Ejecutivo, en un plazo máximo de 90 días contados a partir de la fecha de su entrada en vigencia.

Comuníquese al Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los cinco días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

CARLOS TORRES Y TORRES LARA
Presidente del Congreso de la República

EDITH MELLADO CESPEDES
Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciocho días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI
Presidente Constitucional de la República

ALBERTO PANDOLFI ARBULU
Presidente del Consejo de Ministros y Ministerio de Energía y Minas

ANEXO 3: Decreto de Urgencia N.º 013-2019: «Decreto de urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial»

PODER EJECUTIVO

DECRETOS DE URGENCIA

DECRETO DE URGENCIA
N° 013-2019DECRETO DE URGENCIA QUE ESTABLECE
EL CONTROL PREVIO DE OPERACIONES DE
CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 135 de la Constitución Política del Perú, durante el interregno parlamentario, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que lo examine y lo eleve al Congreso, una vez que este se instale;

Que, mediante Decreto Supremo N° 165-2019-PCM, Decreto Supremo que disuelve el Congreso de la República y convoca a elecciones para un nuevo Congreso, se revocó el mandato parlamentario de los congresistas, manteniéndose en funciones la Comisión Permanente;

Que, el artículo 58 de la Constitución Política del Perú establece un sistema económico social de libre mercado basado en la libertad de competencia y en la participación en los mercados de los agentes privados; asimismo, el artículo 61 encarga al Estado la misión de corregir las fallas que puedan surgir en el mismo, con el objetivo de optimizar la asignación de recursos y aumentar los niveles de bienestar económico;

Que, mediante Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas, como el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores;

Que, dada la necesidad de garantizar la libre competencia en el mercado y complementar el control de conductas recogido en el Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, resulta necesario establecer el control previo de operaciones de concentración empresarial;

En uso de las facultades contenidas por el artículo 135 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

Con cargo a dar cuenta a la Comisión Permanente para que lo examine y lo eleve al Congreso, una vez que éste se instale;

DECRETA:

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Objeto

El presente decreto de urgencia tiene por objeto establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

Se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación del presente decreto de urgencia:

1. Los actos de concentración empresarial, conforme a los umbrales previstos en el presente decreto de urgencia, que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, incluyendo actos de concentración

que se realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a agentes económicos que desarrollan actividades económicas en el país.

2. Los agentes económicos que ofrecen o demandan bienes o servicios en el mercado y realizan actos de concentración que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional.

Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de la aplicación del presente decreto de urgencia, se tienen en cuenta las siguientes definiciones:

1. **Agente económico:** Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho privado o de derecho público, que ofrece o demanda bienes o servicios y que sea titular de derechos o beneficiario de los contratos o que, sin ser titular de dichos derechos ni beneficiario de dichos contratos, pueda ejercer los derechos inherentes a los mismos.

2. **Control:** Es la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico mediante: (i) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa, o (ii) derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, determinando directa o indirectamente la estrategia competitiva.

3. **Grupo económico:** Es el conjunto de agentes económicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos miembros, cuando alguno de ellos ejerce el control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre los agentes económicos corresponde a uno o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

4. **Mercado relevante:** Es aquel definido por el artículo 6 del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y los alcances que establezca el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

5. **Nexo geográfico:** Es el nexo que permite identificar si la operación de concentración empresarial produce efectos en el territorio nacional, en el que los órganos competentes tienen jurisdicción para poder evaluar tal operación.

6. **Posición de dominio:** Es aquella definida por el artículo 7 del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

7. **Umbrales:** Es el parámetro cuantificable, selectivo y objetivo expresado en unidades impositivas tributarias (UIT), a partir del cual una operación de concentración empresarial debe sujetarse al procedimiento de control previo.

Artículo 4.- Principios del procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

En el procedimiento de control previo, la autoridad tiene en cuenta, además de los principios establecidos en el Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los siguientes principios:

1. **Principio de proporcionalidad:** Las decisiones de los órganos competentes, cuando establezcan condiciones, obligaciones de hacer o de no hacer, califiquen infracciones, impongan sanciones o alguna otra medida de restricción de un derecho relativo a la operación de concentración, guardan conformidad con los límites de la facultad atribuida por ley manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe proteger a fin de que respondan a lo estrictamente necesario.

2. **Principio de transparencia e independencia:** Los órganos competentes actúan en el desarrollo del procedimiento de control previo de manera transparente y con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otro índole, demostrando independencia respecto de sus apreciaciones personales, o de influencias de intereses económicos o políticos. Las entidades o autoridades, funcionarios o servidores públicos o terceros

están prohibidos de oponerse, interferir o dificultar el ejercicio de las funciones y atribuciones conferidas por el presente decreto de urgencia a los órganos competentes.

3. Principio de confidencialidad: Los órganos competentes guardan reserva respecto de la información a la que tengan acceso en el procedimiento de control previo, otorgándole, en su caso, el carácter de confidencial, evitando que se ponga en peligro el interés legítimo de las empresas o de las personas naturales involucradas. Están prohibidos de divulgar el secreto empresarial, comercial o industrial de los agentes económicos o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad.

CAPÍTULO II OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL Y UMBRAL PARA EL CONTROL PREVIO

Artículo 5.- Operaciones de concentración empresarial

5.1 Es todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control permanente de una empresa o parte de ella. Dichas concentraciones pueden producirse a consecuencia de las siguientes operaciones:

- a. Una fusión de dos o más agentes económicos, los cuales eran independientes antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.
- b. La adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.
- c. La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí de una empresa en común, joint venture o cualquier otra modalidad contractual análoga que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos, de tal forma que dicho agente económico desempeñe de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.
- d. La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.

5.2 No son actos u operaciones de concentración empresarial sometidos al presente decreto de urgencia:

- a. El crecimiento corporativo de un agente económico como resultado de operaciones realizadas exclusivamente al interior del mismo grupo económico.
- b. El crecimiento corporativo interno de un agente económico, independientemente de que se produzca mediante inversión propia o con recursos de terceros que no participan directa ni indirectamente en el mercado.
- c. El crecimiento corporativo de un agente económico que no produzca efectos en los mercados dentro del territorio nacional, en una parte o en su totalidad.
- d. El control que se adquiere sobre un agente económico como resultado de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de una concesión, restructuración patrimonial, insolvencia, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo.
- e. Cuando las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros o del mercado de capitales cuya actividad normal constituya la negociación y transacción de títulos, por cuenta propia o de terceros, posean con carácter temporal acciones o participaciones que hayan adquirido de una empresa con el propósito de revenderlas, siempre que no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas acciones o participaciones con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa.
- f. La adquisición de derechos por parte de un agente económico que previamente no haya participado en el mercado relevante o los mercados relacionados, que le permitan ejercer control sobre la totalidad o parte de

un agente económico que participe en cualesquiera de dichos mercados, en los términos que establece el reglamento de este decreto de urgencia.

Artículo 6.- Umbral para el control previo de operaciones de concentración empresarial

6.1 Una operación de concentración empresarial se sujeta al procedimiento de control previo cuando de manera concurrente se cumple lo siguiente:

- a. La suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales 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 ciento dieciocho mil (118 000) UIT.
- b. El valor de las ventas o ingresos brutos anuales 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 dieciocho mil (18 000) UIT cada una.

6.2 Si antes de su ejecución la operación de concentración empresarial se encuentra comprendida dentro del umbral previsto, los agentes económicos presentan una solicitud de autorización ante la Comisión, entendiéndose por esta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi. Esta solicitud se tramita bajo el procedimiento de control previo establecido en el presente decreto de urgencia.

6.3 El Indecopi puede proponer la actualización del valor del umbral siempre que se justifique la necesidad de dicha actualización, de conformidad con el objeto del presente decreto de urgencia. La modificación del valor del umbral sigue las siguientes reglas:

- a. Cuando el umbral se eleva, se aprueba mediante decreto supremo referendado por el ministro de Economía y Finanzas.
- b. Cuando el umbral disminuye, se aprueba por ley.

CAPÍTULO III CONCENTRACIONES EMPRESARIALES AUTORIZADAS

Artículo 7.- Análisis de la operación de concentración empresarial

7.1 En el procedimiento de control previo, el órgano competente evalúa los efectos de la operación de concentración, a fin de identificar si produce una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados.

7.2 En el procedimiento de control previo, el órgano competente tiene en consideración, entre otros, los siguientes factores:

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

7.3 Si en el procedimiento de control previo se determina que la operación de concentración empresarial no produce una restricción significativa de la competencia, el órgano competente autoriza la operación.

7.4 Si en el procedimiento de control previo se determina que la operación de concentración empresarial podría generar una restricción significativa de la competencia, la Comisión puede:

a. Autorizar la operación, siempre que los agentes económicos solicitantes demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos de la posible restricción significativa de la competencia.

b. Autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial. Dichas condiciones pueden basarse en los compromisos ofrecidos por los agentes económicos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8.

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

7.5 En el análisis de la capacidad de la operación de concentración empresarial para producir eficiencia económica, se pueden considerar eficiencias productivas, de asignación o innovativas. Las eficiencias económicas cumplen los siguientes requisitos:

a. Ser demostradas por los agentes económicos solicitantes.

b. Tener un carácter inherente a la concentración.

c. Estar dirigidas a compensar los efectos restrictivos a la competencia identificados y mejorar el bienestar de los consumidores.

d. Ser susceptibles de ser transferidas al consumidor.

e. Ser verificables por la autoridad.

7.6 La carga de la prueba respecto del impacto anticompetitivo de la operación de concentración empresarial corresponde a la autoridad competente. La carga para probar la naturaleza, magnitud y probabilidad de las eficiencias económicas corresponde a los agentes económicos involucrados en la operación de concentración.

7.7 La sola creación o fortalecimiento de la posición de dominio no constituye una prohibición de la operación de concentración empresarial, siendo necesario evaluar los efectos restrictivos de la competencia en el mercado, sin perjuicio de lo dispuesto por el numeral 7.6 del presente artículo.

Artículo 8.- Compromisos propuestos por los agentes económicos durante el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

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

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

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

8.4 El procedimiento de control previo se suspende hasta que la autoridad se pronuncie sobre la propuesta presentada por los agentes económicos, hasta por un plazo de quince (15) días hábiles en la respectiva fase. De común acuerdo, el órgano competente y los agentes económicos pueden suspender adicionalmente el procedimiento de control previo por un plazo de quince (15) y treinta (30) días hábiles en la primera y segunda fase respectivamente.

8.5 La oportunidad y los requisitos para presentar y modificar la propuesta de compromisos, las reglas complementarias para su tramitación y el plazo de

suspensión del procedimiento se establecen en el reglamento del presente decreto de urgencia.

Artículo 9.- Revisión de condiciones

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

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

9.3 En cualquier momento, los agentes económicos pueden solicitar a la autoridad que deje sin efecto o modifique la condición de conducta establecida al autorizar la operación de concentración empresarial. Para ello, presentan elementos de juicio que demuestran que se ha producido una variación en las condiciones de competencia que justifican su solicitud. Los requisitos para presentar esta solicitud y su trámite se sujetan al reglamento del presente decreto de urgencia.

9.4 La modificación de una condición de conducta efectuada por la autoridad, de oficio o a solicitud de los agentes económicos involucrados, se efectúa de acuerdo con las disposiciones establecidas en el reglamento del presente decreto de urgencia.

Artículo 10.- Efectos de las concentraciones empresariales sujetas a solicitud de autorización

10.1 Una operación de concentración empresarial que deba ser sometida al procedimiento de control previo conforme a lo dispuesto por el numeral 6.1 del artículo 6, no surte efecto jurídico alguno antes de la aplicación del silencio administrativo positivo o hasta que la autoridad la haya autorizado expresamente. Cuando se establezcan condiciones para la autorización de la operación de concentración empresarial, estas se integran de pleno derecho a los términos contractuales correspondientes a dicha operación.

10.2 La ineficacia de una operación de concentración empresarial que incumpla lo señalado en el numeral 10.1 no requiere la emisión de un acto administrativo por el órgano competente, sin perjuicio de que se dicten las medidas y se impongan los sanciones que correspondan, de acuerdo a lo previsto en el presente decreto de urgencia y su reglamento.

10.3 Procede la nulidad de oficio respecto del acto que autorizó la operación de concentración empresarial cuando se compruebe fraude o falsedad en la declaración, en la información o en la documentación presentada por el agente económico, sin perjuicio de las consecuencias legales que se apliquen, de acuerdo a lo previsto en el presente decreto de urgencia, su reglamento y demás normas sobre la materia.

10.4 El incumplimiento de las condiciones impuestas a la operación de concentración empresarial da lugar a que la autoridad proceda a dictar las medidas correspondientes e imponga las sanciones, de acuerdo a lo previsto en el presente decreto de urgencia y su reglamento.

CAPÍTULO IV AUTORIDAD COMPETENTE

Artículo 11.- Autoridad competente respecto al control previo de las operaciones de concentración empresarial

El control previo de las operaciones de concentración empresarial se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), cuyos órganos competentes ejercen sus atribuciones, de conformidad con lo dispuesto por el presente decreto de urgencia, y por el Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que

aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi. Asimismo, se observa superiormente lo establecido en el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Artículo 12.- La Comisión de Defensa de la Libre Competencia

12.1 La Comisión es el órgano resolutorio con competencia exclusiva para evaluar y resolver en primera instancia administrativa a nivel nacional en el procedimiento de control previo, ejerciendo para ello las competencias señaladas por el Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi y el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, sin perjuicio de las facultades previstas en el presente decreto de urgencia. Para el ejercicio de sus atribuciones, la Comisión cuenta con el apoyo técnico y administrativo de la Secretaría Técnica.

12.2 A efectos del presente decreto de urgencia, son atribuciones de la Comisión:

- a. Autorizar, establecer condiciones o denegar actos de concentración empresarial.
- b. Dictar órdenes o mandatos respecto de los actos de concentración empresarial.
- c. Expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas del presente decreto de urgencia.
- d. En el caso de operaciones de concentración empresarial que involucren empresas que operen en mercados de competencia de los organismos reguladores, solicitar a estos un informe no vinculante sobre el nivel de concentración de su respectivo mercado, incluyendo la opinión técnica sobre los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de la evaluación.
- e. Las demás que le asignen las disposiciones legales vigentes.

Artículo 13.- Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

13.1 La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia es el órgano técnico con competencias para realizar las acciones de ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas al procedimiento de control previo o, en su caso, sobre las acciones preliminares de investigación que puedan dar lugar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo a lo previsto en el presente decreto de urgencia y de conformidad con las atribuciones recogidas por la Ley de Organización y Funciones del Indecopi y la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

13.2 Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

- a. Efectuar indagaciones e investigaciones preliminares.
- b. Instruir el procedimiento, realizando investigaciones y actuando medios probatorios, ejerciendo para tal efecto las facultades de investigación previstas en el Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi y su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado mediante Decreto Supremo 009-2009-PCM, el Decreto Legislativo N° 807, Facultades, Normas y Organización del Indecopi; y en el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- c. Iniciar de oficio o a pedido de parte interesada el procedimiento de investigación y sanción de infracciones al presente decreto de urgencia.
- d. Realizar estudios y publicar informes.
- e. Elaborar propuestas de lineamientos.

f. Realizar actividades de capacitación y difusión de la aplicación del presente decreto de urgencia.

g. Otras que le asignen las disposiciones legales vigentes.

Artículo 14.- Tribunal del Indecopi

La Sala especializada competente del Tribunal del Indecopi es el órgano funcional que resuelve en segunda y última instancia administrativa las apelaciones interpuestas contra los actos administrativos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el procedimiento de control previo, así como en los procedimientos sancionadores regulados en el presente decreto de urgencia.

Artículo 15.- Colaboración interinstitucional en el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

15.1 Los órganos competentes en el procedimiento de control previo están facultados para solicitar información a otras entidades de la Administración Pública, sin más limitación que la establecida por la Constitución Política del Perú y la ley, para lo cual se dictan las medidas e implementan los medios correspondientes para una eficaz colaboración interinstitucional en el marco del cumplimiento de la finalidad señalada en el presente decreto de urgencia.

15.2 De ser requerido, se puede suspender el plazo para resolver cuando una entidad debe proporcionar información a los órganos competentes, siempre y cuando dicha información sea esencial para la resolución del procedimiento de control previo, no pudiendo exceder del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la solicitud a la entidad correspondiente, pudiendo ser prorrogado hasta por cinco (5) días hábiles adicionales, por la complejidad del procesamiento o puesta a disposición de la información.

Artículo 16.- Informes proporcionados en el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

16.1 Para el control previo de operaciones de concentración empresarial los organismos reguladores elaboran un informe no vinculante sobre el nivel de concentración del mercado de su competencia, incluyendo la correspondiente opinión técnica sobre los posibles efectos en el mercado que pudieran derivarse de la operación de concentración objeto de la evaluación.

16.2 El control previo de operaciones de concentración de agentes económicos comprendidos en el ámbito de la regulación y supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones lo efectúa el Indecopi, sin perjuicio del control previo de carácter prudencial y de estabilidad financiera que corresponde a la referida Superintendencia, en virtud de lo establecido en la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y sus modificatorias. Procede la operación de concentración empresarial si se tiene la autorización tanto del Indecopi como de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, cada uno en el ámbito de sus competencias.

16.3 Tratándose de operaciones de concentración empresarial que incluyan empresas del sistema financiero que capten depósitos del público o empresas de seguros, que presenten riesgos relevantes e inmediatos, que comprometan la solidez o estabilidad de las referidas empresas o de los sistemas que integran, solo se requiere el control previo de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones en su ámbito de competencia, dada la naturaleza y el carácter reservado de dicha situación, la cual debe ser determinada por la Superintendencia.

16.4 El control previo de operaciones de concentración empresarial de agentes económicos a los que la Superintendencia del Mercado de Valores les hubiere otorgado autorización de funcionamiento lo efectúa el Indecopi, sin perjuicio del control previo de

carácter prudencial que realice la Superintendencia del Mercado de Valores, en virtud de lo establecido por el Decreto Legislativo N° 061, Ley del Mercado de Valores, y el Decreto Ley N° 26126, que aprueba el Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Mercado de Valores. Propede la operación de concentración empresarial si se tiene la autorización tanto del Indecopi como de la Superintendencia del Mercado de Valores, cada uno en el ámbito de sus competencias.

16.5 La Comisión requiere el informe a que hace referencia el numeral 16.1, así como cualquier información que necesite de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y de la Superintendencia del Mercado de Valores, en cualquier momento del procedimiento de control previo de la operación de concentración empresarial solicitada, aplicándose el plazo establecido en el numeral 15.2 del artículo 15 del presente decreto de urgencia.

CAPÍTULO V PROCEDIMIENTO DE CONTROL PREVIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

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

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

Artículo 18.- Agentes económicos que presentan la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial

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

Artículo 19.- Derecho de tramitación

El procedimiento de control previo, que se inicia con la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial, está sujeto al pago por derecho de tramitación, el que se establece conforme a la metodología vigente, mediante decreto supremo, con el señalamiento del ministro de Economía y Finanzas y del presidente del Consejo de Ministros, y está consignado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi.

Artículo 20.- Información confidencial y el acceso al expediente

20.1 A efectos de declarar la confidencialidad de la información en el marco de los procedimientos sobre control previo, se sigue el procedimiento previsto en el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

20.2 En cualquier momento del procedimiento y hasta que éste concluya en sede administrativa, únicamente las partes involucradas en la operación de concentración empresarial y los terceros con interés legítimo que se hayan apersonado al procedimiento oportunamente tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a este y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiera aprobado su reserva por constituir información confidencial. A partir del día hábil siguiente de la notificación de la resolución final de la Comisión a las partes interesadas, la versión no confidencial de esta resolución es pública,

debiendo informarse de la falta de agotamiento de la vía administrativa, cuando corresponda.

20.3 Los funcionarios y servidores de los órganos competentes, durante y después de concluido el procedimiento de control previo, independientemente del régimen laboral o de contratación, que tuvieren acceso al expediente, están prohibidos de compartir, divulgar o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad civil, administrativa o penal.

Artículo 21.- Procedimiento aplicable al trámite de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial

21.1 A la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial se acompañan los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y los agentes económicos que participan en ella, así como el grupo económico al cual pertenece cada uno de ellos. Asimismo, los solicitantes presentan los elementos que permitan evaluar preliminarmente los posibles efectos de la operación sobre la competencia en los mercados involucrados, y los demás requisitos que detalle el reglamento del presente decreto de urgencia.

21.2 La Secretaría Técnica revisa la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial, comunicando a las partes intervinientes sobre el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de presentación de dicha solicitud.

21.3 Si con la solicitud de autorización previa de una operación de concentración empresarial no se cumple con proporcionar la información necesaria para continuar el proceso de control previo, la Secretaría Técnica otorga un plazo de diez (10) días hábiles para la subsanación respectiva, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada. La Secretaría Técnica analiza la solicitud subsanada y, de ser el caso, admite a trámite la solicitud en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

21.4 En un plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir de la admisión a trámite de la solicitud, la Comisión determina si la operación de concentración empresarial se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la norma y si genera serias preocupaciones en cuanto a ocasionar efectos restrictivos significativos de la competencia en el mercado.

21.5 Si la Comisión concluye que la concentración empresarial cuya autorización se solicita no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la norma o no genera serias preocupaciones en cuanto a ocasionar efectos restrictivos significativos de la competencia en el mercado, lo decide mediante resolución, dando por concluido el procedimiento o autorizando la operación, según corresponda.

21.6 Si la Comisión comprueba que la operación de concentración empresarial cuya autorización se solicita plantea serias preocupaciones en cuanto a generar efectos restrictivos de la competencia en el mercado, lo declara mediante resolución, comunicando a los interesados cuáles son los riesgos que la autoridad ha identificado, así como el fin de la primera fase de evaluación e inicio de la segunda fase, sustentando las razones de su decisión.

21.7 Iniciada la segunda fase de evaluación, la Comisión publica un breve resumen de la resolución que sustenta el inicio de la segunda etapa, de manera que los terceros con interés legítimo puedan presentar información relevante ante la autoridad, sin que por ello sean considerados como partes intervinientes en el procedimiento.

21.8 La segunda fase de evaluación de la operación de concentración empresarial no excede de noventa (90) días hábiles, pudiendo prolongarse hasta por un plazo máximo de treinta (30) días hábiles adicionales, debiendo indicarse los motivos que justifiquen la correspondiente ampliación.

21.9 La Comisión analiza la operación de concentración conforme a los criterios establecidos en el artículo 7 y concluye el procedimiento, autorizándola, autorizándola con condiciones o no autorizándola, según corresponda.

21.10 La Comisión no considera en la evaluación de fondo de la operación aspectos distintos al objeto del decreto de urgencia, bajo responsabilidad.

Artículo 22.- Inejecución de las operaciones de concentración empresarial sujetas a control previo

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

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

22.3 Tratándose de una operación de concentración empresarial que se realice a través de una Oferta Pública de Adquisiciones en el mercado de valores, es requisito previo al pronunciamiento de la entidad competente para que los agentes económicos puedan iniciar el procedimiento respectivo ante la Superintendencia del Mercado de Valores Asimismo, obtiene el pronunciamiento previo de la autoridad competente para realizar la operación de concentración empresarial que origine la obligación de formular una Oferta Pública de Adquisición posterior.

Artículo 23.- Actuaciones a solicitud de los agentes económicos

En cualquier fase del procedimiento, quienes hayan presentado la solicitud de autorización previa pueden solicitar la realización de audiencias. En estos casos, el plazo de evaluación puede ser ampliado por la Comisión hasta por quince (15) días hábiles.

Artículo 24. Resolución de autorización

24.1 El órgano competente emite la resolución de fin del procedimiento de control previo debidamente motivada, adjuntando los informes que correspondan, expresando su decisión, autorizando la operación de concentración empresarial, autorizándola con condiciones o denegando la autorización de la operación.

24.2 La Comisión puede autorizar la operación de concentración empresarial sujeta al cumplimiento de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas involucradas cumplan los compromisos contraídos con la Comisión, o que respondan a la compensación de los efectos restrictivos de la competencia en el mercado.

24.3 Si la Comisión comprueba que una concentración notificada ya no plantea serias dudas en cuanto a la generación de efectos restrictivos de la competencia en el mercado, puede autorizar la operación de concentración empresarial.

24.4 En caso de que las empresas decidan no continuar con la operación de concentración empresarial, el órgano competente emite una resolución de fin del procedimiento.

24.5 En caso de que, dentro del plazo legal previsto, el órgano competente no emita pronunciamiento expreso, corresponde la aplicación del silencio administrativo positivo, dando por concluido el procedimiento de control previo.

Artículo 25. Recurso de apelación

25.1 En caso de que se deniegue la solicitud de autorización o se autorice con condiciones, los agentes económicos solicitantes pueden interponer recurso impugnatorio de apelación. El plazo para su interposición no excede de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución que pone fin a la primera instancia.

25.2 En caso de que la Comisión haya dictado alguna medida de orden preventivo, la ejecución de la resolución impugnada no se suspende, salvo que el Tribunal disponga lo contrario mediante resolución debidamente motivada.

25.3 El Tribunal se pronuncia en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles.

25.4 La resolución que emite el Tribunal pone fin a la vía administrativa.

**CAPÍTULO VI
INFRACCIONES Y SANCIONES****Artículo 26.- Infracciones administrativas**

Las infracciones administrativas, sancionadas por el Indecopi, en el ámbito de aplicación del presente decreto de urgencia, se distinguen entre leves, graves y muy graves, y se configuran en los siguientes supuestos:

1. Leves

a. No presentar la solicitud de autorización mediante el procedimiento de control previo, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto de urgencia.

b. No suministrar al órgano competente la información requerida por éste en el plazo previsto.

2. Graves

a. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de haber sido sometida al procedimiento de control previo.

b. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de que se emita la resolución del órgano competente.

c. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de que se produzca el silencio administrativo positivo.

3. Muy graves

a. Incumplir o contravenir una condición, un acuerdo o un compromiso establecido en una resolución emitida en aplicación del presente decreto de urgencia.

b. Ejecutar una operación de concentración empresarial habiendo sido denegada su autorización.

c. Obstaculizar a través de cualquier modalidad la labor de investigación que realice el órgano competente respecto de una operación de concentración empresarial.

d. Suministrar información incompleta, incorrecta, adulterada, engañosa o falsa al órgano competente.

Artículo 27.- Sanciones

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

Artículo 28.- Gravedad de la infracción y graduación de la sanción

Para efectos de determinar la gravedad de la infracción y la graduación de la sanción se aplican los criterios establecidos en el artículo 44 del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que resulte aplicable, así como en el reglamento del presente decreto de urgencia.

Artículo 29.- Plazo de prescripción de la infracción administrativa

Las infracciones al presente decreto de urgencia prescriben a los cuatro (4) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del investigado y le permita conocer el objeto de la investigación. El cómputo del plazo se reanuda si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de noventa (90) días hábiles por causa no imputable al investigado.

Artículo 30.- Responsabilidades

La información que presentan las partes en la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial tiene el carácter de declaración jurada.

puediendo dar lugar a las responsabilidades civiles o penales que correspondan, en caso de que se presente información falsa o adulterada.

CAPÍTULO VIII MEDIDAS CORRECTIVAS

Artículo 31.- Medidas correctivas

31.1 La Comisión, además de aplicar las sanciones que correspondan conforme con el presente decreto de urgencia, puede ordenar como medida correctiva que los agentes económicos involucrados disuelvan la operación de concentración empresarial mediante la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, hasta que quede restablecida la situación previa a la ejecución de la operación de concentración empresarial, cuando compruebe que dicha operación ha sido ejecutada sin su autorización o incumpliendo alguna de las condiciones establecidas para su autorización.

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

CAPÍTULO VIII MULTAS COERCITIVAS

Artículo 32.- Multas coercitivas por incumplimiento de medidas correctivas

32.1 Si un agente económico incumple las obligaciones relativas a una medida correctiva ordenada, la Comisión impone una multa coercitiva equivalente a ciento veinticinco (125) UIT, la cual se paga dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales se ordena su cobranza coactiva.

32.2 En caso de persistir el incumplimiento, la Comisión puede imponer una nueva multa coercitiva, duplicando sucesivamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se dé cumplimiento a la medida correctiva ordenada y hasta el límite de dieciséis (16) veces el monto de la multa coercitiva original monto impuesto.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- Prohibición de interferencia en el ejercicio de las funciones

Las decisiones de los funcionarios a cargo de la resolución de los procedimientos de autorización previa se discuten únicamente a través del recurso de apelación ante el Tribunal del Indecopi o en la vía del proceso contencioso administrativo en vía judicial, según corresponda, no siendo procedente para ello la interposición de demandas civiles o demandas penales.

Segunda.- Aplicación supletoria del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Precluse que los procedimientos especiales tramitados en el marco del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y modificada mediante Decretos Legislativos N° 1205 y N° 1398, así como en el marco del presente decreto de urgencia, se rigen supletoriamente por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en consistencia con lo establecido en el artículo II del Título Preliminar del referido Texto Único Ordenado.

Tercera.- Demandas contencioso administrativas

Las demandas contencioso administrativas contra las resoluciones emitidas por el Indecopi en materia de represión de conductas anticompetitivas y control previo de operaciones de concentración empresarial son interpuestas en primera instancia ante la Sala Contencioso Administrativo de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación,

si fuera el caso, según lo dispuesto en la Ley N° 27709, Ley que modifica el artículo 9 de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Cuarta.- Observatorio de Mercados

El Indecopi desarrolla, implementa y dirige un Observatorio de Mercados con el propósito de recopilar información actualizada sobre las condiciones de competencia en los mercados formales.

Para tal efecto, publica informes por cada sector o actividad económica que resulten de interés para cumplir con el objeto de este decreto de urgencia y para comprobar los niveles de competencia existentes en el mercado.

Quinta.- Vigencia

El presente decreto de urgencia entra en vigencia en un plazo de nueve (9) meses, contados a partir del día siguiente de su publicación, y se mantendrá vigente por un periodo de cinco (5) años.

Sexta.- Evaluación

El presente decreto de urgencia es revisado y evaluado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, con el objeto de recomendar si este régimen temporal tiene carácter permanente.

Los resultados de la evaluación del decreto de urgencia y las recomendaciones son informados por el Indecopi por escrito a la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República.

Séptima.- Prohibición del registro e inscripción de operaciones de concentración empresarial no autorizadas

Queda prohibido el registro e inscripción por los notarios y los registradores públicos de las operaciones de concentración empresarial que no han sido autorizadas expresamente por la Comisión o no hubieran obtenido la autorización a través de la aplicación del silencio administrativo positivo.

La continuación a esta prohibición se considera una infracción grave para los registradores y para los notarios, debiendo adecuarse las normas que regulan su actuación al contenido de esta disposición, en lo relativo a infracciones y sanciones.

Octava.- Reglamentación

El Ministerio de Economía y Finanzas elabora y publica el reglamento del presente decreto de urgencia en un plazo de seis (6) meses, contados a partir de la publicación de la norma.

Novena.- Financiamiento

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

Décima.- Espectro de frecuencias radioeléctricas o espectro radioeléctrico

En los casos de control previo de concentraciones empresariales en el sector telecomunicaciones, vinculados a la tramitación de procedimientos administrativos relacionados a la transferencia de títulos habilitantes, de asignaciones de espectro de frecuencias radioeléctricas o espectro radioeléctrico, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones puede suspender la tramitación de estos a la espera del pronunciamiento del Indecopi. En dichos procedimientos, se excluye de la evaluación sectorial aquellos aspectos que forman parte de la competencia exclusiva del Indecopi en virtud del presente decreto de urgencia.

Décimo Primera.- Adecuación

En un plazo no mayor a noventa (90) días hábiles contados a partir de la publicación del reglamento del presente decreto de urgencia, se dictan las modificaciones al Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI y demás instrumentos de gestión de la entidad, a fin de adecuarlos a lo dispuesto por el presente decreto de urgencia.

Décimo Segunda.- Refrendo

El presente decreto de urgencia es refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y la Ministra de Economía y Finanzas.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA**Única.- Procedimientos en trámite**

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

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

Única.- Modificación de los artículos 2 y 24 del Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI

Modifícase el literal b) del numeral 2.1 del artículo 2 y el artículo 24 del Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, en los siguientes términos:

"Artículo 2.- Funciones del INDECOPI

2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:

(...)

b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales, previniendo los efectos anticompetitivos de las operaciones de concentración empresarial y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva;

(...)

Artículo 24.- De la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Corresponde a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia velar por el cumplimiento del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y del Decreto de Urgencia que aprueba el Control Previo de Operaciones de Concentración empresarial, así como de aquellas disposiciones que complementen o sustituyan a las anteriores en todo o en parte."

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única.- Derogación de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico

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

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciocho días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

VICENTE ANTONIO ZEBALLOS SALINAS
Presidente del Consejo de Ministros

MARÍA ANTONIETA ALVA LUPERDI
Ministra de Economía y Finanzas

1828320-1

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

Aceptan renuncia de Ministra de Salud

RESOLUCIÓN SUPREMA N° 207-2019-PCM

Lima, 18 de noviembre de 2019

Visita la renuncia que, al cargo de Ministra de Estado en el Despacho de Salud, formula la señora Elizabeth Zulema Tomás González de Polamino, y,

Estando a lo acordado;

SE RESUELVE

Aceptar la renuncia que, al cargo de Ministra de Estado en el Despacho de Salud, formula la señora Elizabeth Zulema Tomás González de Polamino, dándosele las gracias por los servicios prestados a la Nación.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

VICENTE ANTONIO ZEBALLOS SALINAS
Presidente del Consejo de Ministros

1828320-5

Nombran Ministra de Salud

RESOLUCIÓN SUPREMA N° 208-2019-PCM

Lima, 18 de noviembre de 2019

Visita la propuesta del señor Presidente del Consejo de Ministros;

De conformidad con el artículo 122 de la Constitución Política del Perú, y,

Estando a lo acordado;

SE RESUELVE

Nombrar Ministra de Estado en el Despacho de Salud, a la señora María Elizabeth Jacqueline Hinojosa Peruya.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

VICENTE ANTONIO ZEBALLOS SALINAS
Presidente del Consejo de Ministros

1828320-6

AGRICULTURA Y RIEGO

Decreto Supremo que aprueba el Plan Nacional de Agricultura Familiar 2019 - 2021

DECRETO SUPREMO N° 007-2019-MINAGRI

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 88 de la Constitución Política del Perú establece que el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario;

ANEXO 4: Decreto Legislativo N.º 1510: «Decreto legislativo que modifica e incorpora disposiciones al Decreto de Urgencia N.º 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial»

DIARIO OFICIAL DEL BICENTENARIO

El Peruano

FUNDADO EL 27 DE DICIEMBRE DE 1825 POR EL LEGISLADOR SIMÓN BOLÍVAR

Gobierno de Publicaciones Oficiales **Ricardo Montero Rojas**

MINISTERIO DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD

NORMAS LEGALES

Año XXXVII - N° 15416

Lunes 11 de mayo de 2020

1

EDICIÓN EXTRAORDINARIA

SUMARIO

PODER EJECUTIVO

DECRETOS LEGISLATIVOS

- D. Leg. N° 1510.-** Decreto Legislativo que modifica e incorpora disposiciones al Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial. **1**
- D. Leg. N° 1511.-** Decreto Legislativo que crea el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal ("PARC") para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto del COVID-19. **5**

- D. Leg. N° 1512.-** Decreto Legislativo que establece medidas de carácter excepcional para disponer de médicos especialistas y recursos humanos para la atención de casos COVID-19. **8**

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

- Fe de Erratas** del D.S. N° 083-2020-PCM. **10**

ECONOMÍA Y FINANZAS

- R.D. N° 005-2020-EF/54.01.-** Disponen prórroga de la suspensión de plazos de procedimientos de selección y otras disposiciones en materia de abastecimiento. **11**

PODER EJECUTIVO

DECRETOS LEGISLATIVOS

DECRETO LEGISLATIVO N° 1510

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, el Congreso de la República puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecido en la ley autoritativa;

Que, mediante Ley N° 31011, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en diversas materias para la atención de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar por el término de cuarenta y cinco (45) días calendario, sobre las materias enumeradas en su artículo 2;

Que, entre otras materias, el numeral 10) del artículo 2 de la Ley N° 31011, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en diversas materias para la atención de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19,

faculta al Poder Ejecutivo a legislar en materia de fomento de la libre competencia y el correcto funcionamiento del mercado, a fin de amortiguar el impacto y promover la reactivación económica, en el contexto del estado de emergencia sanitaria por el COVID-19;

Que, mediante Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, se estableció el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, aprobando un régimen de notificación previa de actos de concentración empresarial con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores;

Que, resulta indispensable prorrogar la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, a fin de que puedan completarse adecuadamente las acciones de implementación necesarias, así como modifique determinadas disposiciones para fortalecer el sistema de evaluación previa;

De conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y en ejercicio de las facultades delegadas en el numeral 10) del artículo 2 de la Ley N° 31011, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en diversas materias para la atención de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, y
 Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República:
 Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

**DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA
E INCORPORA DISPOSICIONES AL
DECRETO DE URGENCIA N° 013-2019,
DECRETO DE URGENCIA QUE ESTABLECE
EL CONTROL PREVIO DE OPERACIONES
DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL**

Artículo 1. Objeto y finalidad

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto modificar e incorporar disposiciones al Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, con la finalidad de fomentar la libre competencia y el correcto funcionamiento del mercado.

Artículo 2. Modificación del literal d) del numeral 3 del artículo 26 y las Disposiciones Complementarias Finales Quinta, Séptima, Octava y Décimo Primera del Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial

Modifícase el literal d) del numeral 3 del artículo 26 y las Disposiciones Complementarias Finales Quinta, Séptima, Octava y Décimo Primera del Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, en los siguientes términos:

"Artículo 26.- Infracciones administrativas

Las infracciones administrativas, sancionadas por el Indecopi, en el ámbito de aplicación del presente decreto de urgencia se distinguen entre leves, graves y muy graves, y se configuran en los siguientes supuestos: (...)

3. Muy graves

(...)
d. Negarse injustificadamente a suministrar al órgano competente la información requerida o suministrarle información incompleta, incorrecta, adulterada, engañosa o falsa."
(...)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

"Quinta.- Vigencia

El presente decreto de urgencia entra en vigencia el 1 de marzo de 2021, y se mantiene vigente por un periodo de cinco (5) años."

"Séptima.- Prohibición del registro e inscripción de operaciones de concentración empresarial no autorizadas

Queda prohibido el registro e inscripción por parte de notarios/as y registradores/as públicos/as de las operaciones de concentración empresarial que requieran autorización según el presente decreto de urgencia y no han sido autorizadas expresamente por la Comisión o no hubieran obtenido la autorización a través de la aplicación del silencio administrativo positivo. Las partes notificantes pueden acreditar el cumplimiento de sus obligaciones bajo el presente decreto de urgencia mediante declaración jurada, no siendo necesario que la Comisión curse comunicación alguna al notario o registrador público.

La contravención a esta prohibición se considera una infracción grave para notarios/as y registradores/as públicos/as, debiendo adecuarse las normas que regulan su actuación al contenido de esta disposición, en lo relativo a infracciones y sanciones."

"Octava.- Reglamentación

En un plazo de un (1) año, contado a partir de la publicación del presente decreto de urgencia, se aprueba, mediante Decreto Supremo y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, el respectivo reglamento."

"Décimo Primera.- Adecuación

En un plazo no mayor a un (1) año contado a partir de la publicación del presente decreto de urgencia se dictan las modificaciones al Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado mediante Decreto

Supremo 009-2000-PCM; y, demás instrumentos de gestión de la entidad, a fin de adecuarlos a lo dispuesto por el presente decreto de urgencia."

Artículo 3. Incorporación del numeral 5.3 al artículo 5, el literal i) del numeral 7.2 del artículo 7, el artículo 21-A, la Décimo Tercera Disposición Complementaria Final y la Segunda Disposición Complementaria Transitoria al Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial

Incorpóranse el numeral 5.3 al artículo 5, el literal i) del numeral 7.2 del artículo 7, el artículo 21-A, la Décimo Tercera Disposición Complementaria Final y la Segunda Disposición Complementaria Transitoria al Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, en los siguientes términos:

"Artículo 5.- Operaciones de concentración empresarial

(...)

5.3. Para efectos de la aplicación del artículo 5.1, la autoridad considera como una única operación de concentración empresarial, el conjunto de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en el plazo de dos (2) años, debiendo notificarse la operación de concentración antes de ejecutarse la última transacción o acto que permita superar los umbrales establecidos en el artículo 6.1 del presente decreto de urgencia."

"Artículo 7. Análisis de la operación de concentración empresarial

(...)

7.2. En el procedimiento de control previo, el órgano competente tiene en consideración, entre otros, los siguientes factores:

(...)

1. La grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas y la necesidad de realizar la operación de concentración, debidamente acreditadas por las partes notificantes."

"Artículo 21-A.- Notificación simplificada

El reglamento del presente decreto de urgencia puede simplificar los requisitos de notificación para aquellos tipos de operaciones de concentración que revistan una menor probabilidad de producir efectos restrictivos de la competencia."

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

"Décimo Tercera.- Cooperación interinstitucional
Para efectos de la adecuada aplicación del presente decreto de urgencia, la cooperación entre el Indecopi y otras entidades, nacionales o extranjeras, puede regirse por memorandos de entendimiento u otros acuerdos interinstitucionales que se suscriban con esta finalidad."

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

"Segunda.- Operaciones de concentración concluidas antes de la vigencia del decreto de urgencia
No son objeto de notificación aquellas operaciones de concentración que antes de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto de urgencia, hayan concluido con los actos de cierre necesarios para hacer efectiva la transferencia o cambio de control a que hace referencia el numeral 5.1 del artículo 5 del presente decreto de urgencia."

Artículo 4. Referendo

El presente Decreto Legislativo es referendado por el Presidente del Consejo de Ministros y la Ministra de Economía y Finanzas.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera. Financiamiento

La aplicación del presente Decreto Legislativo se financia con cargo al presupuesto institucional del Instituto

Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Segunda. Uso de saldos de recursos incorporados en el marco del Decreto de Urgencia N° 039-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial

Autorízase al Indecopi, durante el Ejercicio Fiscal 2020, a utilizar hasta S/ 12 193 229 (DOCE MILLONES CIENTO NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS VENTINUEVE y 00/100 SOLES), de los saldos no ejecutados de los recursos autorizados en el marco del numeral 11.2 del Artículo 11 del Decreto de Urgencia N° 039-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, con la finalidad de destinarlos al financiamiento de actividades que permitan la continuidad operativa institucional y la prestación de servicios a los ciudadanos en el marco de la emergencia COVID-19.

Para tal fin, el Indecopi queda exceptuado de lo establecido en el numeral 9.1 del artículo 9 del Decreto de Urgencia N° 014-2019, Decreto de Urgencia que aprueba el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020.

Tercera. Modificaciones presupuestarias en el nivel funcional programático

Autorízase al Indecopi, excepcionalmente, durante el Ejercicio Fiscal 2020, a efectuar modificaciones presupuestarias en el nivel funcional programático con cargo a los recursos de su presupuesto institucional, con el fin de implementar medidas de austeridad y optimización con saldos de las genéricas 2.1.11.1 "Personal Administrativo" de la genérica 2.1 Personal y Obligaciones Sociales, y 2.3.2.8.1 "Contrato Administrativo de Servicios" de la genérica 2.3 Bienes y servicios, destinados a contribuir en la reducción del grave peligro de la propagación de la enfermedad causada por un nuevo coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional.

Para tal fin, el Indecopi queda exceptuado de lo establecido en los numerales 9.1 y 9.4 del artículo 9 del Decreto de Urgencia N° 014-2019, Decreto de Urgencia que aprueba el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020.

Cuarta. Incorporación de saldos de balance

Autorízase al Indecopi, excepcionalmente, durante el Ejercicio Fiscal 2020, a incorporar en su presupuesto institucional los recursos referidos exclusivamente a saldos de balance generados en el año fiscal 2019, hasta por la suma de S/ 14 339 595 (CATORCE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO Y 00/100 SOLES), previa verificación de la disponibilidad de los recursos por parte de la Dirección General del Tesoro Público.

Los recursos autorizados en el párrafo precedente se incorporan conforme a lo establecido en el Artículo 50 del Decreto Legislativo N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público, para lo cual se exceptúa al Indecopi de los límites máximos de incorporación a los que se refiere dicho artículo hasta por el monto señalado en el primer párrafo de la presente disposición.

Para tal fin, exonérase al Indecopi del numeral 27.1 del artículo 27 del Decreto de Urgencia N° 033-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas para reducir el impacto en la economía peruana de las disposiciones de provisión establecidas en la declaración de estado de emergencia nacional ante los riesgos de propagación del COVID-19, en la relación de los recursos de saldos de balance al 31 de diciembre de 2019, no incorporados en el presupuesto institucional del Indecopi a la fecha de entrada en vigencia del mencionado Decreto de Urgencia N° 033-2020.

Quinta. Exoneración para percibir transferencias de recursos con cargo a la fuente de financiamiento de recursos ordinarios

Exonérase al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), durante el Ejercicio Fiscal 2020, de lo establecido en el artículo 72 del Decreto Legislativo 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público, quedando autorizado para percibir transferencias de

recursos con cargo a la Fuente de Financiamiento Recursos Ordinarios.

Sexta. Aprobación del Texto Único Ordenado

Dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, se aprueba, mediante Decreto Supremo referendado por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Texto Único Ordenado del Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial.

Séptima. Graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutores del Indecopi respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia

Dentro del plazo de sesenta (60) días calendario de la publicación del presente Decreto Legislativo, mediante Decreto Supremo se aprueba la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutores del Indecopi respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

Primera. Incorporación del numeral 18.4 al artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Incorpórase el numeral 18.4 al artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los siguientes términos:

"Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento

18.4. Mediante resolución debidamente motivada, la Secretaría Técnica puede, en ejercicio de una facultad discrecional, no iniciar ni instruir un procedimiento administrativo sancionador cuando determine, en función a los criterios previstos en el artículo 44 de la presente Ley, que una conducta sujeta a la prohibición relativa no esté en capacidad de tener un efecto significativo sobre la competencia. En este supuesto, la Secretaría Técnica puede imponer de oficio o a solicitud del investigado, la implementación de acciones que restablezcan o promuevan la competencia y aseguren el cumplimiento de la Ley. La Comisión aprueba los Lineamientos para el ejercicio de esta facultad discrecional, a propuesta de la Secretaría Técnica."

Segunda. Modificación del artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi

Modifícase el artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, en los siguientes términos:

"Artículo 52.- Fuentes de financiamiento del INDECOPI.-

El INDECOPI se financia con las siguientes fuentes:

- Las tasas por concepto de los servicios que brinda y por los derechos de tramitación de los procedimientos administrativos de competencia de sus distintas unidades orgánicas;
- Los montos que recaude por concepto de multas;
- Los derechos antidumping y compensatorios que se establezcan, provisional o definitivamente, en los procedimientos sobre la materia;
- Los recursos que perciba por concepto de la prestación de servicios;
- Los recursos provenientes de la cooperación técnica internacional;
- Los legados y donaciones que reciba; y,
- Los recursos que se le transfieran.

Los procedimientos administrativos tramitados ante el INDECOPI en las diferentes materias de su competencia,

iniciados a solicitud o por denuncia de parte están sujetos al pago de derechos de tramitación. Los valores de los derechos de tramitación se determinan conforme a la metodología y a la normativa vigente."

Tercera. Modificación del numeral 58.3 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal

Modifícase el numeral 58.3 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en los siguientes términos:

"Artículo 58.-Indemnización por daños y perjuicios

(...)

58.3 En el supuesto mencionado en el numeral 58.1, la Comisión, previo informe favorable de la Secretaría Técnica, remite lo actuado en el procedimiento administrativo a la Gerencia Legal para que esta inicie, en defensa de los intereses difusos y de los intereses colectivos de los consumidores, un proceso judicial por indemnización por daños y perjuicios derivados de las conductas prohibidas por la presente norma, conforme a lo establecido por el artículo 82 del Código Procesal Civil, para lo cual verifica la existencia de los presupuestos procesales correspondientes. Sin perjuicio de ello, los plazos, reglas, condiciones o restricciones particulares necesarios para el ejercicio de esta acción, son aprobados mediante insertamientos de la Comisión, a propuesta de la Secretaría Técnica."

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

Única. Derogación del numeral 4 del artículo 3 y del literal f) del numeral 5.2 del artículo 6 del Decreto de Urgencia N° 013-2019

Deróganse el numeral 4 del artículo 3 y el literal f) del numeral 5.2 del artículo 6 del Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los once días del mes de mayo del año dos mil veinte.

MARTÍN ALBERTO VICARRA CORNEJO
Presidente de la República

VICENTE ANTONIO ZEVALLOS SALINAS
Presidente del Consejo de Ministros

MARÍA ANTONIETA ALVA LUPERDI
Ministra de Economía y Finanzas

1866264-1

EL PERUANO DEL GOBIERNO

El Peruano

COMUNICADO A NUESTROS USUARIOS

REQUISITOS PARA PUBLICAR EN LA SEPARATA DE NORMAS LEGALES

Se comunica a las entidades públicas que para publicar sus dispositivos en la separata de normas legales, con o sin anexos, se tomará en cuenta lo siguiente:

1. La documentación a publicar se recibirá de lunes a viernes, de 9.00 am a 5.30 pm. La solicitud de publicación deberá adjuntar los dispositivos legales refrendados por el funcionario acreditado con el respectivo registro de firma ante la Gerencia de Publicaciones Oficiales.
2. Para todo dispositivo legal, con o sin anexos, el contenido del archivo o correo electrónico será considerado COPIA FIEL DEL DOCUMENTO ORIGINAL IMPRESO que se entrega para su publicación. Cada entidad pública se hará responsable del contenido de los archivos electrónicos que entrega para su publicación.
3. Toda solicitud de publicación deberá adjuntar obligatoriamente el archivo en una unidad de almacenamiento, o enviar el archivo correspondiente al correo electrónico normaslegales@editoraperu.com.pe.
4. En caso de que se requiera una cotización del dispositivo legal, deberá enviarse un archivo al correo electrónico cotizacionesnll@editoraperu.com.pe. Asimismo, los archivos de las normas que aprueban TUPAs o su modificación, deberán enviarse al correo electrónico tupaweb@editoraperu.com.pe.
5. Todo documento que contenga tablas deberá ser trabajado en una hoja de cálculo de Excel, de acuerdo al formato original y sin justificar. El texto deberá ser redactado en formato Word, en caso incluya gráficos, estos deberán ser trabajados en formato PDF o EPS a 300 DPI y en escala de grises.
6. Las publicaciones de normas legales, cotizadas y pagadas al contado, se efectuarán conforme a las medidas facturadas al cliente, pudiendo existir una variación de +/- 5% como resultado de la diagramación final.
7. Este comunicado rige para las entidades públicas que no usan el Portal de Gestión de Atención al Cliente - PGA.

GERENCIA DE PUBLICACIONES OFICIALES

ANEXO 5: Ley N.º 31112: «Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial»

PODER LEGISLATIVO

CONGRESO DE LA REPUBLICA

LEY Nº 31112

LA PRESIDENTA, I DEL CONGRESO
DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE ESTABLECE EL CONTROL PREVIO
DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN
EMPRESARIAL.**

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

Se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la presente ley:

1. Los actos de concentración empresarial, conforme a los umbrales previstos en la presente ley, que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, incluyendo actos de concentración que se realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a agentes económicos que desarrollen actividades económicas en el país.
2. Los agentes económicos que ofrecen o demanden bienes o servicios en el mercado y realicen actos de concentración que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional.

Artículo 3. Definiciones

Para efectos de la aplicación de la presente ley, se tienen en cuenta las siguientes definiciones:

1. Agente económico: Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho privado o de derecho público, que ofrece o demanda bienes o servicios y que sea titular de derechos o beneficiario de los contratos o que, sin ser titular de dichos derechos ni beneficiario de dichos contratos, pueda ejercer los derechos inherentes a los mismos. Esto incluye a los fondos de inversión, nacionales o extranjeros.
2. Control: Es la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico mediante (i) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa, o (ii) derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, delimitando directa o indirectamente la estrategia competitiva.
3. Grupo económico: Es el conjunto de agentes económicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos miembros, cuando alguno de ellos ejerce el control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre los

agentes económicos corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

4. Límite geográfico: Es el hecho que permite identificar si la operación de concentración empresarial produce efectos en el territorio nacional, en el que los órganos competentes tienen jurisdicción para poder evaluar la operación.
5. Posición de dominio: Es aquella definida por el artículo 7 del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
6. Umbral: Es el parámetro cuantificable, selectivo y objetivo expresado en unidades impositivas tributarias (UIT), a partir del cual una operación de concentración empresarial debe sujetarse obligatoriamente al procedimiento de control previo.

Artículo 4. Principios del procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

En el procedimiento de control previo, la autoridad tiene en cuenta, además de los principios establecidos en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los siguientes principios:

1. Principio de proporcionalidad: Las decisiones de los órganos competentes, cuando establezcan condiciones, obligaciones de hacer o no hacer, califiquen infracciones, impongan sanciones o alguna otra medida de restricción de un derecho relativo a la operación de concentración, guardan conformidad con los límites de la facultad atribuida por ley manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe proteger a fin de que respondan a lo estrictamente necesario.
2. Principio de transparencia e independencia: Los órganos competentes actúan en el desarrollo del procedimiento de control previo de manera transparente y con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole, demostrando independencia respecto de sus apreciaciones personales, o de influencias de intereses económicos o políticos. Las entidades o autoridades, funcionarios o servidores públicos o terceros están prohibidos de oponerse, interferir o dificultar el ejercicio de las funciones y atribuciones conferidas por el de la presente ley a los órganos competentes.
3. Principio de confidencialidad: Los órganos competentes guardan reserva respecto de la información a la que tengan acceso en el procedimiento de control previo, otorgándole, en su caso, el carácter de confidencial, evitando que se ponga en peligro el interés legítimo de las empresas o de las personas naturales involucradas. Están prohibidos divulgar el secreto empresarial, comercial o industrial de los agentes económicos o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad.

CAPÍTULO II

**OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN
EMPRESARIAL Y UMBRAL PARA EL
CONTROL PREVIO**

Artículo 5. Operaciones de concentración empresarial

- 5.1 Es todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella. Dichas concentraciones pueden producirse a consecuencia de las siguientes operaciones:
 - a. Una fusión de dos o más agentes económicos, los cuales eran independientes

- antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.
- La adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.
 - La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí de una empresa en común, joint venture o cualquier otra modalidad contractual análoga que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos, de tal forma que dicho agente económico desempeñe de forma las funciones de una entidad económica autónoma.
 - La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.
- 5.2 No son actos u operaciones de concentración empresarial sometidos a la presente ley los siguientes:
- El crecimiento corporativo de un agente económico como resultado de operaciones realizadas exclusivamente al interior del mismo grupo económico.
 - El crecimiento corporativo interno de un agente económico, independientemente de que se produzca mediante inversión propia o con recursos de terceros que no participen directa ni indirectamente en los mercados en los que opera el agente económico.
 - 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.
 - El control temporal que se adquiere sobre un agente económico como resultado de un mandato temporal conferido por legislación relativa a la caducidad o denuncia de una concesión, reestructuración patrimonial, insolvencia, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo.
 - Cuando las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros o del mercado de capitales cuya actividad normal constituya la negociación y transacción de títulos, por cuenta propia o de terceros, poseen con carácter temporal acciones o participaciones que hayan adquirido de una empresa con el propósito de revenderlas, siempre que no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas acciones o participaciones con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa.
- 5.3 Para efectos de la aplicación del numeral 5.1, la autoridad considera como una única operación de concentración empresarial el conjunto de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en el plazo de dos (2) años, debiendo notificarse la operación de concentración antes de ejecutarse la última transacción o acto que permita superar los umbrales establecidos en el numeral 6.1.

Artículo 6. Umbral para el control previo de operaciones de concentración empresarial

- 6.1 Una operación de concentración empresarial se sujeta al procedimiento de control previo cuando de manera concurrente se cumpla lo siguiente:
- La suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos

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 ciento dieciocho mil (118 000) unidades impositivas tributarias (UIT).

- El valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial hayan alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a dieciocho mil (18 000) unidades impositivas tributarias (UIT) cada una.
- 6.2 Si antes de su ejecución la operación de concentración empresarial se encuentra comprendida dentro del umbral previsto, los agentes económicos presentan una solicitud de autorización ante la Comisión, entendiéndose por esta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Esta solicitud se tramita bajo el procedimiento de control previo establecido en la presente ley.
- 6.3 El INDECOPI puede proponer la actualización del valor del umbral siempre que se justifique la necesidad de dicha actualización, de conformidad con el objeto de la presente ley. La modificación del valor del umbral se realizará a través de norma con rango de ley.
- 6.4 La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI podrá actuar de oficio en los casos en que haya indicios razonables para considerar que la operación de concentración puede generar posición de dominio o afecte la competencia efectiva en el mercado relevante. La notificación de la operación será voluntaria para las partes cuando las empresas involucradas no alcancen los umbrales establecidos en el numeral 6.1. La aplicación del presente numeral será regulada a través del Reglamento.

CAPÍTULO III

CONCENTRACIONES EMPRESARIALES AUTORIZADAS

Artículo 7. Análisis de la operación de concentración empresarial

- 7.1 En el procedimiento de control previo, el órgano competente evalúa los efectos de la operación de concentración, a fin de identificar si produce una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados.
- 7.2 En el procedimiento de control previo, el órgano competente tiene en consideración, entre otros, los siguientes factores:
- La estructura del mercado involucrado.
 - La competencia real o potencial de los agentes económicos en el mercado.
 - La evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate.
 - Las fuentes de distribución y comercialización.
 - Las barreras legales o de otro tipo (tecnológicas, inversiones específicas, restricciones horizontales o verticales) para el acceso al mercado.
 - El poder económico y financiero de las empresas involucradas.
 - La creación o fortalecimiento de una posición de dominio.

- h. La generación de eficiencias económicas.
- 7.3 Si en el procedimiento de control previo se determina que la operación de concentración empresarial no produce una restricción significativa de la competencia, el órgano competente autoriza la operación.
- 7.4 Si en el procedimiento de control previo se determina que la operación de concentración empresarial podría generar una restricción significativa de la competencia, la Comisión puede realizar las siguientes acciones:
- Autorizar la operación, siempre que los agentes económicos solicitantes demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos de la posible restricción significativa de la competencia.
 - Autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial. Dichas condiciones pueden basarse en los compromisos ofrecidos por los agentes económicos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8.
 - No autorizar la operación, cuando los agentes económicos solicitantes no demuestran la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos de la posible restricción significativa de la competencia y no sea posible establecer condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial.
- 7.5 En el análisis de la capacidad de la operación de concentración empresarial para producir eficiencias económicas, se pueden considerar eficiencias productivas, de asignación o innovativas. Las eficiencias económicas cumplen los siguientes requisitos:
- Ser demostradas por los agentes económicos solicitantes.
 - Tener un carácter inherente a la concentración.
 - Estar dirigidas a compensar los efectos restrictivos a la competencia identificados y mejorar el bienestar de los consumidores.
 - Ser susceptibles de ser transferidas al consumidor.
 - Ser verificables por la autoridad.
- 7.6 La carga de la prueba respecto del impacto anticompetitivo de la operación de concentración empresarial corresponde a la autoridad competente. La carga para probar la naturaleza, magnitud y probabilidad de las eficiencias económicas corresponde a los agentes económicos involucrados en la operación de concentración.
- 7.7 La sola creación o fortalecimiento de la posición de dominio no constituye una prohibición de la operación de concentración empresarial, siendo necesario evaluar los efectos restrictivos de la competencia en los mercados en los que participa el agente económico, como comprador o como proveedor de bienes y servicios, sin perjuicio de lo dispuesto por el numeral 7.6 del presente artículo.

Artículo 8. Compromisos propuestos por los agentes económicos durante el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

- 8.1 Durante el desarrollo del procedimiento de control previo, los agentes económicos pueden presentar al órgano competente una propuesta

de compromisos destinados a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de análisis.

- 8.2 Los compromisos propuestos por los agentes económicos pueden ser comunicados por el órgano competente a terceros, en la medida en que ello resulte necesario para su evaluación, de conformidad con la finalidad de la presente ley.
- 8.3 Si el órgano competente determina que los compromisos propuestos evitan o mitigan los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de análisis, autoriza la operación sujeta a dichos compromisos y da por concluido el procedimiento de control previo.
- 8.4 El procedimiento de control previo se suspende hasta que la autoridad se pronuncie sobre la propuesta presentada por los agentes económicos, hasta por un plazo de quince (15) días hábiles en la respectiva fase. De común acuerdo, el órgano competente y los agentes económicos pueden suspender adicionalmente el procedimiento de control previo por un plazo de quince (15) y treinta (30) días hábiles en la primera y segunda fase respectivamente.
- 8.5 La oportunidad y los requisitos para presentar y modificar la propuesta de compromisos, las reglas complementarias para su tramitación y el plazo de suspensión del procedimiento se establecen en el reglamento de la presente ley.

Artículo 9. Revisión de condiciones

- 9.1 Cuando la autorización de una operación de concentración empresarial se sujeta al cumplimiento de una condición de conducta, la autoridad establece un plazo para su revisión. Luego de dicho plazo, la autoridad determina si resulta pertinente mantenerla, dejarla sin efecto o modificarla. Si decide mantenerla o modificarla, establece un nuevo plazo para su revisión.
- 9.2 Asimismo, durante dicho plazo, en caso de que se constate una variación en las condiciones de competencia, la autoridad puede revisar de oficio la condición impuesta a los agentes económicos con el objeto de determinar si resulta necesario o no mantener tal condición o modificarla, verificando que no se generen perjuicios a terceros.
- 9.3 En cualquier momento, los agentes económicos pueden solicitar a la autoridad que deje sin efecto o modifique la condición de conducta establecida al autorizar la operación de concentración empresarial. Para ello, presentan elementos de juicio que demuestren que se ha producido una variación en las condiciones de competencia que justifican su solicitud. Los requisitos para presentar esta solicitud y su trámite se sujetan al reglamento de la presente ley.
- 9.4 La modificación de una condición de conducta efectuada por la autoridad, de oficio o a solicitud de los agentes económicos involucrados, se efectúa de acuerdo con las disposiciones establecidas en el reglamento de la presente ley.

Artículo 10. Efectos de las concentraciones empresariales sujetas a solicitud de autorización

- 10.1 Una operación de concentración empresarial que deba ser sometida al procedimiento de control previo conforme a lo dispuesto por el numeral 6.1 del artículo 6 no surte efecto jurídico alguno antes de la aplicación del silencio administrativo positivo o hasta que la autoridad la haya autorizado expresamente.

- Cuando se establezcan condiciones para la autorización de la operación de concentración empresarial, estas se integran de pleno derecho a los términos contractuales correspondientes a dicha operación.
- 10.2 La inalcance de una operación de concentración empresarial que incumpla lo señalado en el numeral 10.1 no requiere la emisión de un acto administrativo por el órgano competente, sin perjuicio de que se dicten las medidas y se impongan las sanciones que correspondan, de acuerdo a lo previsto en la presente ley y su reglamento.
- 10.3 Procede la nulidad de oficio respecto del acto que autorizó la operación de concentración empresarial cuando se comprueba fraude o falsedad en la declaración, en la información o en la documentación presentada por el agente económico, sin perjuicio de las consecuencias legales que se aplican, de acuerdo a lo previsto en la presente ley, su reglamento y demás normas sobre la materia.
- 10.4 El incumplimiento de las condiciones impuestas a la operación de concentración empresarial da lugar a que la autoridad proceda a dictar las medidas correspondientes e imponga las sanciones, de acuerdo a lo previsto en la presente ley y su reglamento.

CAPÍTULO IV

AUTORIDAD COMPETENTE

Artículo 11. Autoridad competente respecto al control previo de las operaciones de concentración empresarial

El control previo de las operaciones de concentración empresarial se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), cuyos órganos competentes ejercen sus atribuciones, de conformidad con lo dispuesto por la presente ley, y por el Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI. Asimismo, se observa supletoriamente lo establecido en el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Artículo 12. Comisión de Defensa de la Libre Competencia

- 12.1 La Comisión es el órgano resolutorio con competencia exclusiva para evaluar y resolver en primera instancia administrativa a nivel nacional en el procedimiento de control previo, ejerciendo para ello las competencias señaladas por el Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI y el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, sin perjuicio de las facultades previstas en la presente ley. Para el ejercicio de sus atribuciones, la Comisión cuenta con el apoyo técnico y administrativo de la Secretaría Técnica.
- 12.2 Para efectos de la presente ley, son atribuciones de la Comisión las siguientes:
- Autorizar, establecer condiciones o denegar actos de concentración empresarial.
 - Dictar órdenes o mandatos respecto de los actos de concentración empresarial.
 - Expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente ley.

- En el caso de operaciones de concentración empresarial que involucren a empresas que operen en mercados de competencia de los organismos reguladores, solicitar a estos un informe no vinculante sobre el nivel de concentración de su respectivo mercado, incluyendo la opinión técnica sobre los posibles efectos que puedan derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de la evaluación.
- Las demás que le asignen las disposiciones legales vigentes.

Artículo 13. Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

- 13.1 La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia es el órgano técnico con competencias para realizar las acciones de ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas al procedimiento de control previo o, en su caso, sobre las acciones preliminares de investigación que puedan dar lugar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo a lo previsto en la presente ley y de conformidad con las atribuciones recogidas por el Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, y el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- 13.2 Son atribuciones de la Secretaría Técnica las siguientes:
- Efectuar indagaciones e investigaciones preliminares.
 - Instaurar el procedimiento, realizando investigaciones y actuando medios probatorios, ejerciendo para tal efecto las facultades de investigación previstas en el Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI y su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado mediante Decreto Supremo 009-2009-PCM, el Decreto Legislativo 807, Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, y en el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - Iniciar de oficio o a pedido de la parte interesada el procedimiento de investigación y sanción de infracciones de la presente ley.
 - Realizar estudios y publicar informes.
 - Elaborar propuestas de lineamientos.
 - Realizar actividades de capacitación y difusión de la aplicación de la presente ley.
 - Otras que le asignen las disposiciones legales vigentes.

Artículo 14. Tribunal del INDECOPI

La sala especializada competente del Tribunal del INDECOPI es el órgano funcional que resuelve en segunda y última instancia administrativa las apelaciones interpuestas contra los actos administrativos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el procedimiento de control previo, así como en los procedimientos sancionadores regulados en la presente ley.

Artículo 15. Colaboración interinstitucional en el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

- 15.1 Los órganos competentes en el procedimiento de control previo están facultados para

solicitar información a otras entidades de la administración pública, sin más limitación que la establecida por la Constitución Política del Perú y la ley, para lo cual se dictan las medidas a implementar los medios correspondientes para una eficaz colaboración interinstitucional en el marco del cumplimiento de la finalidad señalada en la presente ley.

- 15.2 De ser requerido, se puede suspender el plazo para resolver cuando una entidad deba proporcionar información a los órganos competentes, siempre y cuando dicha información sea esencial para la resolución del procedimiento de control previo, no pudiendo exceder del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la solicitud a la entidad correspondiente, pudiendo ser prorrogado hasta por cinco (5) días hábiles adicionales, por la complejidad del procesamiento o puesta a disposición de la información.

Artículo 16. Informes proporcionados en el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

- 16.1 Para el control previo de operaciones de concentración empresarial, los organismos reguladores elaboran un informe no vinculante sobre el nivel de concentración del mercado de su competencia, incluyendo la correspondiente opinión técnica sobre los posibles efectos en el mercado que pudieran derivarse de la operación de concentración objeto de la evaluación.
- 16.2 El control previo de operaciones de concentración de agentes económicos comprendidos en el ámbito de la regulación y supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones lo efectúa el INDECOPI, sin perjuicio del control previo de carácter prudencial y de estabilidad financiera que corresponde a la referida superintendencia en virtud de lo establecido en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y sus modificaciones. Procede la operación de concentración empresarial si se tiene la autorización tanto del INDECOPI como de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, cada uno en el ámbito de sus competencias.
- 16.3 El control previo de operaciones de concentración empresarial de agentes económicos a los que la Superintendencia del Mercado de Valores les hubiere otorgado autorización de funcionamiento lo efectúa el INDECOPI, sin perjuicio del control previo de carácter prudencial que realice la Superintendencia del Mercado de Valores, en virtud de lo establecido por el Decreto Legislativo 861, Ley del Mercado de Valores, y el Decreto Ley 26126, que aprueba el Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Mercado de Valores. Procede la operación de concentración empresarial si se tiene la autorización tanto del INDECOPI como de la Superintendencia del Mercado de Valores, cada uno en el ámbito de sus competencias.
- 16.4 Tratándose de operaciones de concentración empresarial que incluyan empresas del sistema financiero que captan depósitos del público o empresas de seguros, que presenten riesgos relevantes e inminentes, que comprometan la solidez o estabilidad de las referidas empresas o de los sistemas que integran, solo se requiere el control previo de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones en su ámbito de competencia, dada la naturaleza y el carácter reservado de dicha situación, la cual debe ser determinada por la Superintendencia.

- 16.5 La Comisión requiere el informe a que hace referencia el numeral 16.1, así como cualquier información que necesite de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y de la Superintendencia del Mercado de Valores, en cualquier momento del procedimiento de control previo de la operación de concentración empresarial solicitada, aplicándose el plazo establecido en el numeral 15.2 del artículo 15 de la presente ley.

CAPÍTULO V

PROCEDIMIENTO DE CONTROL PREVIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

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

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

Artículo 18. Agentes económicos que presentan la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial

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

Artículo 19. Derecho de tramitación

El procedimiento de control previo, que se inicia con la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial, está sujeto al pago por derecho de tramitación, el que se establece conforme a la metodología vigente, mediante decreto supremo, con el referendo del presidente del Consejo de Ministros, y está consignado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del INDECOPI.

Artículo 20. Información confidencial y acceso al expediente

- 20.1 A efectos de declarar la confidencialidad de la información en el marco de los procedimientos sobre control previo, se sigue el procedimiento previsto en el artículo 32 del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- 20.2 En cualquier momento del procedimiento y hasta que este concluya en sede administrativa, únicamente las partes involucradas en la operación de concentración empresarial y los terceros con interés legítimo que se hayan apersonado al procedimiento oportunamente tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a este y obtener copia de los actuados, siempre que la Comisión no hubiere aprobado su reserva por consistir información confidencial. A partir del día hábil siguiente de la notificación de la resolución final de la Comisión a las partes interesadas, la versión no confidencial de esta resolución es pública, debiendo informarse de la falta de agotamiento de la vía administrativa, cuando corresponda.

20.3 Los funcionarios y servidores de los órganos competentes, durante y después de concluir el procedimiento de control previo, independientemente del régimen laboral o de contratación, que tuvieron acceso al expediente, están prohibidos de compartir, divulgar o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad civil, administrativa o penal.

Artículo 21. Procedimiento aplicable al trámite de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial

21.1 A la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial se acompañan los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y los agentes económicos que participan en ella, así como el grupo económico al cual pertenece cada uno de ellos. Asimismo, los solicitantes presentan los elementos que permitan evaluar preliminarmente los posibles efectos de la operación sobre la competencia en los mercados involucrados, y los demás requisitos que debata el reglamento de la presente ley.

21.2 La Secretaría Técnica revisa la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial, comunicando a las partes intervinientes sobre el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de presentación de dicha solicitud.

21.3 Si con la solicitud de autorización previa de una operación de concentración empresarial no se cumple con proporcionar la información necesaria para continuar el proceso de control previo, la Secretaría Técnica otorga un plazo de diez (10) días hábiles para la subsanación respectiva, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada. La Secretaría Técnica analiza la solicitud subsanada y, de ser el caso, admite a trámite la solicitud en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

21.4 En un plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir de la admisión a trámite de la solicitud, la Comisión determina si la operación de concentración empresarial se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la norma y si genera serias preocupaciones en cuanto a ocasionar efectos restrictivos significativos de la competencia en el mercado.

21.5 Si la Comisión concluye que la concentración empresarial cuya autorización se solicita no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la norma o no genera serias preocupaciones en cuanto a ocasionar efectos restrictivos significativos de la competencia en el mercado, lo declara mediante resolución, dando por concluido el procedimiento o autorizando la operación, según corresponda.

21.6 Si la Comisión comprueba que la operación de concentración empresarial cuya autorización se solicita plantea serias preocupaciones en cuanto a generar efectos restrictivos de la competencia en el mercado, lo declara mediante resolución, comunicando a las interesadas cuáles son los riesgos que la autoridad ha identificado, así como el fin de la primera fase de evaluación e inicio de la segunda fase, sustentando las razones de su decisión.

21.7 Iniciada la segunda fase de evaluación, la Comisión publica un breve resumen de la resolución que sustenta el inicio de la segunda etapa, de manera que los terceros con interés legítimo puedan presentar información relevante ante la autoridad, sin que por ello sean considerados como partes intervinientes en el procedimiento.

21.8 La segunda fase de evaluación de la operación de concentración empresarial no excede de noventa (90) días hábiles, pudiendo prorrogarse

hasta por un plazo máximo de treinta (30) días hábiles adicionales, debiendo indicarse los motivos que justifiquen la correspondiente ampliación.

21.9 La Comisión analiza la operación de concentración conforme a los criterios establecidos en el artículo 7 y concluye el procedimiento autorizándola, autorizándola con condiciones o no autorizándola, según corresponda.

21.10 La Comisión no considera en la evaluación de fondo de la operación aspectos distintos al objeto de la ley, bajo responsabilidad.

El reglamento de la presente ley puede simplificar los requisitos de notificación para aquellos tipos de operaciones de concentración que revistan una menor probabilidad de producir efectos restrictivos de la competencia.

Artículo 23. Inejecución de las operaciones de concentración empresarial sujetas a control previo

23.1 La ejecución de las operaciones de concentración empresarial comprendidas en el numeral 6.1 se suspende hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo.

23.2 La ejecución de una operación de concentración empresarial comprendida en el numeral 6.1, sin haber presentado la solicitud de autorización correspondiente o sin haber esperado hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo, además la nulidad de los actos que se deriven de dicha ejecución, los cuales no surten efectos jurídicos, sin perjuicio de las consecuencias legales que se apliquen, según lo previsto por la presente ley y su reglamento.

23.3 Tratándose de una operación de concentración empresarial comprendida en el numeral 6.1 que se realice a través de una oferta pública de adquisiciones en el mercado de valores, es requisito previo el pronunciamiento de la entidad competente para que los agentes económicos puedan iniciar el procedimiento respectivo ante la Superintendencia del Mercado de Valores. Asimismo, obtiene el pronunciamiento previo de la autoridad competente para realizar la operación de concentración empresarial que origine la obligación de formular una oferta pública de adquisición posterior.

Artículo 24. Actuaciones a solicitud de los agentes económicos

En cualquier fase del procedimiento, quienes hayan presentado la solicitud de autorización previa pueden solicitar la realización de audiencias. En estos casos, el plazo de evaluación puede ser ampliado por la Comisión hasta por quince (15) días hábiles.

Artículo 25. Resolución de autorización

25.1 La Comisión emite la resolución de fin del procedimiento de control previo debidamente motivada, adjuntando los informes que corresponden, expresando su decisión, autorizando la operación de concentración empresarial, autorizándola con condiciones o denegando la autorización de la operación.

25.2 La Comisión puede autorizar la operación de concentración empresarial sujeta al cumplimiento de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas involucradas cumplen los compromisos contraídos con la Comisión, o que respondan a la compensación de los efectos restrictivos de la competencia en el mercado.

25.3 Si la Comisión comprueba que una concentración notificada ya no plantea serias dudas en cuanto

- a la generación de efectos restrictivos de la competencia en el mercado, puede autorizar la operación de concentración empresarial.
- 25.4 En caso de que las empresas decidan no continuar con la operación de concentración empresarial, el órgano competente emite una resolución de fin del procedimiento.
- 25.5 En caso de que, dentro del plazo legal previsto, el órgano competente no emita pronunciamiento expreso, corresponde la aplicación del silencio administrativo positivo, dando por concluido el procedimiento de control previo.

Artículo 26. Recurso de apelación

- 26.1 En caso de que se deniegue la solicitud de autorización o se autorice con condiciones, los agentes económicos solicitantes pueden interponer recurso impugnatorio de apelación. El plazo para su interposición no excede de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución que pone fin a la primera instancia.
- 26.2 En caso de que la Comisión haya dictado alguna medida de orden preventivo, la ejecución de la resolución impugnada no se suspende, salvo que el Tribunal disponga lo contrario mediante resolución debidamente motivada.
- 26.3 El Tribunal se pronuncia en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles.
- 26.4 La resolución que emite el Tribunal pone fin a la vía administrativa.

CAPÍTULO VI

INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 27. Infracciones administrativas

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

1. Leves
 - a. No presentar la solicitud de autorización mediante el procedimiento de control previo, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.
 - b. No suministrar al órgano competente la información requerida por esta en el plazo previsto.
2. Graves
 - a. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de haber sido sometida al procedimiento de control previo.
 - b. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de que se emita la resolución del órgano competente.
 - c. Ejecutar una operación de concentración empresarial antes de que se produzca el silencio administrativo positivo.
3. Muy graves
 - a. Incumplir o contravenir una condición, un acuerdo o un compromiso establecido en una resolución emitida en aplicación de la presente ley.
 - b. Ejecutar una operación de concentración empresarial habiendo sido denegada su autorización.
 - c. Obstruir a través de cualquier modalidad la labor de investigación que realice el órgano competente respecto de una operación de concentración empresarial.
 - d. Hacerse injustificadamente a suministrar la información requerida o suministrar información incompleta, incorrecta, adulterada, engañosa o falsa.

Artículo 28. Sanciones

Las infracciones administrativas se sancionan mediante la imposición de multas sobre la base de la unidad impositiva tributaria (UIT), de acuerdo con los criterios y límites establecidos en el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o de la norma que la sustituya.

Artículo 29. Gravedad de la infracción y graduación de la sanción

Para efectos de determinar la gravedad de la infracción y la graduación de la sanción se aplican los criterios establecidos en el artículo 44 del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que resulte aplicable, así como en el reglamento de la presente ley.

Artículo 30. Plazo de prescripción de la infracción administrativa

Las infracciones a la presente ley prescriben a los cuatro (4) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del investigado y le permita conocer el objeto de la investigación. El cómputo del plazo se reinicia si el procedimiento permaneciere paralizado durante más de noventa (90) días hábiles por causa no imputable al investigado.

Artículo 31. Responsabilidades

La información que presentan las partes en la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial tiene el carácter de declaración jurada, pudiendo dar lugar a las responsabilidades civiles o penales que correspondan, en caso de que se presente información falsa o adulterada.

CAPÍTULO VII

MEDIDAS CORRECTIVAS

Artículo 32. Medidas correctivas

- 32.1 La Comisión, además de aplicar las sanciones que correspondan conforme a la presente ley, puede ordenar como medida correctiva que los agentes económicos involucrados disueltan la operación de concentración empresarial mediante la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, hasta que quede restablecida la situación previa a la ejecución de la operación de concentración empresarial, cuando compruebe que dicha operación ha sido ejecutada sin su autorización o incumpliendo alguna de las condiciones establecidas para su autorización.
- 32.2 En caso de que no sea posible restablecer la situación previa a la ejecución de la operación de concentración empresarial, la Comisión puede ordenar otras medidas destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial.

CAPÍTULO VIII

MULTAS COERCITIVAS

Artículo 33. Multas coercitivas por incumplimiento de medidas correctivas

- 33.1 Si un agente económico incumple las obligaciones relativas a una medida correctiva ordenada, la Comisión impone una multa coercitiva equivalente a ciento veinticinco (125) unidades impositivas tributarias (UIT), la cual se paga dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales se ordena su cobranza coercitiva.
- 33.2 En caso de persistir el incumplimiento, la Comisión puede imponer una nueva multa coercitiva, duplicando sucesivamente el monto de

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

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Prohibición de interferencia en el ejercicio de las funciones

Las decisiones de los funcionarios a cargo de la resolución de los procedimientos de autorización previa se discuten únicamente a través del recurso de apelación ante el Tribunal del INDECOPI o en la vía del proceso contencioso-administrativo en vía judicial, según corresponda, no siendo procedente para ello la interposición de demandas civiles o demandas penales.

SEGUNDA. Aplicación supletoria del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Precisase que los procedimientos especiales tramitados en el marco del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y modificada mediante decretos legislativos 1205 y 1396, así como en el marco de la presente ley, se rigen supletoriamente por el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en concordancia con lo establecido en el artículo II del Título Preliminar del referido texto único ordenado.

TERCERA. Demandas contencioso-administrativas

Las demandas contencioso-administrativas contra las resoluciones emitidas por el INDECOPI en materia de represión de conductas anticompetitivas y control previo de operaciones de concentración empresarial son interpuestas en primera instancia ante la Sala Contencioso-Administrativa de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso, según lo dispuesto en la Ley 27706, Ley que modifica el artículo 9 de la Ley 27584, Ley que regula el proceso contencioso-administrativo.

CUARTA. Observatorio de mercados

El INDECOPI desarrolla, implementa y dirige un observatorio de mercados con el propósito de recopilar información actualizada sobre las condiciones de competencia en los mercados formales.

Para tal efecto, publica informes por cada sector o actividad económica que resulten de interés para cumplir con el objeto de esta ley y para comprobar los niveles de competencia existentes en el mercado.

QUINTA. Prohibición del registro e inscripción de operaciones de concentración empresarial no autorizadas

Queda prohibido el registro e inscripción por los notarios y los registradores públicos de las operaciones de concentración empresarial comprendidas en el numeral 8.1 que no han sido autorizadas expresamente por la Comisión o no hubieran obtenido la autorización a través de la aplicación del silencio administrativo positivo.

La contravención a esta prohibición se considera una infracción grave para los registradores y para los notarios, debiendo adecuarse las normas que regulan su actuación al contenido de esta disposición, en lo relativo a infracciones y sanciones.

SEXTA. Reglamentación

La Presidencia del Consejo de Ministros elabora y publica, a propuesta del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), el reglamento de la presente ley en un plazo de quince (15) días contados a partir de la publicación de la norma.

SÉTIMA. Financiamiento

La aplicación de la presente ley se financia con cargo al presupuesto institucional del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la

Propiedad Intelectual (INDECOPI), sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

OCTAVA. Espectro de frecuencias radioeléctricas o espectro radioeléctrico

En los casos de control previo de concentraciones empresariales en el sector telecomunicaciones, vinculados a la tramitación de procedimientos administrativos relacionados a la transferencia de títulos habilitantes, de asignaciones de espectro de frecuencias radioeléctricas o espectro radioeléctrico, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones puede suspender la tramitación de estos a la espera del pronunciamiento del INDECOPI. En dichos procedimientos, se excluye de la evaluación sectorial aquellos aspectos que forman parte de la competencia exclusiva del INDECOPI en virtud de la presente ley.

NOVENA. Adecuación

En un plazo no mayor a quince (15) días contados a partir de la publicación del reglamento de la presente ley, se daban las modificaciones al Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI y demás instrumentos de gestión de la entidad, a fin de adecuarlos a lo dispuesto por la presente ley.

DÉCIMA. Graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutores del INDECOPI respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia

Dentro del plazo de treinta (30) días contados a partir de la publicación de la presente ley, mediante decreto supremo referendado por el presidente del Consejo de Ministros se aprueba la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutores del INDECOPI respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia.

UNDÉCIMA. Cooperación interinstitucional

Para efectos de la adecuada aplicación de la presente ley, la cooperación entre el INDECOPI y otras entidades, nacionales o extranjeras, puede regirse por memorandos de entendimiento u otros acuerdos interinstitucionales que se suscriban con esta finalidad.

DUODÉCIMA. Vigencia

La presente ley entra en vigencia a los quince (15) días calendario contados a partir de la adecuación normativa establecida en la novena disposición complementaria final.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA. Procedimientos en trámite

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

SEGUNDA. Operaciones de concentración concluidas antes de la vigencia de la ley

No son objeto de notificación aquellas operaciones de concentración que antes de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, hayan concluido con los actos de cierre necesarios para hacer efectiva la transferencia o cambio de control a que hace referencia el numeral 5.1 del artículo 5 de la presente ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

PRIMERA. Modificación de los artículos 2, 24 y 52 del Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)

Modifícase el literal b) del numeral 2.1 del artículo 2, el artículo 24 y el artículo 52 del Decreto Legislativo 1033,

Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en los siguientes términos:

***Artículo 2. Funciones del INDECOPI**

2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:

[...]

b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales, previniendo los efectos anticompetitivos de las operaciones de concentración empresarial y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva;

[...]

Artículo 24. De la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Corresponde a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia votar por el cumplimiento del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y de la Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración empresarial, así como de aquellas disposiciones que complementen o sustituyan a las anteriores en todo o en parte.

Artículo 52. Fuentes de financiamiento del INDECOPI

El INDECOPI se financia con las siguientes fuentes:

- Las tasas por concepto de los servicios que brinde y por los derechos de tramitación de los procedimientos administrativos de competencia de sus distintas unidades orgánicas;
- Los multas que recaude por concepto de multas;
- Los derechos antidumping y compensatorios que se establezcan, provisionales o definitivamente, en los procedimientos sobre la materia;
- Los recursos que perciba por concepto de la prestación de servicios;
- Los recursos provenientes de la cooperación técnica internacional;
- Los legados y donaciones que reciba; y,
- Los recursos que se le transfieren.

Los procedimientos administrativos tramitados ante el INDECOPI en las diferentes materias de su competencia, iniciados a solicitud o por demanda de parte, están sujetos al pago de derechos de tramitación. Los valores de los derechos de tramitación se determinan conforme a la metodología y a la normativa vigente.

SEGUNDA. Incorporación del numeral 18.4 al artículo 18 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Incorpórase el numeral 18.4 al artículo 18 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los siguientes términos:

***Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento**

[...]

18.4 Mediante resolución debidamente motivada, la Secretaría Técnica puede, en ejercicio de una facultad discrecional, no iniciar ni instruir un procedimiento administrativo sancionador cuando determine, en función a los criterios previstos en el artículo 44 de la presente ley, que una conducta sujeta a la prohibición relativa no esté en capacidad de tener un efecto significativo sobre la competencia. En este supuesto, la Secretaría Técnica puede imponer, de oficio a solicitud del investigado, la

implementación de acciones que restablezcan o promuevan la competencia y aseguren el cumplimiento de la Ley. La Comisión aprueba los lineamientos para el ejercicio de esta facultad discrecional, a propuesta de la Secretaría Técnica.

TERCERA. Modificación del numeral 58.3 del artículo 58 del Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal

Modifícase el numeral 58.3 del artículo 58 del Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en los siguientes términos:

***Artículo 58.- Indemnización por daños y perjuicios**

[...]

58.3 En el supuesto mencionado en el numeral 58.1, la Comisión, previo informe favorable de la Secretaría Técnica, remite lo actuado en el procedimiento administrativo a la Gerencia Legal para que esta inicie, en defensa de los intereses difusos y de los intereses colectivos de los consumidores, un proceso judicial por indemnización por daños y perjuicios derivados de las conductas prohibidas por la presente norma, conforme a lo establecido por el artículo 82 del Código Procesal Civil, para lo cual verifica la existencia de los presupuestos procesales correspondientes. Sin perjuicio de ello, los plazos, reglas, condiciones o restricciones particulares necesarias para el ejercicio de esta acción son aprobados mediante lineamientos de la Comisión, a propuesta de la Secretaría Técnica.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

PRIMERA. Derogación de la Ley 26676, Ley Antimonopolio y Antilolopolio del Sector Eléctrico

Derógase la Ley 26676, Ley Antimonopolio y Antilolopolio del Sector Eléctrico, con la entrada en vigencia de la presente ley, con excepción del artículo 13, que modifica el artículo 122 del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.

SEGUNDA. Derogación del Decreto de Urgencia 013-2019, que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, y el Decreto Legislativo 1510, que modifica el Decreto de Urgencia 013-2019

A partir de la entrada en vigencia de la presente ley quedan derogados el Decreto de Urgencia 013-2019 y el Decreto Legislativo 1510.

POR TANTO:

Habiendo sido reconsiderada la Ley por el Congreso de la República, insistiendo en el texto aprobado en sesión del Pleno realizado el día 23 de octubre de dos mil veinte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108 de la Constitución Política del Perú, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los seis días del mes de enero de dos mil veintiuno.

MIRTHA ESTHER VÁSQUEZ CHUCULIN
Presidenta a. i. del Congreso de la República

LUIS ANDRÉS ROEL ALVA
Segundo vicepresidente del
Congreso de la República

1917847-1

ANEXO 6: Decreto Supremo N.º 039-2021-PCM: «Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 31112»

720.00 (SETECIENTOS VEINTE Y 00/100 SOLES) como valor mensual.

5.5. El personal contratado de manera temporal en el marco de la emergencia sanitaria, bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 1057, que ingresaron exceptuados del artículo 8 de la citada norma, el personal que se encuentra en la modalidad de trabajo remoto o trabajo híbrido, y los funcionarios públicos a los que se refiere el artículo 52 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, no se encuentran comprendidos en los alcances de la presente disposición.

5.6. Para la implementación de lo establecido en el presente artículo exponerse al Ministerio de Defensa de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley N° 31084, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021.

5.7. Para financiar lo dispuesto en el presente artículo, autorízase una Transferencia de Partidas en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021, hasta por la suma de S/5 200 000.00 (CINCO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL OCHENTA Y 00/100 SOLES), a favor del Ministerio de Defensa, para financiar el otorgamiento de la bonificación extraordinaria a que se refiere el numeral 5.1 del presente artículo, con cargo a los recursos de la Reserva de Contingencia del Ministerio de Economía y Finanzas a que se refiere el artículo 53 del Decreto Legislativo N° 1440, conforme al siguiente detalle:

DE LA:		En Soles
SECCION PRIMARIA	000000 Central	
PLEGO	001 : Ministerio de Economía y Finanzas	
UNIDAD EJECUTORA	001 : Administración General	
CATEGORIA PRESUPUESTARIA	002 : Asignaciones presupuestales que no resultan en productos	
ACTIVIDAD	000001 : Administración del proceso presupuestario del sector público	
PLIEGO DE FINANCIAMIENTO	1 : Recursos Ordinarios	
GASTO CORRIENTE		
2.3 Materia de Contingencia		5 200 000.00
TOTAL DERECHOS		5 200 000.00

ALA:		En Soles
SECCION PRIMARIA	000000 Central	
PLEGO	002 : Ministerio de Defensa	
CATEGORIA PRESUPUESTARIA	002 : Asignaciones presupuestales que no resultan en productos	
ACTIVIDAD	000001 : Prevención, control diagnóstico y tratamiento de COVID-19	
PLIEGO DE FINANCIAMIENTO	1 : Recursos Ordinarios	
GASTO CORRIENTE		
2.1 Personal y Obligaciones Sociales		4 804 000.00
2.3 Materia y Servicios		402 000.00
TOTAL DERECHOS		5 206 000.00

5.8. El titular del Pliego habilitado en la presente Transferencia de Partidas, aprueba mediante Resolución, la desagregación de los recursos autorizados en el numeral 5.7 del presente artículo, a nivel programático, dentro de los cinco (05) días calendario de la vigencia del presente dispositivo legal. Copia de la resolución se remite dentro de los cinco (05) días hábiles de aprobada a los organismos señalados en el numeral 31.4 del artículo 31 del Decreto Legislativo N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

5.9. La Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces en el Pliego involucrado solicita a la Dirección General de Presupuesto Público, las codificaciones que se requieran como consecuencia de la incorporación de nuevas Partidas de Ingresos, Finalidades y Unidades de Medida.

5.10. La Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces en el Pliego involucrado instruye a las Unidades Ejecutoras para que elaboren las correspondientes "Notas

para Modificación Presupuestaria" que se requieran, como consecuencia de lo dispuesto en el presente artículo.

Artículo 6. Vigencia

El presente Decreto de Urgencia tiene vigencia hasta el 21 de junio de 2021.

Artículo 7. Refrendo

El presente Decreto de Urgencia es refrendado por la Presidenta del Consejo de Ministros, la Ministra de Defensa y el Ministro de Economía y Finanzas.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los tres días del mes de marzo del año dos mil veintiuno.

FRANCISCO RAFAEL SAGASTI HOCHHAUSLER
 Presidente de la República

VIOLETA BERMÚDEZ VALDIVIA
 Presidenta del Consejo de Ministros

NURIA ESPARACH FERNÁNDEZ
 Ministra de Defensa

WALDO MENDOZA BELLIDO
 Ministro de Economía y Finanzas

1932223-5

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial

DECRETO SUPREMO
 N° 030-2021-PCM

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, se establece un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores;

Que, la Duodécima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 31112, dispone que dicha norma entra en vigencia a los quince (15) días calendario contados a partir de la adecuación normativa establecida en la novena disposición complementaria final;

Que, la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 31112, dispone que la Presidencia del Consejo de Ministros elabora y publica, a propuesta del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, el reglamento de la citada norma;

Que, la Presidencia del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, ha propuesto a la Presidencia del Consejo de Ministros el reglamento de la citada Ley N° 31112;

Que, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, mediante Acta de la Sesión Virtual N° 207, del 22 enero de 2021, la Comisión Multiseccional de Calidad Regulatoria dio conformidad a los procedimientos administrativos contenidos en el proyecto de reglamento;

De conformidad con lo establecido en el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y, la Ley N°

31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

DECRETA

Artículo 1. Aprobación del Reglamento de la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

Aprobese el Reglamento de la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, el cual consta de ocho (8) capítulos, treinta y tres (33) artículos, seis (6) disposiciones complementarias finales y tres (3) disposiciones complementarias transitorias, que forman parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2. Vigencia

El presente decreto supremo entra en vigencia de manera conjunta con la entrada en vigencia de la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

Artículo 3. Publicación

El presente Decreto Supremo y el Reglamento aprobado en el artículo 1, se publican en la Plataforma Digital Única para Orientación al Ciudadano (www.gob.pe), en el Portal Institucional de la Presidencia del Consejo de Ministros (www.gob.pe/pcm), en el Portal Institucional del Ministerio de Economía y Finanzas (www.gob.pe/mef) y en el Portal Institucional del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (www.gob.pe/indecopi), en la misma fecha de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

Artículo 4. Refrendo

El presente Decreto Supremo es refrendado por la Presidenta del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los tres días del mes de marzo del año dos mil veintiuno.

FRANCISCO RAFAEL SAGASTI HOCHHAUSLER
Presidente de la República

VIOLETA BERNÚDEZ VALDIVIA
Presidenta del Consejo de Ministros

WALDO MENDOZA BELLIDO
Ministro de Economía y Finanzas

REGLAMENTO DE LA LEY N° 31112, LEY QUE ESTABLECE EL CONTROL PREVIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto

La presente norma tiene por objeto reglamentar la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

Se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación del presente Reglamento:

a) Los actos de concentración empresarial, comprendidos en el artículo 5 de la Ley N° 31112, que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, incluyendo aquellos actos de concentración empresarial que se realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a agentes económicos que desarrollen actividades económicas en el país.

b) Los agentes económicos que ofertan o demandan bienes o servicios en el mercado y realizan actos de concentración empresarial que produzcan o puedan

producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional.

Artículo 3. Siglas y referencias

Para efectos del presente Reglamento, se utiliza las siguientes siglas, referencias y definiciones:

a) Activos productivos operativos: son bienes tangibles o intangibles, a los que se puede asignar ingresos, rentas, flujos de dinero o volumen de negocio y que tiene la potencialidad de desarrollar o incrementar la participación de un agente económico en el mercado. Se considera que un activo es operativo si ha generado ingresos, rentas, flujos de dinero o volumen de negocio en el año anterior a la notificación de la operación de concentración empresarial.

b) AFP: Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

c) Agente económico autorizado: Es el agente económico, de acuerdo con la definición prevista en el inciso 1 del artículo 3 de la Ley N° 31112, cuya operación de concentración empresarial notificada fue autorizada, con o sin condiciones, de acuerdo con lo establecido en el numeral 7.4 del artículo 7 de la referida norma.

d) Comisión: Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

e) Indecopi: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

f) Ley N° 31112: Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

g) Secretaría Técnica: Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

h) SBS: Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

i) SMV: Superintendencia del Mercado de Valores.

j) SUNARP: Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

k) Tribunal del Indecopi: Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Artículo 4. Reglas para el cálculo de umbrales

4.1. Para requerir la autorización previa de una operación de concentración empresarial, los agentes económicos evalúan si su operación califica como un acto de concentración empresarial conforme con el artículo 5 de la Ley N° 31112 y si cumple alguno de los siguientes parámetros comprendidos en el numeral 6.1. del artículo 6 de la referida norma:

a) Que las ventas o ingresos brutos generados en el Perú de las empresas involucradas hayan alcanzado, en el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación de concentración empresarial, los umbrales establecidos en los literales a) y b) del numeral 6.1. del artículo 6 de la Ley N° 31112.

b) Que el valor contable de los activos en el Perú de las empresas involucradas haya alcanzado, en el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación de concentración empresarial, los umbrales establecidos en los literales a) y b) del numeral 6.1. del artículo 6 de la Ley N° 31112.

4.2. Las ventas o ingresos brutos de las empresas involucradas, así como el valor de sus activos, se determina de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Cuando la operación corresponda a los actos establecidos en los incisos a) y c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley N° 31112, se consideran las ventas o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos de los agentes económicos participantes en la operación y de sus respectivos grupos económicos.

b) Cuando la operación tenga por resultado la adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de los derechos que le permitan ejercer control sobre la totalidad o parte de otro agente económico, se consideran las ventas o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos del agente adquirente y de su grupo económico, así como, las ventas

o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos del agente adquirente y de los agentes sobre los cuales este último ejerce control.

c) Cuando la operación corresponde al acto establecido en el inciso d) del numeral 5.1. del artículo 5 de la Ley N° 31112, se consideran las ventas o ingresos brutos o el valor contable de los activos del agente adquirente y de su grupo económico, y aquellas ventas o ingresos brutos que hayan sido generados por los activos productivos operativos adquiridos o el valor contable de tales activos.

4.3. Para efectos del cálculo de los umbrales, solo deben considerarse las ventas o los ingresos brutos generados en el Perú durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación.

4.4. Para efectos del cálculo de los umbrales, solo deben considerarse los activos ubicados en Perú durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación.

4.5. Cuando el inciso b) del numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley N° 31112, se refiere a, al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial, cada una de ellas, corresponde al agente económico y su respectivo grupo económico participante en la referida operación. Para el cálculo de las ventas o ingresos brutos o del valor contable de los activos de cada empresa involucrada se aplican las reglas establecidas en los numerales precedentes.

Artículo 5. Cálculo del umbral en operaciones sucesivas

5.1. Para verificar si el conjunto de actos u operaciones descrito en el numeral 5.3. del artículo 5 de la Ley N° 31112 alcanza los umbrales dispuestos en el numeral 6.1. del artículo 6 de la citada ley, se deben considerar las ventas o ingresos brutos o el valor contable de los activos en el país de las empresas involucradas en tales operaciones, correspondientes al ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación.

5.2. Para efectos del supuesto señalado en el numeral anterior, son aplicables las reglas establecidas en el artículo 4 del presente Reglamento.

Artículo 6. Terceros

6.1. De acuerdo con las normas establecidas en la Ley N° 31112, las facultades de los terceros con legítimo interés apersonados al procedimiento consisten en el derecho a acceder al expediente conforme a las condiciones establecidas en el numeral 20.2. del artículo 20 de la Ley N° 31112 y la posibilidad de presentar a la Comisión información relevante sobre la operación de concentración empresarial.

6.2. El plazo para solicitar el apersonamiento al procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial es de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de la publicación señalada en el numeral 21.7 del artículo 21 de la Ley N° 31112.

6.3. El plazo para solicitar el apersonamiento al procedimiento de revisión de oficio de operaciones de concentración empresarial es de diez (10) días hábiles contados a partir de la publicación de la resolución de inicio señalada en el numeral 24.2. del artículo 24 del presente Reglamento.

6.4. Los agentes del sector privado que no hayan solicitado el apersonamiento al procedimiento y las entidades públicas solo pueden remitir opinión sobre la operación de concentración empresarial cuando la autoridad de competencia se lo requiera o cuando deseen formularla en virtud de la publicación señalada en el numeral 21.7 de la Ley N° 31112.

Artículo 7. Consultas orientativas

Antes de los procedimientos de evaluación previa y de revisión de oficio de operaciones de concentración empresarial, los agentes económicos pueden realizar consultas de carácter orientativo de manera individual o conjunta a la Secretaría Técnica. Las opiniones de la Secretaría Técnica no vinculan a la Comisión en la forma de sus decisiones.

Artículo 8. Respeto a los principios del procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

Todos los funcionarios, servidores o colaboradores de las entidades u organismos públicos que participan en los procedimientos de autorización previa y de revisión de oficio de operaciones de concentración empresarial, procedimiento de revisión de condiciones o procedimiento administrativo sancionador, deben respetar los principios establecidos en el artículo 4 de la Ley N° 31112.

CAPÍTULO II

PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN PREVIA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

Artículo 9. Requisitos de la solicitud de autorización previa de operaciones de concentración empresarial.

9.1. La autorización previa de la operación de concentración empresarial se presenta a la Comisión incluyendo los siguientes requisitos:

a) Solicitud autorización de la operación de concentración empresarial indicando lo siguiente:

(i) Datos conforme con lo previsto en el artículo 124 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2010-JUS. En caso de personas jurídicas, consignar los datos de identificación del representante legal.

(ii) Fecha y número de comprobante de pago del derecho de tramitación del procedimiento.

b) Formulario suscrito en calidad de declaración jurada que contiene lo siguiente:

(i) Datos de identificación del o de los agente/s económico/s notificante/s que intervienen en la operación de concentración.

(ii) Datos de identificación del representante legal del o de los agente/s económico/s notificante/s, así como la indicación del número del asiento de la partida registral en el cual está inscrito el poder de representación. Si se trata de poderes otorgados ante autoridad extranjera que no estuvieran inscritos ante la SUNARP, estos deben contar con la legalización consular y la legalización del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú o con la Apostilla otorgada por la autoridad extranjera competente.

(iii) Descripción y objetivo de la operación de concentración empresarial. Se debe acompañar:

1. Copia de la versión definitiva o más reciente del acuerdo o contrato suscrito sobre la operación de concentración. De no haberse suscrito aún un acuerdo o contrato sobre la operación de concentración, remitir aquellos documentos que den cuenta de la intención real y seria de los agentes económicos de perfeccionar la operación, tales como memorándums de entendimiento o carta de intenciones.

2. Copia de las actas de las sesiones de los órganos de dirección y administración de las empresas involucradas donde se haya discutido sobre la operación de concentración empresarial, los motivos de su celebración y sus efectos.

3. Copia de los informes, estudios, presentaciones y/o reportes internos o externos que hayan sido preparados o encargados con el objeto de evaluar o analizar la operación de concentración, los motivos de su celebración y sus efectos.

(iv) Descripción de la estructura de propiedad y control de cada uno de los agentes económicos que intervienen en la operación y sus respectivos grupos económicos.

(v) Identificación de los vínculos de parentesco, de propiedad, y/o de gestión existentes entre cada uno de los agentes económicos descritos en el punto anterior respecto de otras empresas que operen en el país.

(v) Identificación y descripción de los mercados involucrados en la operación de concentración empresarial. Se debe acompañar copia de estudios, informes, análisis, encuestas y cualquier documento comparable correspondiente a la identificación y definición de los mercados involucrados, la estructura de la oferta y demanda, diferenciación de bienes o servicios e intensidad de la competencia, barreras de entrada y salida del mercado y la existencia de acuerdos cooperativos.

(vi) Cuando corresponda, la descripción detallada de las eficiencias vinculadas a la operación de concentración empresarial, y cómo éstas se trasladan a los consumidores, así como la oportunidad de basarse en tales eficiencias.

(vii) Cuando corresponda, la descripción detallada de los países en los cuales se ha notificado o se pretende notificar la operación de concentración empresarial, y, de ser el caso, su estado de tramitación. Se debe acompañar, cuando corresponda, los pronunciamientos de las autoridades competentes.

(ii) Los estados financieros del ejercicio fiscal anterior a aquel de la notificación de los agentes económicos involucrados según las reglas establecidas en el artículo 4 del presente Reglamento.

9.2 Para efectos del inciso vi) del literal b) del numeral 9.1 precedente, se entiende por mercados involucrados a aquellos mercados en los que participan los agentes económicos que intervienen directamente en la operación de concentración empresarial y sus respectivos grupos económicos; y cuya delimitación es necesaria para identificar las relaciones horizontales, verticales o por conglomerado generadas por la operación y sus posibles riesgos a la competencia en el territorio peruano.

9.3 Para efectos del inciso vii) del literal b) del numeral 9.1 precedente, el solicitante informa oportunamente a la Comisión sobre las jurisdicciones notificadas con posterioridad a la presentación de la solicitud.

9.4 La Comisión, a propuesta de la Secretaría Técnica, aprueba el formulario ordinario de notificación que deben utilizar los agentes económicos para presentar la información solicitada en el literal b) del numeral 9.1 del artículo 9 del presente Reglamento.

9.5 El procedimiento para obtener la autorización de operación de concentración empresarial es de evaluación previa y está sujeto a silencio administrativo positivo en caso la Comisión no se pronuncie en los plazos establecidos por el artículo 21 de la Ley N° 31112.

Artículo 10. Procedimiento administrativo de solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial

10.1 Los agentes económicos pueden presentar la solicitud simplificada de autorización de la operación de concentración empresarial cuando se cumple alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando los agentes económicos que intervienen en la operación de concentración empresarial o sus respectivos grupos económicos no realicen actividades económicas en el mismo mercado de producto y en el mismo mercado geográfico; o, no participen en la misma cadena productiva o de valor.

b) Cuando la operación de concentración empresarial genere que un agente económico adquiera el control exclusivo de otro agente económico sobre el cual ya tiene el control conjunto.

10.2 El procedimiento simplificado de autorización de la operación de concentración empresarial se tramita ante la Comisión observando los siguientes requisitos:

a) Solicitud indicando lo señalado en el literal a) del numeral 9.1 del artículo 9 del Reglamento.

b) Formulario, suscrito en calidad de declaración jurada, que contiene los requisitos señalados en los incisos i), ii), iii), iv), v), vii) y (ii) del literal b) del numeral 9.1 del artículo 9 del Reglamento y que, a su vez, contiene lo siguiente:

i) Descripción y objetivo de la operación de concentración empresarial. Solo se debe acompañar:

- Copia de la versión definitiva o más reciente del acuerdo o contrato suscrito sobre la operación de concentración. De no haberse suscrito aún un acuerdo o contrato sobre la operación de concentración, remitir aquellos documentos que den cuenta de la intención real y serie de los agentes económicos de perfeccionar la operación, tales como memorándums de entendimiento, carta de intenciones o similares.

ii) Listado de las actividades económicas realizadas por las empresas involucradas. Se debe acompañar cualquier documento interno o externo que identifique las actividades económicas realizadas por las empresas involucradas, los bienes, servicios y signos distintivos comprendidos en tales actividades, las características de su oferta y demanda, y, la existencia de acuerdos cooperativos.

10.3 Dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de presentación de dicha solicitud, la Secretaría Técnica informa a los agentes económicos que la notificación deben realizarla a través del formulario ordinario cuando no se cumplan los supuestos aplicables al formulario simplificado, o, cuando determine que es necesaria la información adicional para una adecuada investigación de los posibles riesgos para la competencia derivados de la operación de concentración empresarial.

10.4 De acuerdo con el numeral 21.3 del artículo 21 de la Ley N° 31112, los agentes económicos tienen un plazo de diez (10) días hábiles para la subsanación respectiva, bajo apercibimiento de declararse inadmisibles la solicitud de autorización.

10.5 El procedimiento de solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial es de evaluación previa sujeto a silencio administrativo positivo, con vigencia indeterminada. Una vez admitida o trámite, la Comisión evalúa la solicitud conforme a los plazos establecidos en los numerales 21.4 y 21.8 del artículo 21 de la Ley N° 31112, según corresponda.

10.6 La Comisión, a propuesta de la Secretaría Técnica, aprueba el formulario al que se hace referencia en el literal b) del numeral 10.2 del presente artículo.

Artículo 11. Presentación de compromisos durante la Fase 1

11.1 Los solicitantes pueden presentar compromisos, a los que hace referencia el artículo 6 de Ley N° 31112, dentro de los primeros quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la resolución de admisión o trámite de la solicitud de autorización, con la finalidad de evitar o mitigar los eventuales efectos anticompetitivos vinculados a la operación de concentración empresarial. Los solicitantes también pueden presentar compromisos como parte de su solicitud de autorización.

11.2 El procedimiento queda suspendido por un plazo inicial de quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la presentación de los compromisos. Dicho plazo puede ser ampliado por quince (15) días hábiles adicionales, a solicitud de parte y previa aprobación de la Comisión. En el supuesto que el solicitante presente compromisos como parte de su solicitud de autorización, el plazo de suspensión se contabiliza a partir del día siguiente de notificada la admisión a trámite de la solicitud.

11.3 Dentro de los primeros diez (10) días hábiles del plazo de suspensión señalado en el numeral anterior, los solicitantes pueden realizar modificaciones o ampliaciones. Transcurrido dicho plazo, no se aceptan modificaciones (iniciales) a las propuestas de compromisos.

11.4 Antes y durante la evaluación de los compromisos, la Secretaría Técnica orienta a los solicitantes sobre la presentación de los compromisos y su viabilidad.

Artículo 12. Evaluación de los compromisos durante la Fase 1

12.1 La Comisión puede consultar a los agentes del sector privado y entidades públicas, cuya opinión

considere de utilidad en el proceso de evaluación, sobre los compromisos a los que se hace referencia en el artículo 11 del presente Reglamento.

12.2. Durante el plazo de suspensión establecido en el numeral 11.2 del artículo 11 del presente Reglamento, los solicitantes pueden requerir la realización de una audiencia. Solo los solicitantes y las entidades públicas que lo requieran pueden participar en dichas audiencias.

Artículo 13. Decisión sobre compromisos durante la Fase 1

13.1. Transcurrido el plazo de suspensión establecido en el numeral 11.2 del artículo 11 del presente Reglamento, la Comisión señala si resultan favorables los compromisos presentados por los solicitantes.

13.2. Si la Comisión no considera favorables los compromisos presentados, emite una resolución rechazándolos, que tiene el carácter impugnabile y es notificada a las partes, sin perjuicio de continuar con las acciones para resolver la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial.

13.3. Si la Comisión considera que cuenta con argumentos para declarar favorables los compromisos presentados, emite una resolución provisional, y notifica a las partes. Una versión no confidencial de dicha resolución es notificada a los agentes del sector privado y entidades públicas que fueron consultados por la Comisión durante el procedimiento y a otros que considere de interés para la resolución del procedimiento, a efectos de que presenten sus comentarios en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

13.4. La Comisión emite finalmente una resolución sobre los compromisos considerados favorables, durante el plazo establecido para la Fase 1, para lo cual puede adoptar las siguientes decisiones:

a) Si la Comisión aprueba los compromisos, autoriza la operación de concentración empresarial sujeta a tales compromisos y da por finalizada la Fase 1. Cuando corresponda, la resolución incluye un cronograma de trabajo para la implementación y supervisión de los compromisos aceptados, así como la participación de un monitor, a cargo de realizar el seguimiento periódico de su cumplimiento, el cual puede ser designado y removido por la Comisión, a solicitud de la Secretaría Técnica.

b) Si la Comisión rechaza los compromisos, emite una resolución de carácter impugnabile y notifica a las partes, sin perjuicio de continuar con las acciones para resolver la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial.

13.5. Para evaluar los compromisos se considera que las preocupaciones de competencia planteadas por la operación están claramente definidas por la Comisión, de modo que los compromisos propuestos sean efectivos y de fácil implementación para atender tales preocupaciones.

Artículo 14. Presentación de compromisos durante la Fase 2

14.1. Los solicitantes pueden presentar compromisos en un plazo de cuarenta (40) días hábiles, a partir del día siguiente de notificada la resolución que da inicio a la Fase 2.

14.2. El procedimiento queda suspendido por un plazo inicial de quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la presentación de los compromisos. Dicho plazo puede ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales, a solicitud de parte y previa aprobación de la Comisión.

14.3. Dentro de los diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la presentación de los compromisos, los solicitantes pueden realizar modificaciones o ampliaciones. Transcurrido dicho plazo no se aceptan modificaciones unilaterales a las propuestas.

14.4. Antes y durante la evaluación de los compromisos, la Secretaría Técnica orienta a los solicitantes sobre la presentación de los compromisos y su viabilidad.

Artículo 15. Evaluación de los compromisos durante la Fase 2

15.1. La Comisión puede consultar a los agentes del sector privado y entidades públicas, cuya opinión considere de utilidad en el proceso de evaluación, sobre los compromisos a los que se hace referencia en el artículo 14 del presente Reglamento.

15.2. Durante el plazo de suspensión establecido en el numeral 14.2 del artículo 14 del presente Reglamento, los solicitantes pueden requerir la realización de una audiencia. Solo los solicitantes y las entidades públicas que lo requieran pueden participar en dichas audiencias.

Artículo 16. Decisión sobre los compromisos durante la Fase 2

16.1. Transcurrido el plazo de suspensión establecido en el numeral 14.2 del artículo 14 del presente Reglamento, la Comisión evalúa los compromisos presentados por los solicitantes. En caso los rechace o sean insuficientes, al momento de establecer posibles condiciones a la operación de concentración empresarial, estas pueden basarse en los compromisos ofrecidos por el solicitante.

16.2. Si la Comisión no considera favorables los compromisos presentados, emite una resolución rechazándolos, la cual tiene carácter impugnabile y es notificada a las partes, sin perjuicio de continuar con las acciones para resolver la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial.

16.3. Si la Comisión considera que cuenta con argumentos para declarar favorables los compromisos presentados, emite una resolución provisional, que es notificada a las partes. Una versión no confidencial de dicha resolución es notificada a los agentes del sector privado y entidades públicas que fueron consultados por la Comisión durante el procedimiento, y a otros que considere de interés para la resolución del procedimiento, a efectos de que presenten sus comentarios en un plazo máximo de diez (10) días hábiles.

16.4. La Comisión emite finalmente una resolución sobre los compromisos considerados favorables, durante el plazo establecido para la Fase 2, para lo cual puede adoptar las siguientes decisiones:

a) Si la Comisión aprueba los compromisos, autoriza la operación de concentración empresarial sujeta a tales compromisos y da por finalizada la Fase 2. La resolución puede contener también condiciones impuestas por la Comisión. Cuando corresponda, tal resolución incluye un cronograma de trabajo para la implementación y supervisión de los compromisos aceptados, así como la participación de un monitor, a cargo de realizar el seguimiento periódico de su cumplimiento, el cual puede ser designado y removido por la Comisión, a solicitud de la Secretaría Técnica.

b) Si la Comisión rechaza los compromisos, emite una resolución de carácter impugnabile y notifica a las partes, sin perjuicio de continuar con las acciones para resolver la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial.

16.5. Para evaluar los compromisos se considera que las preocupaciones de competencia planteadas por la operación están claramente definidas por la Comisión, de modo que los compromisos propuestos sean efectivos y de fácil implementación para atender tales preocupaciones.

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE CONDICIONES

Artículo 17. Procedimientos para la revisión de la condición de conducta

17.1. Luego del plazo establecido para la revisión de la condición de conducta que haya sido impuesta con motivo de la autorización de una operación de concentración empresarial, corresponde a la Comisión evaluar si resulta pertinente mantener, modificar o dejar sin efecto la referida condición de conducta impuesta a los

agentes económicos, de conformidad con el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley N° 31112.

17.2. Si la Comisión o el agente económico autorizado consideran que, durante el plazo establecido para la revisión de la condición de conducta, se ha producido una variación en las condiciones de competencia, pueden solicitar la revisión de tales condiciones, de acuerdo con los numerales 9.2 y 9.3 del artículo 9 de la Ley N° 31112. En dichos supuestos, el Tribunal del Indecopi es la autoridad competente para determinar, a solicitud de la Comisión o del agente económico autorizado, si es necesario mantener, modificar o revocar la condición de conducta impuesta a los agentes económicos.

17.3. En caso se modifique la condición de conducta, esta no puede ser más gravosa para el agente económico autorizado que aquella que se encuentre vigente al darse inicio al procedimiento de revisión.

Artículo 18. Procedimiento iniciado por el vencimiento del plazo establecido para la revisión de la condición de conducta

18.1. Antes de que se cumpla el plazo establecido para la revisión de la condición de conducta, la Comisión emite la resolución en la que se disponga el inicio del procedimiento de revisión respectivo.

18.2. Una vez notificada la resolución de inicio, el agente económico autorizado cuenta con un plazo de veinte (20) días hábiles para manifestar su posición.

18.3. En cualquier fase del procedimiento, el agente económico autorizado puede solicitar a la Comisión la realización de una audiencia.

18.4. Durante el trámite del procedimiento, la Comisión está facultada a requerir información a otras entidades públicas y a agentes del sector privado, quienes cuentan con un plazo de veinte (20) días hábiles para su presentación, contados a partir del día siguiente del requerimiento.

18.5. La Comisión puede suspender el cómputo del plazo para la emisión de su resolución final, de acuerdo con lo establecido en el numeral 15.2 del artículo 15 de la Ley N° 31112.

18.6. La Comisión emite su resolución final en un plazo de noventa (90) días hábiles, contado desde la notificación de la resolución de inicio del procedimiento. Dicho plazo puede ser prorrogado por el referido órgano hasta por treinta (30) días hábiles, debiendo indicarse los motivos que justifiquen la ampliación.

18.7. En su resolución final, la Comisión determina si se mantiene, deja sin efecto o modifica la condición de conducta en cuestión, según corresponda. En caso la autoridad decida mantener o modificar las respectivas condiciones, establece un nuevo plazo para su revisión. En caso se modifique la condición de conducta, esta no puede ser más gravosa para el agente económico autorizado que aquella que se encuentre vigente al darse inicio al procedimiento de revisión.

18.8. El agente económico autorizado puede interponer recurso de apelación en contra de la resolución final de la Comisión. El plazo para su interposición no excede los quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución final de la primera instancia.

18.9. El Tribunal del Indecopi tramita el recurso de apelación de acuerdo con las reglas previstas en los artículos 41 y 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por el Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, en lo que resulten aplicables. Dicho órgano resuelve el referido recurso en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles.

18.10. Durante el procedimiento de revisión, la condición de conducta se mantiene vigente.

Artículo 19. Procedimiento iniciado durante el plazo establecido para la revisión de la condición de conducta

19.1. Si la Comisión o el agente económico autorizado consideran que se ha producido un cambio en las condiciones de competencia durante el plazo establecido para la revisión de la condición de conducta,

pueden solicitar al Tribunal del Indecopi que deje sin efecto o modifique la referida condición, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) En caso el procedimiento sea iniciado a solicitud de la Comisión, se eleva un informe al Tribunal del Indecopi precisando los motivos de dicha solicitud.

b) En caso el procedimiento sea iniciado a solicitud del agente económico autorizado, este presenta su pedido al Tribunal del Indecopi exponiendo las razones por las que se habría producido el cambio en las condiciones de competencia, adjuntando los elementos de juicio o medios de prueba que considere justifican su posición. Asimismo, precisa si su pretensión tiene como objeto dejar sin efecto o modificar la condición de conducta, proponiendo en este último caso la nueva condición aplicable.

19.2. El procedimiento de revisión de la condición de la conducta, iniciado a pedido del agente económico autorizado, se tramita ante el Tribunal del Indecopi, observando los siguientes requisitos:

a) Solicitud de revisión de la condición de la conducta consignando los datos previstos en el artículo 124 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. En caso de personas jurídicas indicar el número del asiento de la partida registral en el cual está inscrito el poder de representación o, copia simple del poder en caso el mismo no figure en Registros Públicos. Si se trata de poderes otorgados ante autoridad extranjera que no estuvieran inscritos ante la SUNARP, estos deben contar con la legalización consular y la legalización del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú o con la Apostilla otorgada por la autoridad extranjera competente. Asimismo, se debe indicar (los) condicion(es) de conducta materia de la solicitud y los argumentos por los cuales, a su consideración, existe una variación en las condiciones de competencia en el mercado.

b) Documentos que sustentan los argumentos presentados en la solicitud.

19.3. Presentada la solicitud o informe de revisión, el Tribunal del Indecopi cuenta con un plazo de diez (10) días hábiles para emitir la resolución en la que se disponga el inicio del procedimiento de revisión de la condición de conducta impuesta.

19.4. La Comisión y el agente económico autorizado, según corresponda, cuentan con un plazo de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución de inicio, para manifestar su posición.

19.5. En cualquier fase del procedimiento, el agente económico autorizado puede solicitar al Tribunal del Indecopi la realización de una audiencia.

19.6. Durante el trámite del procedimiento, el Tribunal del Indecopi está facultado a requerir información a las entidades públicas y a agentes del sector privado, quienes cuentan con un plazo de veinte (20) días hábiles para su presentación, contados a partir del día siguiente de efectuado el requerimiento.

19.7. El Tribunal del Indecopi puede suspender el cómputo del plazo para la emisión de su decisión final, de conformidad con lo establecido en el numeral 15.2 del artículo 15 de la Ley N° 31112.

19.8. El Tribunal del Indecopi emite su resolución final en un plazo de noventa (90) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución de inicio del procedimiento. Dicho plazo puede ser prorrogado por el referido órgano hasta por treinta (30) días hábiles, debiendo indicarse los motivos que justifiquen la ampliación.

19.9. En su resolución final, el Tribunal del Indecopi determina si decide dejar sin efecto, mantener o modificar la condición de conducta en cuestión, según corresponda. En caso se modifique la condición de conducta, esta no puede ser más gravosa para el agente económico autorizado que aquella que se encuentre vigente al darse inicio al procedimiento de revisión.

19.10. En caso de que el Tribunal del Indecopi no emita su resolución final dentro del plazo legal previsto,

corresponde la aplicación del silencio administrativo positivo, dando por concluido el procedimiento iniciado a solicitud de parte.

CAPÍTULO IV

DISPOSICIONES EN MATERIA DE AGENTES ECONÓMICOS SUPERVISADOS POR LA SBS Y LA SMV

Artículo 20. Autorización previa de operaciones que involucren a agentes económicos comprendidos en el ámbito de regulación y supervisión de la SBS que no captan depósitos del público ni son empresas de seguros

20.1. Tratándose de operaciones que involucren a agentes económicos comprendidos en el ámbito de regulación y supervisión de la SBS que no captan depósitos del público ni son empresas de seguros, los referidos agentes económicos presentan una solicitud de autorización a la SBS, siempre que se requiera la autorización de dicha entidad según la normativa aplicable, y una solicitud de autorización al Indecopi, de acuerdo a lo señalado en el numeral 9.1 del artículo 9 del presente Reglamento, si la operación se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 31112. Procede la operación de concentración empresarial si se tiene la autorización del Indecopi y de la SBS, siempre que se requiera la autorización de dichas entidades según la normativa aplicable, cada una en el ámbito de sus competencias.

20.2. La presentación de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial ante la SBS y el Indecopi puede darse de manera simultánea.

Artículo 21. Autorización previa de operaciones que involucren a agentes económicos del sistema financiero que captan depósitos del público o son empresas de seguros

21.1. Tratándose de operaciones que involucren a agentes económicos del sistema financiero que captan depósitos del público o son empresas de seguros, los referidos agentes económicos presentan la solicitud de autorización a la SBS.

21.2. La SBS determina si la operación involucra a agentes económicos a los que se refiere el numeral 21.1 precedente, que presentan riesgos relevantes e inminentes, que comprometan la solidez o estabilidad de dichos agentes económicos o de los sistemas que integran, según lo dispuesto en el numeral 16.4 del artículo 16 de la Ley N° 31112. En caso la SBS así lo determine, esta continúa con la evaluación de la solicitud sin que se requiera presentar adicionalmente una solicitud de autorización al Indecopi. En este caso, si la SBS autoriza la operación, remite una copia de la Resolución de autorización al Indecopi.

21.3. En caso la SBS determine que la operación no se encuentra en el supuesto señalado en el numeral 21.2 precedente, le comunica a los agentes económicos solicitantes para que evalúen si presentan la solicitud de autorización al Indecopi, de acuerdo a lo señalado en el numeral 4.1 del artículo 4 del presente Reglamento. La comunicación de la SBS se realiza en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud de autorización a la SBS, con copia al Indecopi. Procede la operación de concentración empresarial si se tiene la autorización de la SBS, y del Indecopi, cada una en el ámbito de sus competencias.

21.4. Si posterior a la comunicación de la SBS a la que se refiere el numeral anterior y durante la evaluación de la Comisión, se presentan nuevos hechos que impliquen riesgos relevantes e inminentes que comprometan la solidez o estabilidad de las empresas del sistema financiero que captan depósitos del público o empresas de seguros que participan de la operación o de los sistemas que integran, la SBS comunica dicha situación motivadamente al Indecopi, ante lo cual, el procedimiento en trámite a cargo del Indecopi queda culminado y archivado.

Artículo 22. Autorización previa para operaciones que involucren a agentes económicos autorizados por la SMV

Los agentes económicos a los que la SMV les hubiese otorgado autorización de funcionamiento que participen en operaciones de concentración empresarial, reciben de la SMV las autorizaciones que sean requeridas según la normativa especial de la materia que los regula. Dicha solicitud se presenta a la SMV de manera previa o simultánea con la solicitud de autorización a la Comisión, observando lo señalado en el numeral 9.1 del artículo 9 del Reglamento. La operación de concentración procede si se tiene la autorización de la citada entidad y del Indecopi, cada una en el ámbito de su competencia.

CAPÍTULO V

ACTUACIÓN DE OFICIO

Artículo 23. Criterios y parámetros para la actuación de oficio de la Secretaría Técnica ante operaciones de concentración empresarial

23.1. En el marco de lo dispuesto por el numeral 6.4 del artículo 6 de la Ley N° 31112, la Secretaría Técnica puede revisar de oficio aquellas operaciones de concentración empresarial, comprendidas en el numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley N° 31112, que no alcancen los umbrales establecidos en el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley N° 31112, si existen circunstancias especiales en las que identifique indicios razonables de que estas operaciones pueden generar posición de dominio o afectar la competencia efectiva en el mercado relevante.

23.2. Se consideran circunstancias especiales, los siguientes detallados a continuación, entre otros:

- Las operaciones de concentración empresarial horizontal realizadas en mercados concentrados.
- Las operaciones de concentración empresarial horizontal que involucren la adquisición de un agente económico con una participación pequeña en el mercado, pero con potencial de crecimiento, o, de un agente económico innovador que recientemente han ingresado al mercado.
- Las operaciones de concentración empresarial horizontal, en las que el agente económico adquirente o su grupo económico ha realizado anteriormente operaciones de concentración empresarial que involucraron la adquisición de un competidor.
- Otras operaciones de concentración empresarial que tengan la potencialidad de generar posibles efectos restrictivos significativos de la competencia.

23.3. Las operaciones de concentración empresarial sujetas a la revisión de oficio a que hace referencia los numerales anteriores deben tener incidencia en el mercado peruano. Se entiende que una operación cumple dicho requisito si los agentes económicos que se han concentrado, o sus respectivos grupos económicos, durante los 12 (doce) meses previos al día formal de la operación han realizado actividades económicas en el Perú o han generado ingresos, ventas o flujos de dinero en el país.

23.4. La Secretaría Técnica puede determinar el inicio del procedimiento de revisión de oficio de una operación de concentración empresarial hasta un año (1) año después de su día formal.

23.5. No son objeto de revisión de oficio por parte de la Secretaría Técnica, aquellas operaciones de concentración empresarial aprobadas previamente por la SBS que comprendan empresas del sistema financiero que captan depósitos del público o empresas de seguros y que, en su oportunidad, pudieron presentar riesgos relevantes e inminentes, que comprometan la solidez o estabilidad de dichos agentes económicos involucrados o de los sistemas que integran. Para determinar si una operación de concentración empresarial está comprendida en el supuesto previamente señalado, la Secretaría Técnica recurre a la información remitida por la SBS en el marco de lo dispuesto por el artículo 21 del presente Reglamento.

Artículo 24. Procedimiento de revisión de oficina de operaciones de concentración empresarial

24.1 El procedimiento de revisión de oficina de operaciones de concentración empresarial se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.

24.2 La Secretaría Técnica inicia el procedimiento de revisión de oficina de una operación de concentración empresarial mediante una resolución que contiene una exposición sucinta de los hechos y fundamentos que acreditan el cumplimiento de los criterios y parámetros establecidos en el artículo 23 del presente Reglamento. La resolución es notificada a los agentes económicos identificados en el artículo 18 de la Ley N° 31112 en un plazo de cinco (5) días hábiles. En caso los referidos agentes no cuenten con domicilio legal en el Perú, se notifica a cualquiera de las empresas de su grupo económico que posean un domicilio legal en el Perú. En el mismo plazo, la Resolución de Inicio se publica en el portal web institucional del Indecopi.

24.3 Una vez notificada la Resolución de Inicio, la Secretaría Técnica abre una etapa probatoria en la que realiza las actuaciones necesarias para la revisión de la operación de concentración empresarial por un periodo máximo de noventa (90) días hábiles, pudiendo prorrogarse hasta por un plazo de quince (15) días hábiles adicionales, debiendo indicarse los motivos que justifiquen la correspondiente ampliación. En esta etapa, la Secretaría Técnica puede solicitar la opinión de entidades públicas y agentes del sector privado, sin que por ello califiquen como terceros ajenos al procedimiento. Asimismo, los agentes económicos sujetos de revisión pueden plantear las alegaciones que estimen pertinentes, remitir los documentos que sustentan su posición sobre los posibles efectos de la operación de concentración empresarial y, de ser el caso, sobre la existencia de eficiencias económicas que compensen sus posibles efectos restrictivos.

24.4 Cuando la operación de concentración empresarial involucre empresas del sistema financiero que captan depósitos del público o empresas de seguros, la Secretaría Técnica debe solicitar opinión a la SBS para que informe si las posibles medidas que imponga la Comisión referidas a una enajenación de acciones o activos vinculados a la operación podrían generar riesgos relevantes o inminentes que comprometan la solidez o estabilidad de dichos agentes o de los sistemas que integran. La opinión de la SBS debe ser emitida en un plazo de quince (15) días hábiles de presentada la solicitud de la Secretaría Técnica. Si la SBS no emite su opinión en el plazo establecido, la Secretaría Técnica continúa con la evaluación de la operación.

24.5 En un plazo de treinta (30) días hábiles a partir de la conclusión de la etapa probatoria, la Secretaría Técnica emite un informe dando cuenta de sus conclusiones y recomendaciones sobre los posibles efectos de la operación de concentración empresarial y las medidas correctivas aplicables, de considerarse necesarias. El informe es remitido a la Comisión y los agentes económicos sujetos de revisión en un plazo de cinco (5) días hábiles.

24.6 Los agentes económicos sujetos de revisión cuentan con un plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación del informe de la Secretaría Técnica, para formular sus observaciones y solicitar una audiencia a la Comisión para expresar sus alegatos.

24.7 En el plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud de audiencia a que se refiere el numeral anterior, la Comisión comunica su aceptación o rechazo. De ser aceptada, la audiencia se realiza dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

24.8 Recibidas las observaciones de los agentes sujetos de revisión al informe de la Secretaría Técnica y, en su caso, realizada la audiencia a que se refiere el numeral anterior, la Comisión cuenta con un plazo de treinta (30) días hábiles para emitir su resolución final, optando por alguna de las siguientes alternativas:

a) Si determina que la operación de concentración empresarial no podría generar posibles efectos restrictivos

significativos de la competencia, la Comisión da por concluido el procedimiento.

b) Si determina que la operación de concentración empresarial podría generar posibles efectos restrictivos significativos de la competencia, dicta las órdenes o medidas que considere pertinentes para eliminarlos o mitigarlos, lo cual incluye, de ser el caso, y de resultar viable, razonable y proporcional, la enajenación de las acciones o activos adquiridos.

24.9 Los agentes económicos sujetos de revisión pueden alegar la existencia de eficiencias provenientes de la operación, acorde a los criterios establecidos en el artículo 7 de la Ley N° 31112. En ese supuesto, si la Comisión determina que los posibles efectos restrictivos significativos de la competencia que podría generar la operación de concentración empresarial se compensan con las eficiencias demostradas por los agentes, da por concluido el procedimiento.

24.10 Solo los agentes económicos indicados en el numeral 24.2 pueden plantear un recurso de apelación contra la resolución final de la Comisión en un plazo de quince (15) días hábiles desde su notificación.

24.11 El recurso de apelación se presenta ante la Comisión, quien lo eleva al Tribunal del Indecopi para que sea tramitado en un plazo no mayor de ciento veinte (120) días hábiles, resultando aplicables las reglas previstas en los artículos 41 y 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Regresión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por el Decreto de Supremo N° 030-2019-PCM, en lo que resulten pertinentes.

24.12 En el procedimiento de revisión de oficina, la Secretaría Técnica, la Comisión y el Tribunal del Indecopi analizan la operación de concentración empresarial de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 7 de la Ley N° 31112.

24.13 En la tramitación de la investigación preliminar y el subsiguiente procedimiento de revisión de oficina de la operación de concentración empresarial, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de investigación establecidas en la Ley N° 31112, el Texto Único Ordenado de la Ley de Regresión de Conductas Anticompetitivas y demás instrumentos normativos supletoriamente aplicables.

Artículo 25. Conclusión anticipada del procedimiento de revisión de oficina de operaciones de concentración empresarial

25.1 En los primeros sesenta y cinco (75) días hábiles de la etapa probatoria a la que hace referencia el numeral 24.3 del artículo 24, la Secretaría Técnica y los agentes económicos sujetos de revisión podrán formular, conjuntamente, una propuesta de acuerdo para la conclusión anticipada del procedimiento que incorpore medidas que eliminen o mitiguen los posibles efectos restrictivos de la competencia que podría generar la operación de concentración. Para ello, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para definir los términos de la propuesta.

25.2 La Secretaría Técnica remite a la Comisión la propuesta de acuerdo para la conclusión anticipada del procedimiento en un plazo de cinco (5) días hábiles de formulada.

25.3 La Comisión decide la aprobación o denegatoria de la propuesta en un plazo máximo de veinte (20) días hábiles de recibida, siendo su pronunciamiento impugnabile debido a su naturaleza eminentemente discrecional.

25.4 Si la Comisión aprueba la propuesta, emite una resolución dando por concluido el procedimiento de revisión de oficina de la operación de concentración empresarial. La resolución incluye un cronograma de trabajo para la implementación y supervisión de las medidas acordadas, así como la participación de un monitor a cargo de realizar el seguimiento de su cumplimiento, el cual puede ser designado y removido por la Comisión, a solicitud de la Secretaría Técnica.

25.5 Si la Comisión rechaza la propuesta, emite una resolución con su decisión y continúa con el procedimiento

de revisión de oficio de la operación de concentración empresarial.

25.6. De plantearse una propuesta de acuerdo para la conclusión anticipada del procedimiento conforme al presente artículo, el plazo establecido en el numeral 24.3 del artículo 24 del presente Reglamento se amplía por un periodo de veinte (20) días hábiles adicionales.

Artículo 26. Aplicación supletoria

Se aplican supletoriamente al presente capítulo las disposiciones correspondientes al régimen de autorización previa de operaciones de concentración empresarial establecidas en los Capítulos II y III, en lo que resulten pertinentes.

CAPÍTULO VI

NOTIFICACIÓN VOLUNTARIA

Artículo 27. Notificación voluntaria

27.1. En el marco de lo dispuesto por el numeral 6.4 del artículo 6 de la Ley N° 31112, antes del cierre formal de una operación de concentración empresarial, los agentes económicos pueden solicitar voluntariamente su autorización si no alcanzan los umbrales establecidos en el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley N° 31112. La operación no puede ejecutarse hasta su aprobación.

27.2. La presentación de la solicitud de autorización, el trámite del procedimiento administrativo respectivo, y demás materias, derechos u obligaciones, se ajustan a los plazos y reglas establecidas en los Capítulos II, IV y V de la Ley N° 31112 y a las disposiciones del presente Reglamento correspondientes al régimen de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, incluyendo la aplicación del silencio administrativo positivo. Las infracciones y medidas correctivas que resulten aplicables al procedimiento derivado de una notificación voluntaria se ajustan a las disposiciones establecidas en los Capítulos VI, VII y VIII de la Ley N° 31112 así como las disposiciones comprendidas en el capítulo VII del presente Reglamento.

27.3. Los agentes económicos pueden consultar previamente con la Secretaría Técnica a fin de determinar si justifica la notificación voluntaria de una operación de concentración empresarial.

CAPÍTULO VII

REGISTROS

Artículo 28. Registro de medidas aprobadas por la Comisión

Las condiciones, compromisos, acuerdos y otras medidas aprobadas por la Comisión son inscritos en el registro que para tales efectos implementa el Indecopi. Dicha inscripción brinda publicidad a las decisiones de la Comisión y seguridad a terceros al momento de contratar con las solicitantes.

Artículo 29. Registro e inscripción de operaciones de concentración empresarial por parte de los/as notarios/as y registradores/as públicos/as

29.1. Para el registro e inscripción de alguna operación de concentración empresarial por parte de los/as notarios/as y registradores/as públicos/as, las partes deben presentar una declaración jurada informando que la operación a inscribirse no está sujeta al procedimiento de autorización previa establecido en la Ley N° 31112 o que han obtenido la respectiva autorización expresa o fidei por parte de los órganos resolutivos competentes del Indecopi, así como, de la SBS y SMV, cuando corresponda.

29.2. Los/as notarios/as no pueden elevar a escritura pública los instrumentos que se presentan sin la declaración jurada.

29.3. Los/as registradores/as públicos/as deben verificar que los/as notarios/as incorporen la declaración jurada en el parte notarial.

CAPÍTULO VIII

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCCIONADOR

Artículo 30. Inicio del procedimiento sancionador

30.1. El procedimiento sancionador se inicia de oficio por la Secretaría Técnica, tras haber tomado conocimiento de las conductas susceptibles de constituir infracción en cualquiera de los supuestos descritos en el artículo 27 de la Ley N° 31112.

30.2. La Secretaría Técnica puede realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador.

30.3. La resolución de inicio del procedimiento sancionador emitida por la Secretaría Técnica contiene la identificación de la persona o personas naturales o jurídicas a los que se imputa la presunta infracción, los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer, así como las normas que la facultan a iniciar el procedimiento sancionador como autoridad competente. La resolución de inicio se notifica a los agentes económicos imputados. En caso los referidos agentes no cuenten con domicilio legal en el Perú, se notifica a cualquiera de las empresas de su grupo económico que posean un domicilio legal en el Perú.

30.4. En caso se imponga una sanción, esta es aplicable a los agentes económicos responsables de la conducta imputada, acorde con los supuestos descritos en el artículo 27 de la Ley N° 31112.

Artículo 31. Defensa de las partes

Los agentes económicos imputados pueden presentar sus descargos en un plazo de veinticinco (25) días hábiles desde la notificación de la resolución de inicio del procedimiento sancionador.

Artículo 32. Etapa probatoria

32.1. Vencido el plazo señalado en el artículo anterior, la Secretaría Técnica abre una etapa probatoria por un periodo de cuatro (4) meses para realizar las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e información relevantes para determinar la existencia de la presunta infracción.

32.2. En un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles de culminada la etapa probatoria, la Secretaría Técnica emite un informe final recomendando a la Comisión declarar la existencia o inexistencia de responsabilidad administrativa, así como las sanciones y medidas correctivas que correspondan. Este informe es notificado a los agentes imputados en un plazo de cinco (5) días hábiles.

32.3. Los agentes económicos imputados tienen un plazo de diez (10) días hábiles para formular descargos a lo expresado en el informe final de la Secretaría Técnica. Asimismo, tienen derecho a solicitar una audiencia para expresar sus alegatos. De ser aceptada la solicitud, se amplía el plazo de evaluación de la Comisión por un plazo de quince (15) días hábiles.

Artículo 33. Resolución final y apelación

33.1. Recibido el informe final y los descargos, en un plazo de veinte (20) días hábiles, la Comisión decide sobre la responsabilidad de los agentes económicos imputados, la posible aplicación de sanción y medidas correctivas establecidas en la Ley N° 31112. Para ello toma en cuenta los criterios de graduación de sanciones establecidos en los artículos 46 y 47 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por el Decreto Supremo N° 030-2019-PCM.

33.2. La resolución que hace referencia el numeral anterior es notificada a los agentes económicos imputados en un plazo de cinco (5) días hábiles y puede ser apelada en un plazo de quince (15) días hábiles desde su notificación.

33.3. El recurso de apelación se tramita ante el Tribunal del Indecopi en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles.

33.4. El Tribunal del Indecopi tramita el recurso de apelación de acuerdo con las reglas previstas en los artículos 41 y 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por el Decreto de Supremo N° 030-2019-PCM, en lo que resulten aplicables.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Normativa complementaria

La Comisión, a propuesta de la Secretaría Técnica, emite lineamientos para la mejor aplicación e interpretación de la Ley N° 31112 y el presente Reglamento.

SEGUNDA. Normativa complementaria para el registro e inscripción de las operaciones de concentración empresarial autorizadas

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de los Registros Públicos, aprueba las disposiciones que resulten pertinentes para el registro e inscripción de las operaciones de concentración empresarial autorizadas sujetas al procedimiento de autorización previa previsto en la Ley N° 31112.

TERCERA. Uso de medios virtuales

Los órganos competentes que participan en el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial privilegian el uso de medios virtuales.

CUARTA. Aplicación de la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 31112

Para la aplicación de la suspensión prevista en la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 31112, el Indecopi comunica al Ministerio de Transportes y Comunicaciones el nombre de los agentes económicos involucrados en las solicitudes de operación de concentración empresarial presentadas por empresas del sector telecomunicaciones, una vez que son admitidas a trámite, así como el pronunciamiento final respecto de dichos procedimientos. Asimismo, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones puede aplicar la suspensión de los procedimientos administrativos comprendidos en la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 31112, en los casos en los que solicite dicha información al Indecopi.

QUINTA. Financiamiento

Lo establecido en el presente Reglamento se financia con cargo al presupuesto institucional del Indecopi, sin demandar recursos adicionales del Tesoro Público.

SEXTA. Informe de Indecopi sobre las operaciones de concentración empresarial en el marco de los procesos de promoción de la inversión privada para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública y provisión de servicios públicos bajo la modalidad de Asociación Pública Privada

Si durante el Proceso de Promoción en Asociaciones Público Privadas regulado en el Decreto Legislativo N° 1362, el Organismo Promotor de la Inversión Privada competente para el desarrollo de proyectos bajo la modalidad de Asociación Pública Privada, tomando en cuenta la información del respectivo proyecto, identifica que la competencia tiene un rol en el diseño contractual regulatorio, y si el proyecto puede generar riesgos sobre la competencia, solicita a la Comisión un informe de los posibles efectos sobre la competencia que podrían generar operaciones de concentración empresarial involucradas en el proceso.

El informe es solicitado por el Organismo Promotor de la Inversión Privada competente hasta la etapa de evaluación y selección inclusiva y antes de la firma del contrato. Los agentes económicos involucrados en el proceso están obligados a remitir a la Comisión la información que solicita para su respectivo análisis. La Comisión emite el informe en un plazo de 30 días

hábiles contados a partir de la entrega de la información solicitada a los agentes involucrados. De no pronunciarse la Comisión en el tiempo establecido del Organismo Promotor de la Inversión Privada competente asume válidamente que no existen efectos a la competencia.

Los agentes económicos involucrados en los procesos pueden acudir previamente a consulta previa con la Secretaría Técnica a fin de recibir orientación sobre los posibles efectos a la competencia evaluados por la Comisión.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA. Revisión de oficio de operaciones de concentración empresarial concluidas antes de la vigencia de la Ley N° 31112

La Secretaría Técnica no podrá revisar de oficio aquellas operaciones de concentración empresarial que, antes de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, hayan concluido con los actos de cierre necesarios para hacer efectiva la transferencia o cambio de control a que hace referencia el numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley N° 31112.

SEGUNDA. Procedimientos de revisión de condiciones en trámite

Los procedimientos de revisión de condiciones impuestas bajo la Ley N° 26876, cuya solicitud haya sido presentada con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 31112 y se encuentren en curso, continúan su trámite bajo las reglas vigentes a la presentación de la respectiva solicitud de revisión.

TERCERA. Procesos en trámite de promoción de la inversión privada para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública y provisión de servicios públicos bajo la modalidad de Asociación Pública Privada

No es aplicable la Ley 31112 y la presente norma a aquellos proyectos de infraestructura pública y provisión de servicios públicos bajo la modalidad de Asociación Pública Privada, por iniciativa estatal, que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 31112, estén en etapa de estructuración o transacción y sean adjudicados antes del 31 de diciembre del 2021, y a aquellos proyectos de inversión bajo la misma modalidad, por iniciativa privada, que se encuentren en una etapa posterior a la opinión de relevancia del sector.

1932223-6

Decreto Supremo que declara el Estado de Emergencia en la localidad de Antonio Raymondi Las Vegas, del distrito de Daniel Alomía Robles de la provincia de Leoncio Prado, del departamento de Huánuco, por peligro inminente ante movimientos en masa

DECRETO SUPREMO
N° 040-2021-PCM

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 68.1 del artículo 68 del Reglamento de la Ley N° 29664, Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (SINAGERD), aprobado por el Decreto Supremo N° 048-2011-PCM, en concordancia con el numeral 6.4 del artículo 6 y el numeral 9.1 del artículo 9, de la Norma Complementaria sobre la Declaratoria de Estado de Emergencia por Desastre o Peligro Inminente, en el marco de la Ley N° 29664, del Sistema Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres - SINAGERD, aprobada mediante el Decreto Supremo N° 074-2014-PCM, la

ANEXO 7: Decreto Supremo N.º 104-2021-PCM: «Decreto Supremo que aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual»

país y que han sido afectadas económicamente por la COVID-19, puedan realizar las adecuaciones operativas y de sistemas para el cumplimiento de las nuevas disposiciones establecidas en el Título I del Decreto de Urgencia N° 013-2020.

En uso de las facultades conferidas por el inciso 19 del artículo 116 de la Constitución Política del Perú:

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y
 Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República:

DECRETA

Artículo 1. Objeto

El presente Decreto de Urgencia tiene por objeto establecer medidas extraordinarias, en materia económica y financiera, a efectos de establecer de manera excepcional un nuevo plazo para poner a disposición del adquirente del bien o usuario del servicio y de la SUNAT la emisión de la factura y recibo por honorarios electrónicos, a fin de que los emisores cuenten con un plazo más amplio y flexible mientras realizan las modificaciones operativas y de sistemas correspondientes para adecuarse al plazo dispuesto por el numeral 6.3 del artículo 6 del Decreto de Urgencia N° 013-2020, atenuando su situación financiera deteriorada por la pandemia generada por la COVID-19.

Artículo 2. Puesta a disposición de la factura y recibos por honorarios del adquirente del bien o usuario del servicio y de la SUNAT

Establécense, de manera excepcional, que el plazo máximo establecido en el numeral 6.3 del artículo 6 del Decreto de Urgencia N° 013-2020, respecto a la puesta a disposición del adquirente del bien o usuario del servicio y de la SUNAT la emisión de la factura y recibo por honorarios, es de hasta cuatro (4) días calendario, computados desde oúmda dicha emisión.

Artículo 3. Vigencia

El presente Decreto de Urgencia tiene vigencia hasta el 31 de diciembre de 2021.

Artículo 4. Refrendo

El presente Decreto de Urgencia es refrendado por la Presidenta del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintidós días del mes de mayo del año dos mil veintiuno.

FRANCISCO RAFAEL SAGASTI HOCHHAUSLER
 Presidente de la República

VIOLETA BERMÚDEZ VALDIVIA
 Presidenta del Consejo de Ministros

WALDO MENDOZA BELLIDO
 Ministro de Economía y Finanzas

1957079-1

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

Decreto Supremo que aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

DECRETO SUPREMO
 N° 106-2021-PCM

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO

Que, la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, establece que el proceso de

modernización de la gestión del Estado tiene como finalidad fundamental la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos; con el objetivo de alcanzar un Estado, entre otros, al servicio de la ciudadanía y transparente en su gestión;

Que, según lo dispuesto por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, el INDECOPI es un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y rige su funcionamiento de acuerdo con las disposiciones contenidas en dicha Ley y en sus normas complementarias y reglamentarias;

Que, mediante Decreto Supremo N° 009-2009-PCM, se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI, modificado por el Decreto Supremo N° 107-2012-PCM y el Decreto Supremo N° 009-2017-PCM;

Que, a través del Decreto Supremo N° 054-2018-PCM se aprueban los Lineamientos de Organización del Estado, los cuales tienen por objeto regular los principios, criterios y reglas que definen el diseño, estructura, organización y funcionamiento de las entidades del Estado;

Que, el artículo 43 de los Lineamientos de Organización del Estado, señala que el Reglamento de Organización y Funciones es el documento técnico normativo de gestión organizacional que formaliza la estructura orgánica de la entidad, contiene las competencias y funciones generales de la entidad, las funciones específicas de sus unidades de organización; así como, sus relaciones de dependencia; asimismo, el numeral 45.1 del artículo 45 establece que el Reglamento de Organización y Funciones de las entidades del Poder Ejecutivo se aprueba por Decreto Supremo y se estructura de acuerdo a lo dispuesto en la sección primera del artículo 44;

Que, la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, encarga al INDECOPI nuevas funciones referidas a la evaluación y emisión de operaciones de concentración empresarial;

Que, en ese sentido, resulta necesario aprobar la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, con la finalidad de adecuar su organización, estructura orgánica y funciones a la normativa vigente;

Con la opinión favorable de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros;

De conformidad con el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Estado; la Ley N° 28158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado; y los Lineamientos de Organización del Estado, aprobados por el Decreto Supremo N° 054-2018-PCM; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

DECRETA

Artículo 1.- Aprobación de la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

Apruébese la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, la misma que consta de tres (3) Títulos, sesenta y nueve (69) artículos, e incluye la estructura orgánica y el organigrama, que forma parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2.- Financiamiento

La implementación de lo dispuesto en el presente Decreto Supremo se financia con cargo al presupuesto institucional del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Artículo 3.- Publicación

El presente Decreto Supremo y la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, aprobada mediante el artículo 1, son publicados en la Plataforma Digital Única para Orientación al Ciudadano (www.gob.pe) y en los portales institucionales de la Presidencia del Consejo de Ministros (www.gob.pe/pcm) y del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (www.gob.pe/indecopi), el mismo día de la publicación de la presente norma en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 4.- Refrendo

El presente Decreto Supremo es refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros.

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS
FINALES****PRIMERA.- Vigencia de la Primera Sección del
Reglamento de Organización y Funciones**

La Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, aprobada por el presente Decreto Supremo, entra en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que aprueba la Sección Segunda de dicho Reglamento, con excepción de la Segunda y Quinta Disposición Complementaria Final, que entran en vigencia al día siguiente de la publicación de la presente norma.

**SEGUNDA.- Aprobación de la Sección Segunda
del Reglamento de Organización y Funciones**

La Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, se aprueba mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, en un plazo máximo de 5 días hábiles, contados a partir de la publicación del presente Decreto Supremo.

**TERCERA.- Cuadro para Asignación de Personal
(CAP) Provisional**

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual propone la modificación del Cuadro para Asignación de Personal (CAP) Provisional en un plazo máximo de noventa (90) días calendario, contados a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Supremo, de conformidad con la normativa vigente.

**CUARTA.- Adecuación de los instrumentos de
gestión y la emisión de dispositivos normativos**

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, adecua sus instrumentos de gestión y emite los dispositivos normativos que resulten necesarios para implementar las Secciones Primera y Segunda del Reglamento de Organización y Funciones aprobado por el presente Decreto Supremo, considerando el marco jurídico vigente.

**QUINTA.- Consolidación del Texto Integrado del
Reglamento de Organización y Funciones**

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo, consolida el Texto Integrado de su Reglamento de Organización y Funciones, que contiene las Secciones Primera y Segunda de dicho documento de gestión, en un plazo máximo de 7 días hábiles, contados a partir de la publicación del presente Decreto Supremo.

**DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA
DEROGATORIA****ÚNICA.- Derogación**

Deróganse el Decreto Supremo N° 009-2009-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de

Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI y sus modificatorias realizadas mediante Decretos Supremos N° 107-2012-PCM y N° 099-2017-PCM, con excepción de los artículos 8, 9, 10, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 48, 49C, 49D, 49E, 49F, 51, 52, 53, 54, 59, 61, 75 y 76 de dicho Reglamento, los cuales quedarán derogados, a la entrada en vigencia del Reglamento que desarrolla las facultades, atribuciones y normas generales de trámite de los procedimientos administrativos a cargo del INDECOPI, previstos en el Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintidós días del mes de mayo del año dos mil veintiuno.

FRANCISCO RAFAEL SAGASTI HOCHHAUSLER
Presidente de la República

VIOLETA BERMÚDEZ VALDIVIA
Presidenta del Consejo de Ministros

1957079-2

**Decreto Supremo que prorroga el Estado
de Emergencia Nacional declarado por
el Decreto Supremo N° 184-2020-PCM,
prorrogado por los Decretos Supremos N°
201-2020-PCM, N° 008-2021-PCM, N° 036-
2021-PCM, N° 058-2021-PCM y N° 076-2021-
PCM, modifica el Decreto Supremo N° 184-
2020-PCM y dicta otras disposiciones**

**DECRETO SUPREMO
N° 105-2021-PCM**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, los artículos 7 y 9 de la Constitución Política del Perú establecen que todos tienen derecho a la protección de su salud, del medio familiar y de la comunidad, y que el Estado determina la política nacional de salud, correspondiendo al Poder Ejecutivo normar y supervisar su aplicación, siendo responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizada para facilitar a todos, el acceso equitativo a los servicios de salud;

Que, el artículo 44 de la Constitución prevé que son deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación;

Que, los artículos II, VI y XII del Título Preliminar de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, establecen que la protección de la salud es de interés público y que es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud de la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad, siendo inalienable la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud públicos. El Estado interviene en la provisión de servicios de atención médica con arreglo al principio de equidad, siendo posible establecer limitaciones al ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como al ejercicio del derecho de reunión en resguardo de la salud pública;

Que, con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha calificado el brote de la COVID-19 como una pandemia al haberse extendido en más de 100 países del mundo de manera simultánea. Asimismo, con fecha 04 de febrero, el Instituto Nacional de Salud informó que la variante P.1 de la COVID-19 (Variante Brasileña) ha sido identificada en los departamentos de Loreto, Huánuco y Lima,

**ANEXO 8: Resolución N.º 000060-2021-PRE/INDECOPI:
«Aprueban la Sección Segunda del Reglamento de
Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de
la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
(INDECOPI)»**

**INSTITUTO NACIONAL DE
 DEFENSA DE LA COMPETENCIA
 Y DE LA PROTECCIÓN DE LA
 PROPIEDAD INTELECTUAL**

**Aprueban la Sección Segunda del
 Reglamento de Organización y Funciones
 del Instituto Nacional de Defensa de la
 Competencia y de la Protección de la
 Propiedad Intelectual (INDECOPI)**

RESOLUCIÓN N° 000960-2021-PRE/INDECOPI

San Borja, 28 de mayo de 2021.

VISTOS:

El Informe N° 000024-2021-GPG/INDECOPI de la Gerencia de Planeamiento y Gestión Institucional, el Informe N° 000373-2021-GEL/INDECOPI de la Gerencia Legal, y el Memorandum N° 000327-2021-GE/G/INDECOPI.

CONSIDERANDO

Que, mediante Decreto Legislativo N° 1033 se aprobó la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI);

Que, con Decreto Supremo N° 009-2009-PCM se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI, el mismo que fue modificado mediante los Decretos Supremos N° 107-2012-PCM y N° 009-2017-PCM;

Que, mediante Decreto Supremo N° 054-2018-PCM se aprueban los Lineamientos de Organización del Estado, con el objeto de regular los principios, criterios y reglas que definen el diseño, estructura, organización y funcionamiento de las entidades del Estado y que, conforme a su tipo, competencias y funciones, se organicen de la mejor manera a fin de responder a las necesidades públicas, en beneficio de la ciudadanía;

Que, el numeral 45.1 del artículo 45 de los Lineamientos de Organización del Estado, aprobados por Decreto Supremo N° 054-2018-PCM y modificados por los Decretos Supremos N° 131-2018-PCM y N° 064-2021-PCM, señala que el Reglamento de Organización y Funciones de las entidades del Poder Ejecutivo se aprueba por Decreto Supremo y se estructura de acuerdo a lo dispuesto en la sección primera del artículo 44, precisando que la organización interna de sus órganos y el despliegue de sus funciones, que comprende del tercer nivel organizacional en adelante, se estructura conforme la segunda sección del artículo 44 y se aprueba por resolución del titular de la Entidad;

Que, de acuerdo con lo señalado en el artículo antes citado, el Decreto Supremo que aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones nge a partir de la entrada en vigencia de la resolución del titular de la entidad;

Que, mediante el Acuerdo N° 027-2021 del 24 de febrero de 2021, el Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) aprobó el proyecto de Reglamento de Organización y Funciones que se puso a consideración de la Presidencia del Consejo de Ministros para la aprobación respectiva;

Que, con Decreto Supremo N° 104-2021-PCM se aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, la misma que contiene la

organización interna de sus órganos y el despliegue de sus funciones hasta el segundo nivel organizacional.

Que, la Segunda Disposición Complementaria Final del citado Decreto Supremo dispone que la Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones se aprueba mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo de la entidad;

Que, en tal sentido, corresponde al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) aprobar la Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones, la cual contendrá la organización interna de sus órganos y unidades orgánicas y el despliegue de sus funciones, a partir del tercer nivel organizacional en adelante;

Que, la Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) se encuentra en el marco de lo establecido en los Lineamientos de Organización del Estado, y, cuenta con la opinión favorable de la Gerencia de Planeamiento y Gestión Institucional y de la Gerencia Legal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), así como las opiniones favorables de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto, la Oficina General de Asesoría Jurídica y la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros;

Con las visaciones de la Gerencia General de la Gerencia de Planeamiento y Gestión Institucional y de la Gerencia Legal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), y;

De conformidad con los Lineamientos de Organización del Estado aprobados por Decreto Supremo N° 054-2018-PCM y sus modificatorias, y; el Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobación de la Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)

Apruébese la Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), aprobado por Decreto Supremo N° 104-2021-PCM, que consta de un (1) título, treinta y seis (36) artículos, así como la Estructura Orgánica y el Organigrama del INDECOPI, que como anexos forman parte integrante de la presente Resolución.

Artículo 2.- Financiamiento

La implementación de la presente Resolución se efectúa con cargo al presupuesto institucional del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Artículo 3.- Publicación

La presente Resolución y la Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, aprobada mediante el artículo 1, son publicadas en el Portal Institucional del INDECOPI (www.gob.pe/indeco) y en el Portal de Transparencia Estándar la Plataforma Digital Única para Orientación al Ciudadano (www.gob.pe), el mismo día de la publicación de la presente norma en el Diario Oficial El Peruano.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

HANSA PÉREZ DE CUELLAR LUBIENSKA
 Presidenta del Consejo Directivo

1957960-1

ANEXO 9: Decreto Supremo N.º 121-2021-PCM: «Aprueban la modificación del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI por la incorporación de los procedimientos administrativos regulados en la Ley N° 31089 y en la Ley N° 31112 y su Reglamento»

Aprueban la modificación del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI por la incorporación de los procedimientos administrativos regulados en la Ley N° 31089 y en la Ley N° 31112 y su Reglamento

DECRETO SUPREMO
N° 121-2021-PCM

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto Supremo N° 085-2010-PCM, se aprueba el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, el mismo, que, desde su entrada en vigencia hasta la fecha, ha sido objeto de diversas modificaciones;

Que, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, señala que es un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y rige su funcionamiento de acuerdo con las disposiciones contenidas en la presente Ley y en sus normas complementarias y reglamentarias;

Que, el numeral 40.1 del artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, establece que los procedimientos administrativos y requisitos deben establecerse en una disposición sustantiva aprobada mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, por Ordenanza Regional, por Ordenanza Municipal, por Resolución del Titular de los organismos constitucionalmente autónomos; asimismo, el numeral 40.2, señala que las entidades realizan el Análisis de Calidad Regulatoria de los procedimientos administrativos a su cargo o sus propuestas, teniendo en cuenta el alcance establecido en la normativa vigente sobre la materia;

Que, el artículo 43 del referido Texto Único Ordenado dispone que todas las entidades elaboran y aprueban o gestionan la aprobación, según el caso, de su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), el cual comprende, entre otros, todos los procedimientos de iniciativa de parte requeridos por los administrados, así como la relación de los servicios prestados en exclusividad;

Que, de acuerdo con el numeral 44.5 del artículo 44 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, toda modificación del TUPA que implique la creación de nuevos procedimientos, incremento de derechos de tramitación o requisitos, debe ser aprobada mediante Decreto Supremo del sector correspondiente, debiendo publicarse esta modificación conforme a lo dispuesto por los numerales 44.2 y 44.3 de este Texto Único Ordenado;

Que, por su parte, en el numeral 44.7 del artículo 44 del mismo Texto Único Ordenado, se dispone que en los casos que por Ley, Decreto Legislativo y demás normas de alcance general, se establezcan o se modifiquen los requisitos, plazo o silencio administrativo aplicables a los procedimientos administrativos, las entidades de la Administración Pública están obligadas a realizar las modificaciones correspondientes en sus respectivos Textos Únicos de Procedimientos Administrativos en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles, contados a partir de la entrada en vigencia de la norma que establece o modifica los requisitos, plazo o silencio administrativo aplicables a los procedimientos administrativos;

Que, por Resolución de Secretaría de Gestión Pública N° 005-2018-PCM-SGP, se aprueba los Lineamientos y formatos para la elaboración y aprobación del Texto Único

de Procedimientos Administrativos (TUPA), que tiene por objeto establecer los criterios técnicos-legales que deben seguir las entidades de la administración pública para la elaboración, aprobación y publicación de los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos que comprenden los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad;

Que, la Ley N° 31089, Ley que enfrenta prácticas de Elusión de Derechos Antidumping y Compensatorios, establece la facultad del INDECOPI para que, de oficio o a pedido de parte, amplie la aplicación de los derechos antidumping o compensatorios sobre las importaciones de un producto similar al producto investigado, ya sea de un tercer país o territorio aduanero, o sobre las partes de estos productos, cuando se verifique la existencia de una práctica de elusión de los derechos definitivos, regulando el procedimiento administrativo que debe seguirse para tal fin; incluyendo los requisitos que debe contener la solicitud que presentan los administrados interesados en que se disponga la ampliación de la aplicación de estas medidas;

Que, por su parte, la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de las operaciones de concentración empresarial y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 030-2021-PCM, contienen los procedimientos y los requisitos que deben cumplir los administrados obligados a solicitar la autorización previa por parte del INDECOPI para poder realizar una operación de concentración empresarial, ya sea en su modalidad regular o simplificada, así como para solicitar la revisión de las condiciones de conducta impuestas por el INDECOPI al momento de autorizar una operación de esta naturaleza;

Que, el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, modificado por el Decreto Legislativo 1448, regula la aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos, a fin de identificar, eliminar y/o simplificar aquellos que resulten innecesarios, imprecisos, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren adecuados a la Ley del Procedimiento Administrativo General o a las normas con rango de ley que les sirven de sustento;

Que, en aplicación de esta disposición, los procedimientos denominados (i) Solicitud de autorización previa de una operación de concentración empresarial, (ii) Solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial y (iii) Solicitud de revisión de una condición de conducta impuesta al autorizar una operación de concentración empresarial, contenidos en la Ley N° 31112 y su Reglamento fueron materia de evaluación en el marco del Análisis de Calidad Regulatoria, habiendo sido aprobadas por la Comisión Multisectorial a cargo de realizar este análisis;

Que, mediante Decreto Supremo N° 064-2010-PCM, se aprueba la metodología de determinación de costos de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad comprendidos en los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA) de las Entidades Públicas, con el fin de establecer disposiciones de carácter general que precisen criterios, procedimientos y metodologías para la determinación de los costos de los procedimientos y servicios administrativos que brinda la administración y para la fijación de los derechos de tramitación;

Que, asimismo, en el marco de lo establecido en el artículo 54 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, y de conformidad con lo establecido en la Resolución de Secretaría de Gestión Pública N° 005-2018-PCM-SGP, el Ministerio de Economía y Finanzas ha autorizado que el monto del derecho de tramitación de los procedimientos administrativos denominados (i) Solicitud de autorización previa de una operación de concentración empresarial, (ii) Solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial a cargo del INDECOPI sea superior a una (1) UIT;

Que, por otro lado, se ha dispuesto que el procedimiento administrativo denominado Solicitud de revisión de una condición de conducta impuesta al autorizar una operación de concentración empresarial sea de carácter gratuito;

Que, la Norma IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado mediante Decreto Supremo N° 133-2013-EF, establece que, por Decreto Supremo, refundado por el Ministro del sector competente y el Ministro de Economía y Finanzas, se fija la cuantía de los tests;

Que, resulta necesario aprobar la modificación del TUPA del INDECOP, a fin de incluir dentro de este documento de gestión institucional, los procedimientos administrativos creados por las Leyes N° 31089 y N° 31112 y el reglamento de este;

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2018-EF, el Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado mediante Decreto Supremo N° 133-2013-EF, y la Resolución de Secretaría de Gestión Pública N° 005-2018-PCM-SGP que aprueba los Lineamientos y formatos para la elaboración y aprobación del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA),

DECRETA

Artículo 1.- Aprobación de la modificación del Texto Único de Procedimientos Administrativos

Aprobase la modificación del Texto Único de Procedimientos Administrativos –TUPA del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOP, a fin de incorporar a este documento de gestión institucional los procedimientos administrativos denominados (i) Procedimiento de examen por prácticas de elusión de derechos antidumping y compensatorios, (ii) Solicitud de autorización previa de una operación de concentración empresarial, (iii) Solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial, y (iv) Solicitud de revisión de una condición de conducta impuesta al autorizar una operación de concentración empresarial.

Artículo 2.- Aprobación del derecho de tramitación

Aprobese los derechos de tramitación correspondientes a los procedimientos administrativos denominados (i) Procedimiento de examen por prácticas de elusión de derechos antidumping y compensatorios, (ii) Solicitud de autorización previa de una operación de concentración empresarial, y (iii) Solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial, según los formatos TUPA que forman parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 3.- Publicación

El presente Decreto Supremo y su Anexo son publicados en el Diario Oficial El Peruano; asimismo, se difunde a través de la Plataforma Digital Única para Orientación al Ciudadano del Estado Peruano, y en el Portal Institucional del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOP (www.gob.pe/indecopi).

Artículo 4.- Refrendo

El presente Decreto Supremo es refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por el Ministro de Economía y Finanzas.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciséis días del mes de junio del año dos mil veintiuno.

FRANCISCO RAFAEL SAGASTI HOCHHAUSLER
Presidente de la República

VIOLETA BERNÚEZ VALDIVIA
Presidenta del Consejo de Ministros

WALDO MENDOZA BELLIDO
Ministro de Economía y Finanzas

* El TUPA se publica en la página WEB del Diario Oficial El Peruano, sección Normas Legales.

COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO

Aprueban la modificación del Reglamento de Establecimientos de Hospedaje, aprobado con Decreto Supremo N° 001-2015-MINCETUR y del Reglamento de la Ley N° 28868, Ley que faculta al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo a tipificar infracciones por vía reglamentaria en materia de prestación de servicios turísticos y la calificación de establecimientos de hospedaje y establece las sanciones aplicables, aprobado con Decreto Supremo N° 007-2007-MINCETUR

DECRETO SUPREMO N° 009-2021-MINCETUR

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, la Ley N° 27790, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, en su artículo 1 señala que el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo –MINCETUR es el organismo rector del sector comercio exterior y turismo; señalando, asimismo, en su artículo 5, entre otras funciones, el establecer el marco normativo para el desarrollo de las actividades turísticas, supervisando el cumplimiento de la normatividad emitida en el ámbito de su competencia;

Que, la Ley N° 29405, Ley General de Turismo, establece en su artículo 27, que el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo reglamenta en cada caso, a través de Decretos Supremos, los requisitos, obligaciones y responsabilidades específicas que deben cumplir los prestadores de servicios turísticos, dentro de los cuales, de conformidad con el Anexo 1 de dicha Ley, se encuentra los prestadores que brindan el servicio de hospedaje;

Que, bajo dicho marco normativo el MINCETUR aprueba el Reglamento de establecimientos de hospedaje mediante Decreto Supremo N° 001-2015-MINCETUR y modificatorias, con el objeto de establecer las disposiciones para la clasificación, categorización, operación y supervisión de los establecimientos de hospedaje, así como las funciones de los órganos competentes en dicha materia;

Que, la Ley N° 30802, Ley que establece condiciones para el ingreso de niñas, niños y adolescentes a establecimientos de hospedaje a fin de garantizar su protección e integridad, establece que el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo - MINCETUR adecua el Reglamento de Establecimientos de Hospedaje y establece medidas para el control y seguridad de dichos establecimientos, de conformidad a lo dispuesto en la citada norma; y que los representantes de los prestadores de servicios turísticos deben firmar obligatoriamente el Código de Conducta contra la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (ESNIA) en el ámbito del turismo;

Que, mediante Decreto Supremo N° 005-2021-MINCETUR se modifica el Reglamento de Establecimientos de Hospedaje adecuándolo a las disposiciones contenidas en la Ley N° 30802, Ley que establece condiciones para el ingreso de niñas, niños y adolescentes a establecimientos de hospedaje a fin de garantizar su protección e integridad;

Que, atendiendo a la multiplicidad de regulación en el derecho internacional sobre ingreso de niñas, niños y adolescentes a establecimientos de hospedaje, y atendiendo a lo dispuesto en la Ley N° 30802, Ley que establece condiciones para el ingreso de niñas, niños y