



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

 Indecopi



Proyecto de

**Lineamientos
para la calificación
y análisis de
operaciones
de concentración
empresarial**

Participaron en la elaboración y revisión del presente documento los siguientes integrantes de la **Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia***:

Jesús Eloy Espinoza Lozada – *Director*

Silvia Vania Cruz Dorrego – *Asesora Legal en Control de Concentraciones*

Humberto Ortiz Ruiz – *Asesor Económico Senior*

Delia Omaira Zambrano Nalvarte – *Asesora Legal en Fusiones y Adquisiciones*

Wilmer Zela Moraya – *Asesor Económico*

Magaly Ivette Varela Villar – *Ejecutiva Legal 1*

Héctor Palacios Fiestas – *Ejecutivo Económico 2*

Se agradece la valiosa asesoría técnica del equipo de la Unidad Global de Mercados, Competencia y Tecnología del Banco Mundial, liderado por Graciela Miralles Murciego – *Economista Senior*, e integrado por Noelia Carreras Schabauer – *Especialista en Competencia*.

**Se agradece la importante colaboración de Hugo Figari Khan, Julio Casaverde Vegas, Maria Mei Yu Chia Loayza, Marissa Virginia Ruiz Quispe, Stacy Ramirez Wong y Chiara Maria Pescetto Bustamante por sus comentarios y aportes sobre el contenido del presente documento.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

I. PRIMERA PARTE: CALIFICACIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

1.1. Elementos esenciales en una operación de concentración empresarial

1.1.1. Adquisición, transferencia o cambio de control de una empresa o parte de ella en el mercado peruano

1.1.1.1 ¿Qué debe entenderse por “control”?

1.1.1.2 Tipos de control

- a. Control exclusivo o conjunto
- b. Control directo o control indirecto
- c. Control positivo o control negativo (derecho de veto)
- d. Control *de jure* o control *de facto*

1.1.2. Agentes económicos independientes que no formen parte de un mismo grupo económico

1.1.3. Potencialidad de desplegar efectos en el mercado peruano

1.2. Vías para llevar a cabo una operación de concentración empresarial

1.2.1. Fusión de dos o más agentes económicos

1.2.2. Adquisición de derechos que permitan ejercer control

1.2.3. Constitución de una empresa en común, *joint venture* u otra modalidad análoga

1.2.3.1. Nuevo agente económico independiente o *joint venture*

1.2.3.2. Constitución de una sociedad

1.2.3.3. Contratos asociativos

1.2.3.4. Contrato de riesgo compartido

1.2.3.5. Otras formas de asociación

1.2.3.6. Cambios en el *joint venture*

1.2.4. Adquisición de activos productivos operativos

1.2.4.1. Definición de activo productivo operativo

1.2.4.2. Mecanismo para adquirir el control sobre activos

1.2.5. Cambios en la estructura del control entre los agentes económicos que cuentan con participación accionarial en una empresa

1.3. Actos que no constituyen operaciones de concentración empresarial

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

1.3.2. 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.

- 1.3.3. 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.
- 1.3.4. 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.
- 1.3.5. 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.

II. SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

- 2.1. Factores para considerar en la revisión de operaciones de concentración empresarial
- 2.2. Definición de mercados involucrados
 - 2.2.1. Sustituibilidad de la demanda: Definición de mercado de producto y mercado geográfico
 - 2.2.1.1. Mercado de producto
 - 2.2.1.2. Mercado geográfico
 - 2.2.2. Sustituibilidad de la oferta
 - 2.2.3. Mercados de múltiples lados
 - 2.2.3.1. Mercados o plataformas digitales
 - 2.2.4. Mercados primarios y secundarios
 - 2.2.5. Mercados de paquetes de productos (clúster)
 - 2.2.6. Mercados asimétricos
 - 2.2.7. Discriminación de precios
 - 2.2.8. Informalidad
- 2.3. Efectos de las operaciones de concentraciones empresariales: Cuota de mercado e índices de concentración

- 2.3.1. Cuotas o participaciones de mercado**
- 2.3.2. Índices de concentración**
- 2.4. Tipos de operaciones de concentración empresarial**
 - 2.4.1. Operaciones de concentración horizontales**
 - 2.4.1.1. Efectos no coordinados (unilaterales)**
 - a. Productos diferenciados**
 - b. Productos no diferenciados**
 - c. Mercados de negociaciones o subastas**
 - d. Mercados de innovación**
 - 2.4.1.2. Efectos coordinados**
 - 2.4.2. Concentraciones no horizontales**
 - 2.4.2.1. Efectos no coordinados o unilaterales**
 - a. Exclusión de insumos**
 - b. Exclusión de clientes**
 - c. Efecto de conglomerado**
 - 2.4.2.2. Efectos coordinados**
- 2.5. Factores compensatorios**
 - 2.5.1. Eficiencias de las concentraciones empresariales**
 - 2.5.2. Tipos de eficiencias**
 - 2.5.3. Entrada o expansión de agentes económicos rivales**
 - 2.5.4. Barreras de entrada y expansión**
 - 2.5.5. Poder de negociación de clientes**
 - 2.5.6. La recuperación de una “empresa en crisis”**

INTRODUCCIÓN

El 7 de enero de 2021 se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (en adelante, la Ley 31112), con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Asimismo, con fecha 4 de marzo de 2021 se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo 039-2021-PCM, que aprueba el Reglamento de la Ley 31112 (en adelante, el Reglamento).

Conforme lo dispone la Ley 31112, se encuentran dentro de su ámbito de aplicación las operaciones que califiquen como una “concentración empresarial”; y, superen los umbrales de notificación¹. Solo aquellas operaciones que cumplan con ambos elementos deberán ser notificadas al Indecopi a fin de determinar si éstas podrían generar una restricción significativa de la competencia y, por tanto, si corresponde que sean autorizadas, autorizadas con condiciones o no autorizadas².

En ese sentido, el procedimiento de control previo de concentraciones supone determinar principalmente dos aspectos esenciales: (i) si una operación debe ser sometida obligatoriamente al régimen de control de concentraciones (esto es, si califica como una operación de concentración empresarial y supera los umbrales de notificación); y, luego (ii) si dicha operación de concentración empresarial podría generar una restricción significativa a la competencia.

Sobre estos elementos, es importante tomar en consideración lo siguiente:

(i) Operaciones que califican como “concentración empresarial” y que superan los umbrales de notificación

Con respecto a los umbrales de notificación, el 1 de junio de 2021, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) publicó en el Diario Oficial El Peruano, los “Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación”, a fin de otorgar mayor claridad y certeza jurídica a los agentes económicos respecto a las disposiciones y reglas establecidas en la Ley 31112 y su Reglamento para el cálculo de umbrales de notificación³.

Por otro lado, sobre la calificación de una operación como “concentración empresarial”, el numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley 31112 establece una lista de actos u operaciones que, debido a que implican una transferencia o cambio de control de una empresa o parte de ella, son consideradas como operaciones de concentración empresarial. Asimismo, el numeral 5.2 del artículo 5 de la Ley 31112

¹ **Ley 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 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 desarrollan actividades económicas en el país.

2. Los agentes económicos que oferten 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.

² **Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial**
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.

³ Pueden acceder al documento en el siguiente enlace: <https://bit.ly/3fQJHCJ>

señala los actos u operaciones que no están sometidos a control por parte del Indecopi.

Sin perjuicio de que la lista de actos posibles de calificar como un acto de concentración es bastante amplia, el Indecopi es consciente de que las transacciones comerciales pueden diversificarse y adoptar nuevas formas - más sofisticadas -, que podrían en ciertos casos generar dudas legítimas sobre su calificación como una operación de "concentración empresarial" conforme al marco legal. En ese sentido, el Indecopi considera importante desarrollar algunas pautas generales que permitan a los agentes económicos identificar si una operación califica como una "concentración empresarial".

(ii) Análisis de las operaciones de concentración empresarial

El artículo 7 de la Ley 31112 establece que la Comisión deberá evaluar los efectos de una operación de concentración empresarial a fin de identificar si pudiera producir una restricción significativa de competencia en los mercados involucrados. Para realizar dicho análisis, la Ley recoge una serie de factores a considerar, tales como la estructura del mercado involucrado, la competencia real o potencial de los agentes económicos en el mercado involucrado, la dinámica de la oferta y demanda de los productos y/o servicios que se analizan, entre otros.

Asimismo, se establece que la Comisión también deberá tomar en cuenta la capacidad de la operación de concentración empresarial para producir eficiencias económicas, las cuales deberán ser demostradas por los agentes económicos solicitantes y cumplir con una serie de requisitos.

Sin bien los criterios establecidos en la Ley 31112 son claros, el Indecopi es consciente de que el análisis de una operación de concentración empresarial no es un ejercicio sencillo, ya que involucra considerar diversas variables legales y económicas a fin de determinar sus posibles efectos, limitaciones competitivas y eficiencias. En ese sentido, el Indecopi considera importante desarrollar y transparentar el análisis que realizará a fin de generar predictibilidad sobre la forma en que dará cumplimiento a su función.

En base a lo señalado y en concordancia con el literal c) del numeral 12.1 del artículo 12 de la Ley 31112 que faculta a la Comisión a aprobar Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de la Ley 31112 y su Reglamento, se publica este documento de "Lineamientos para la calificación y análisis de operaciones de concentración empresarial" (en adelante, los Lineamientos), el cual tiene por finalidad orientar a los agentes económicos para: (i) determinar si una operación específica constituye una concentración empresarial sujeta al procedimiento de control previo, de acuerdo a los criterios establecidos en los Artículos 5 y 6 de la Ley 31112; e, (ii) identificar y desarrollar el análisis que realizará la Comisión respecto a la operación de concentración, a fin de determinar si corresponde autorizarla, autorizarla con condiciones o denegar su autorización.

Cabe señalar que, debido a la reciente implementación del régimen de control de concentraciones en el país, los Lineamientos brindarán principalmente una guía teórica sobre los aspectos generales que deberán analizarse para determinar si una operación califica como un acto de concentración y los elementos a considerarse para la evaluación de los riesgos sobre la competencia. Atendiendo al dinamismo de los mercados, la experiencia que adquiera la Comisión en la aplicación de la nueva Ley de

Control de Concentraciones y la sofisticación de las transacciones comerciales, los Lineamientos serán revisados y, de ser necesario, actualizados de forma periódica por la Comisión.

I. PRIMERA PARTE: CALIFICACIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

1.1. Elementos esenciales en una operación de concentración empresarial

En primer lugar, es importante identificar cuáles son los elementos comunes que caracterizan a una operación de concentración empresarial y que permiten calificarla como tal.

La Ley 31112 en su artículo 2 establece que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, los actos u operaciones que califiquen como una “concentración empresarial” conforme a lo siguiente:

“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 desarrollan actividades económicas en el país.*
2. *Los **agentes económicos que** oferten 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.” (Énfasis agregado)*

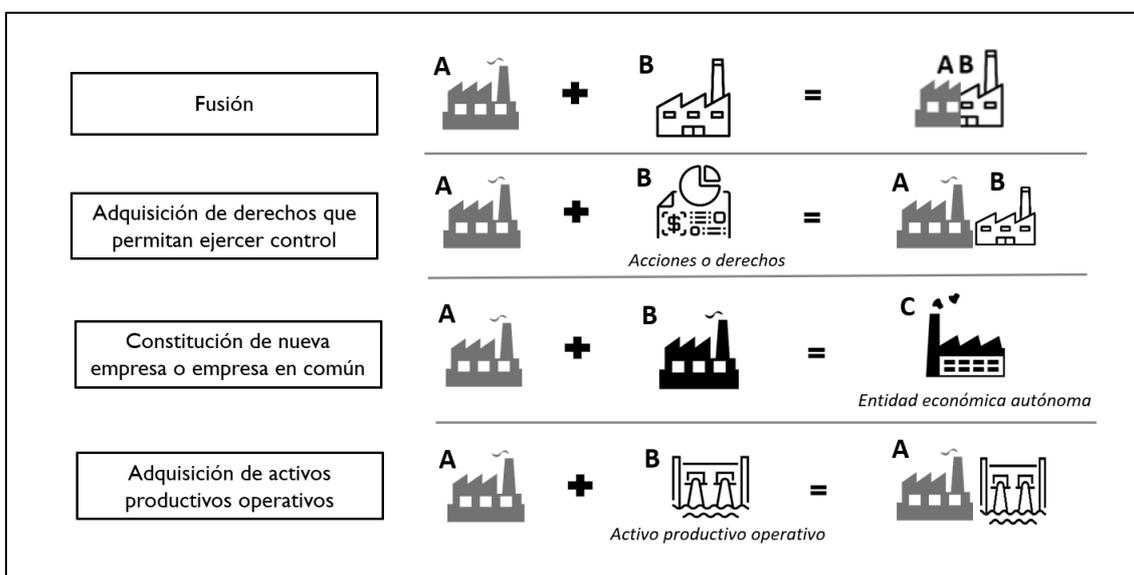
Al respecto, el numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley 31112 define “concentración empresarial” y propone ejemplos de formas que pueden adoptar tales operaciones:

“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.*
 - 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 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.”*

Algunos ejemplos de operaciones de concentración empresarial se pueden advertir en el siguiente gráfico:

Gráfico 1



Asimismo, la Ley 31112 establece una lista de operaciones que, debido a sus características, no serán consideradas como operaciones de concentración empresarial:

“Artículo 5. Operaciones de concentración empresarial

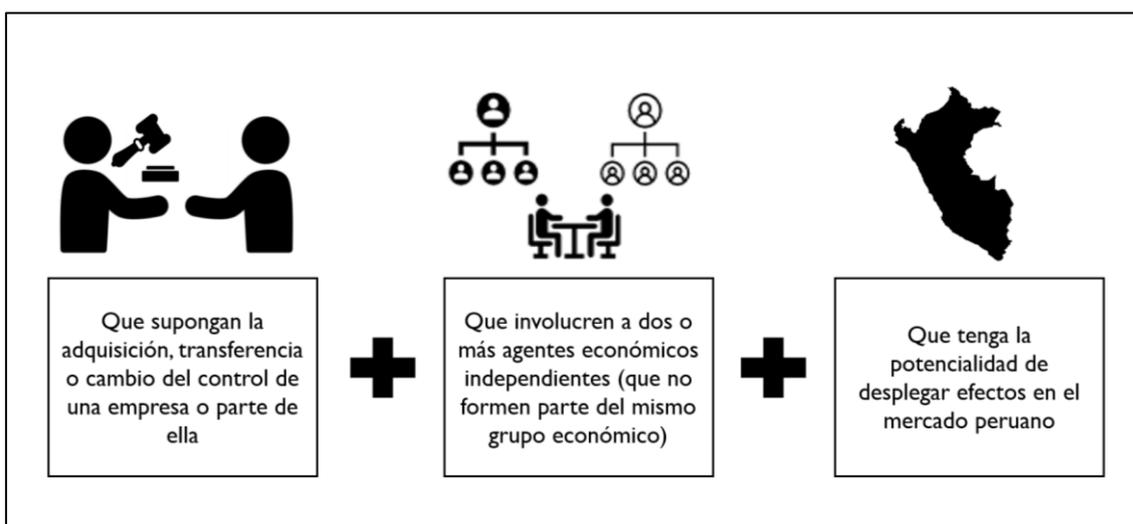
(...) 5.2 No son actos u operaciones de concentración empresarial sometidos a la presente ley los siguientes:

- 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 los mercados en los que opera el agente económico.
- 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 temporal 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.”

Tomando en consideración las disposiciones mencionadas, es posible identificar ciertos elementos esenciales comunes a todo acto u operación de concentración empresarial que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley 31112. Estos son los siguientes:

Gráfico 2



Estos elementos, relacionados entre sí, deberán concurrir – junto con el alcance de los umbrales – a efectos de determinar que una operación está sujeta al control previo de Indecopi. En la presente sección desarrollaremos cada uno de ellos.

1.1.1. Adquisición, transferencia o cambio del control de una empresa o parte de ella

1.1.1.1. ¿Qué debe entenderse por “control”?

El artículo 3 de la Ley 31112 define el término control de la siguiente manera:

*“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.”*
(Énfasis agregado)

De este modo, para encontrarnos en un supuesto de adquisición, transferencia o cambio de control, no bastará que un agente económico “A”, por ejemplo, adquiera los derechos sobre un agente económico “B”; sino que será necesario que dichos derechos otorguen la posibilidad a “A” de ejercer una influencia decisiva y continua sobre el comportamiento y estrategia competitiva de “B”. De lo contrario, no se configuraría un cambio de control conforme a las disposiciones de la Ley 31112.

Cabe señalar que el Indecopi se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el término “control”. Al respecto, ha señalado que se deberá entender como control a *“la capacidad de la empresa o persona controlante de influir decisiva y permanentemente sobre la estrategia competitiva de la empresa controlada.”*⁴

Por lo tanto, para determinar si existe control - y, con ello evaluar su adquisición o transferencia - se deberá verificar la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua de un agente sobre otro, la cual se materializa en el dominio que podría ejercer la empresa controladora respecto de la estrategia competitiva de la empresa controlada.

Ahora bien, las decisiones relacionadas a la estrategia competitiva de una empresa pueden incluir, aunque no limitarse, a los siguientes aspectos⁵:

- Aprobación del presupuesto.
- Establecimiento de su plan estratégico.
- Definición de planes de inversión.
- Nombramiento del personal directivo y altos ejecutivos⁶.
- Dirección y administración del negocio.
- Aprobación de la gestión y de los resultados económicos, entre otros.

Para determinar si existe control de un agente económico sobre otro, no es necesario que se concrete alguna de estas decisiones, sino que bastará que exista la posibilidad de adoptarlas⁷. Estas decisiones pueden ser aprobadas en el interior de diversos órganos de una empresa, tales como la junta general de accionistas, el directorio, principales gerencias, juntas de socios, gerencias administrativas, asambleas de socios, comités, entre otros y según corresponda⁸.

⁴ Al respecto, ver Resoluciones 019-2019/CLC-INDECOPI, 1351-2011/SDC, 034-2014/CLC, 012-1999-INDECOPI-CLC, 015-1998-INDECOPI-CLC y 002-1998-INDECOPI-CLC.

De modo referencial, es importante tomar en cuenta las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobadas mediante Resolución SBS 5780-2015, en cuyo artículo 9 se establece que se denomina control a *“la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica u órganos que cumplan la misma finalidad en el caso de un ente jurídico.”*

⁵ Al respecto, ver Resoluciones 02-1998-INDECOPI-CLC, 034-2014/CLC y 9-2019/CLC-INDECOPI.

Otras jurisdicciones contemplan definiciones similares del concepto de “control”. En Colombia, para estos efectos se define control como la posibilidad de influir en las decisiones de otra empresa en relación con: (i) su política empresarial; (ii) la iniciación, terminación o variación de la actividad a la que se dedica la empresa, y; (iii) la disposición de los bienes/derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

Al respecto, ver: Superintendencia de Industria y Comercio. Guía de Análisis de Integraciones Empresariales, 2018. Disponible en:

https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Publicaciones/Guia_Integraciones_Empresariales_31-07-2018.pdf

Chile, por su parte, entiende por control o influencia decisiva a la posibilidad de terminar – o vetar – la adopción de decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo de un agente económico. Ejemplos de decisiones estratégicas son: la composición de la administración, derechos a voto, decisiones estratégicas o de negocios, entre otras.

Al respecto, ver: Fiscalía Nacional Económica. Guía de Competencia, 2017. Disponible en:

<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-pdf>

⁶ Comprende, por ejemplo, el nombramiento de la mayoría de los miembros del Directorio y el Gerente General de la empresa.

⁷ Al respecto, ver: Comisión Europea. Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC0416%2808%29>

⁸ Al respecto, ver Resolución 012-1999-INDECOPI/CLC.

Finalmente, la posibilidad de ejercer control (influencia decisiva y continua sobre la estrategia competitiva de otro agente económico) será evaluada de manera casuística por la Comisión, considerando la estructura organizativa y de propiedad de los agentes involucrados, las reglas establecidas en sus estatutos, pacto de accionistas y demás documentos que rijan su organización y permiten comprender cómo se adoptan las decisiones vinculadas a su estrategia competitiva. Asimismo, se recomienda que, en caso existan dudas sobre la existencia de control, los agentes acudan a la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia, ex Secretaría Técnica de la Comisión (en adelante, la Dirección), a través del mecanismo de Consulta Previa para analizar de forma más detallada la transacción y su posible calificación como un acto de concentración.

1.1.1.2. Tipos de control

Dependiendo de los derechos o participaciones que tienen los agentes económicos, el control puede ser de diversos tipos. Entre los más representativos se encuentran los siguientes: (i) exclusivo o conjunto; (ii) directo o indirecto; (iii) positivo o negativo; y, (iv) de jure o de facto.

a. Control exclusivo o conjunto⁹

¿Qué implica tener control exclusivo?

Tener control exclusivo implica que un solo agente económico (de forma autónoma) pueda ejercer a su sola voluntad una influencia decisiva en el desempeño competitivo de otro agente económico, sin requerir de ningún tipo de voluntad o factor adicional¹⁰.

En otras palabras, un agente económico tendrá control exclusivo cuando pueda ejercer individualmente una influencia decisiva y continua sobre la estrategia competitiva de la empresa que controla. Ello, sin que exista otro poder que pueda oponerse a sus decisiones o que se necesite de otro agente para la adopción de éstas.

Sobre el control exclusivo, la Comisión se ha pronunciado en oportunidades anteriores señalando lo siguiente:

“El control exclusivo implica que una sola persona pueda ejercer individualmente influencia decisiva en el desempeño competitivo de la empresa, sin requerir para ello de otros factores o voluntades. En la mayoría de los casos, este control se presenta cuando una persona posee la mayoría de los derechos de voto de una empresa, siendo que, con tal participación, puede adoptar todas las decisiones estratégicas que afectan el desempeño competitivo de la empresa. Este tipo de control también puede presentarse cuando una persona tiene la posibilidad de elegir la mayoría de los directores de una empresa, y con dicha participación pueda decidir sobre la política y estrategia comercial de la misma¹¹.”

⁹ Esta clasificación se condice con las definiciones efectuadas en distintas jurisdicciones tales como la Unión Europea, Estados Unidos y Chile sobre los tipos de control ejercidos en una empresa.

¹⁰ Al respecto, ver Resolución 034-2014/CLC.

¹¹ Al respecto, ver Resolución 019-2019/CLC-INDECOPI.

Conforme a lo señalado, generalmente tendrá control exclusivo un agente económico que posea participación mayoritaria en una empresa y, en consecuencia, la mayoría de los votos necesarios para adoptar las decisiones estratégicas.

No obstante, aunque poco frecuente, también podrían darse casos en los que un accionista minoritario tenga control exclusivo sobre una empresa, lo cual ocurrirá, por ejemplo, cuando los demás accionistas le otorguen derechos exclusivos que le permiten determinar individualmente la estrategia competitiva de la empresa.

Caso hipotético 1:

La empresa A es una sociedad anónima que se dedica a la producción y comercialización de papeles en general. A la fecha, el capital social de la empresa A asciende a la suma de S/ 100,000.00 (cien mil con 100/00 soles), dividido en 100,000 (cien mil) acciones comunes con derecho a voto (todas íntegramente suscritas y completamente pagadas), distribuidas de la siguiente manera:

- A1: titular del 80% de las acciones emitidas con derecho a voto.
- A2: titular del 20% de las acciones emitidas con derecho a voto.

Los accionistas de la empresa A no han suscrito convenio alguno. Asimismo, su estatuto se remite a las reglas contenidas en la Ley 26887, Ley General de Sociedades (en adelante, la "LGS").

¿Quién ejerce el control de la empresa A?

De la información ofrecida, en especial, de las reglas para la toma de decisiones establecidas en la LGS, podemos inferir que A1, en su condición de titular del 80% de las acciones con derecho a voto de la empresa A, ejerce el control sobre esta compañía ya que contaría con la capacidad de influir de forma decisiva y continua sobre todas las decisiones vinculadas a la estrategia competitiva de la empresa. Este control sería, además, exclusivo porque A1 no requeriría de ningún tipo de voluntad o factor adicional a efectos de tomar decisiones al interior de esta sociedad.

¿Qué implica tener control conjunto?

El control conjunto se verifica cuando dos o más agentes económicos tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua en el comportamiento estratégico de otro agente económico. En estos casos, la adopción de las decisiones sobre el comportamiento competitivo del agente económico controlado requerirá necesariamente de un consenso entre los agentes controladores.

De tener control conjunto, los agentes económicos controladores se verán en la necesidad de cooperar para tomar decisiones, como el establecimiento de una política comercial.

El control conjunto puede presentarse de distintas maneras. La Comisión se ha pronunciado con anterioridad proponiendo algunos posibles escenarios¹², tales como:

¹² Al respecto, ver Resolución 019-2019/CLC-INDECOPI.

- Cuando dos accionistas se reparten a partes iguales los derechos de voto de la empresa (50% de acciones cada uno), o tienen el derecho a designar el mismo número de miembros en los órganos de dirección de la empresa.
- A través de un pacto o convenio de accionistas que establezca un actuar conjunto y coordinado en la toma de decisiones de una determinada empresa (independientemente del número de acciones que posean los agentes controladores sobre la empresa controlada).
- Cuando un accionista minoritario tiene el derecho de vetar decisiones que afectan el desempeño competitivo de la empresa. En este tipo de situaciones, uno de los accionistas posee la mayoría de las acciones con derecho a voto; sin embargo, determinadas decisiones estratégicas de la empresa se adoptan con mayoría calificada, por lo que, siempre requerirá la participación del accionista minoritario para la adopción de dichas decisiones.

Al respecto, es necesario resaltar que estos derechos de veto deben ser más completos que los derechos concedidos legalmente a los accionistas minoritarios para proteger sus intereses sobre la compañía. En efecto, para que los derechos de veto le otorguen control a un accionista minoritario, estos deberán permitirle ejercer una influencia decisiva y continua en el comportamiento estratégico de la empresa controlada.

Al respecto, la Comisión ha ratificado que existen decisiones de veto de los accionistas minoritarios que responden únicamente a la protección de sus derechos societarios o financieros y que, por tanto, no le otorgan control. Estos son, por ejemplo, los casos de aumento o reducción de capital y liquidación de la empresa, entre otros¹³.

¹³ Al respecto, ver Resoluciones 15-1998-INDECOPI/CLC y 002-1999-INDECOPI/CLC

Caso hipotético 2:

La empresa A es una sociedad anónima que se dedica a la fabricación de material de embalaje para distintos propósitos en territorio nacional. Por otro lado, la empresa B es una empresa familiar que se dedica a la producción y venta de artículos de plástico en Lima.

La empresa A se encuentra interesada en adquirir el 60% de las acciones comunes con derecho a voto emitidas por la empresa B. B1, accionista principal de la empresa B (ostenta el 99% de las acciones de dicha empresa), se encuentra interesado en vender el porcentaje de las acciones antes señaladas. Sin embargo, debido a su conocimiento del mercado, B1 no quiere dejar de tomar decisiones estratégicas sobre la empresa B. En ese contexto, la transacción es estructurada considerando las siguientes premisas:

- B1 transferirá el 60% de las acciones comunes con derecho a voto de la empresa B a favor de la empresa A.
- De esta manera, el accionariado de la empresa B quedaría compuesto de la siguiente manera: (i) la empresa A titular del 60% de las acciones suscritas con derecho a voto y, (ii) B1 titular del 39% restante.
- Simultáneamente a la transferencia de acciones, la empresa A y B1 suscribirán un convenio de accionistas mediante el que se otorgará a B1 algunos derechos, tales como: (i) la definición de los planes de inversión de la compañía; (ii) la aprobación del presupuesto anual; (iii) la posibilidad de elegir a dos (de los cuatro) miembros del Directorio de la empresa B; y, (iv) el nombramiento de algunos miembros del personal gerencial.

¿Quién ejercerá el control sobre la empresa B?

En principio, podríamos pensar que la empresa A, como accionista mayoritario de la empresa B por haber adquirido el 60% de acciones emitidas por esta compañía, tendría una influencia decisiva y autónoma sobre la estrategia competitiva de esta última (y, en consecuencia, su control). Sin embargo, como consecuencia del convenio de accionistas que otorga derechos al accionista minoritario B1 respecto a decisiones vinculadas a la estrategia competitiva de la empresa B, podemos concluir que tanto la empresa A como B1 ejercerán el control conjunto sobre la empresa B.

Caso hipotético 3:

El accionariado de la empresa C (una sociedad anónima que se dedica a la industria textil) se encuentra compuesto de la siguiente forma:

Empresa C1: Accionista del 35%

Empresa C2: Accionista del 35%

Empresa C3: Accionista del 30%

Las empresas C1 y C2 (en su condición de accionistas de la empresa C) suscriben un convenio de sindicación de acciones, mediante el cual aprueban votar de forma conjunta y coordinada ante cualquier decisión de la empresa. Este convenio fue debidamente comunicado a la sociedad.

¿Estamos frente a un supuesto de control conjunto?

Sí. Los accionistas de la empresa C (por sí solos) no cuentan con el número de acciones suficientes que les permita tener una influencia decisiva y continua sobre la estrategia competitiva de la empresa C (control).

Sin embargo, como consecuencia de la suscripción del convenio de sindicación de acciones, los accionistas C1 y C2 contarían con el número de acciones necesarias para ejercer un control conjunto de la empresa C.

b. Control directo o control indirecto

¿Qué implica tener control directo?

Se entiende que existe control directo cuando un agente económico (controlador) que tiene la posibilidad de influir de manera decisiva y continua en otro agente económico (controlado), es el titular del poder para ejercer dicha influencia.

Caso hipotético 4:

La empresa A es una sociedad anónima que se dedica a la producción y comercialización de productos del hogar. A la fecha, su capital social está dividido de la siguiente manera:

- A1: titular del 80% de las acciones emitidas con derecho a voto.

- A2: titular del 20% de las acciones emitidas con derecho a voto.

Los accionistas de la empresa A no han suscrito convenio alguno. Asimismo, su estatuto se remite a las reglas contenidas en la LGS.

¿Quién ejerce el control directo de la empresa A?

De la información ofrecida, podemos inferir que A1, en su condición de titular del 80% de las acciones con derecho a voto de la empresa A, es quien ejerce el control sobre esta compañía ya que contaría con la capacidad de influir de forma decisiva y continua sobre su estrategia competitiva. Este control sería, además de exclusivo, directo ya que podrá ejercer tal atribución en su calidad de accionista mayoritario de la empresa.

Caso hipotético 5:

En base a los supuestos del caso hipotético 4, asumamos que, posteriormente a la transacción, el accionista A1 pretenda celebrar un contrato de usufructo sobre el 100% de sus acciones a favor de la empresa D. Este derecho de usufructo (que se constituiría en virtud de la suscripción de un contrato suscrito entre A1 y la empresa D), supone también que A1 ceda el derecho a voto correspondiente a las acciones de su titularidad a favor de la empresa D. En ese sentido, la empresa D ejercerá el derecho a voto del 80% de las acciones emitidas por la empresa A.

Bajo este nuevo escenario ¿Quién ejercerá el control directo de la empresa A?

En este caso, podemos inferir que -mientras el contrato de usufructo se encuentre vigente- D ejercerá el control sobre la empresa A, en tanto puede influir de forma decisiva y continua sobre su estrategia competitiva. Este control sería exclusivo y directo, por más que D no es propietario de acciones de la empresa A. Esto se debe a que D podrá ejercer más de la mitad de los votos en la junta general de accionistas de la empresa A, en virtud de los derechos conferidos por A1.

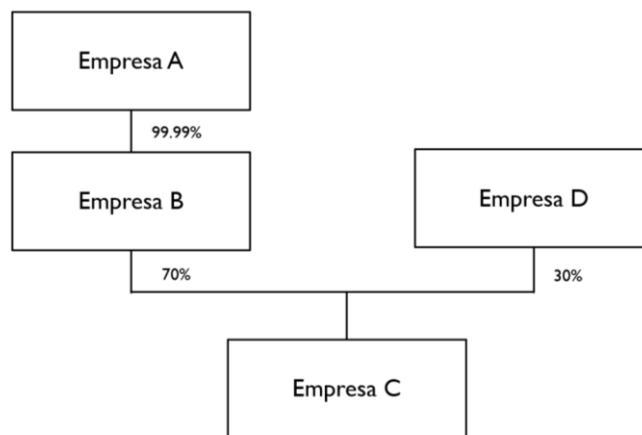
¿Qué implica tener control indirecto?

Se considera que existe control indirecto cuando un agente económico "A" se vale de un agente económico "B", para ostentar el control de un agente económico "C". En estos casos, es el agente económico "A" (como controlador), quien finalmente tiene la posibilidad material de influir de manera decisiva y continua sobre "C", pero requiere de "B" para que actúe de manera instrumental o en su representación.

Al respecto, el control indirecto puede tener su origen en la pertenencia a un mismo grupo empresarial, en relaciones de propiedad o contractuales, entre otros.

Caso hipotético 6:

- La empresa A es una sociedad anónima que se dedica a la inversión y tenencia de valores en otras compañías (es decir, es una sociedad holding). La empresa A es 99.99% accionista de la empresa B.
- La empresa B es una sociedad anónima que se dedica a la producción de bebidas gaseosas con presencia importante en el mercado.
- Recientemente, la empresa B adquirió el 70% de las acciones con derecho a voto de la empresa C (una sociedad anónima que se dedica a la distribución de productos a nivel nacional). El 30% restante es de propiedad de la empresa D.
- Los accionistas de la empresa C (es decir, la empresa B y la empresa D) no han suscrito convenio alguno, por lo que le son aplicables las reglas contenidas en la LGS. Con ello, la estructura societaria de esta compañía es la siguiente:



¿Quién ejerce el control indirecto de la empresa C?

Tal como lo explicamos en los puntos anteriores, el control directo de la empresa C lo tendría la empresa B por tratarse de su accionista mayoritario. Sin embargo, por ser la empresa B una compañía que depende exclusivamente de la empresa A, podríamos concluir que el control real e indirecto de la empresa C sería ejercido por la empresa A como accionista mayoritario indirecto.

c. Control positivo o control negativo (derecho de veto)

¿Qué implica tener control positivo?

Existe control positivo cuando el agente económico controlador puede determinar las decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo del agente económico controlado¹⁴.

¹⁴ Una definición similar es contemplada en jurisdicciones como Chile, Colombia y la Unión Europea.

Tal como se precisa en la legislación comparada, este tipo de control se presenta cuando un agente económico ostenta derechos de voto sobre otro agente, que le permite tomar decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo.

Caso hipotético 7:

En esta sección, nos remitimos a los casos hipotéticos 4 y 5.

En el caso hipotético 4, A1, al ser titular del 80% de las acciones emitidas con derecho a voto de A, tiene el control positivo sobre la empresa A, en la medida que, en virtud de las acciones que posee, puede adoptar decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo de la empresa A.

En el caso hipotético 5, D, en virtud de un contrato de usufructo sobre el 80% de las acciones emitidas por la empresa A, que incluyó la cesión sobre el ejercicio de los derechos de voto, puede tomar decisiones respecto a la estrategia competitiva de la misma y, por tanto, tiene control positivo sobre la empresa A.

¿Qué implica tener control negativo?

Se entiende que existe control negativo cuando un agente económico, a pesar de no ser titular de acciones o participaciones que le permitirían determinar la estrategia competitiva de otro agente económico de forma autónoma (es decir, a pesar de ser un accionista minoritario), tiene la posibilidad de ejercer el derecho a vetar y/o bloquear decisiones respecto a dicha estrategia competitiva; o se requiere de su consentimiento para que dichas decisiones sean implementadas. Ello ocurre en los siguientes posibles escenarios:

- (i) Para que una decisión estratégica sea adoptada al interior de un agente económico será necesario contar con la aprobación (normalmente expresa) de otro agente (el controlador) o;
- (ii) El caso de un accionista minoritario que no puede tomar decisiones de forma autónoma pero sí puede oponerse a la implementación de determinadas decisiones estratégicas de la empresa.

Este conjunto de derechos (normalmente denominados como “derechos de veto”) puede estar relacionado al bloqueo de decisiones respecto a diversos aspectos, tales como¹⁵:

- Aprobación del presupuesto.
- Establecimiento de su plan estratégico.
- Definición de planes de inversión.
- Nombramiento de personal directivo.
- Dirección y administración del negocio.
- Aprobación de la gestión y de los resultados económicos; entre otros.

¹⁵ Al respecto, ver: Comisión Europea. Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC0416%2808%29>

Caso hipotético 8:

En esta sección, nos remitimos al caso hipotético 2 en el que existe un control conjunto en la empresa B, el mismo que es ejercido entre la empresa A (accionista mayoritario) y el accionista B1 (a pesar de ser accionista minoritario).

Lo anterior ocurre debido a que, si bien la empresa A tiene el 60% de las acciones, el accionista B1 tiene derechos de veto otorgados a su favor en virtud de la suscripción de un convenio de accionistas. Es decir, se ha otorgado a favor de B1 un control negativo sobre la empresa B.

d. Control de jure o control de facto

¿Qué implica tener control de jure?

El control de jure deriva de actos que confieren control a un agente económico sobre otro. Estos actos usualmente son contratos, estatutos, acuerdo de accionistas, entre otros documentos que otorgan control a un agente económico (controlador) respecto a otro (controlado).

¿Qué implica tener control de facto?

El control de facto es aquel que deriva de circunstancias de hecho. Es decir, a pesar de que no existan actos, acuerdos u otra fuente legal que otorgue a un agente económico (“A”) control sobre otro agente económico (“B”), puede evidenciarse que existen elementos que prueban la existencia de control por parte de “A”, entendido como la influencia decisiva y continua sobre el agente económico “B”¹⁶.

Un control de facto podría manifestarse, por ejemplo, en los siguientes casos:

- Cuando un accionista minoritario haya obtenido históricamente o pueda obtener la mayoría en las asambleas y juntas generales de accionistas, debido al nivel de asistencia de los titulares de las acciones¹⁷.
- Cuando además del accionista minoritario, existe otro accionista cuya participación en la gestión de la empresa no es probable debido a que desempeña un rol de inversionista (es decir, su principal interés es ganar valor, sin involucrarse en la administración de la compañía)¹⁸.

Ahora bien, los escenarios expuestos no determinan *per se* la existencia de un control de facto, siendo necesario evaluar en cada caso concreto las características particulares en la toma de decisiones de las empresas involucradas. Para ello, se analizará, por

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Al respecto, ver: Comisión Federal de Competencia Económica. Guía para la notificación de concentraciones. 2021. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5615397&fecha=08/04/2021

(...) el análisis del control de facto debe atender no sólo al nivel de participación accionaria cuando ningún socio tiene mayoría absoluta, sino también a la posibilidad de que un socio minoritario pueda obtener la mayoría en las asambleas dado el nivel de asistencia; la posición de los otros accionistas (dispersión, vínculos de tipo estructural, económico o familiar con el accionista principal); y el interés financiero.”

¹⁸ Schwarz Díaz, M. (2018). Semántica del rol del Inversionista, Accionista, Directivo y Gerente en la organización empresarial. Universidad de Lima, Facultad de Ciencias Empresariales y Económicas. Disponible en: <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/6150>

ejemplo: la forma como se han adoptado históricamente las decisiones en los órganos de gestión de la empresa (se verificarán, de ser el caso, las actas de sesión de directorio o junta de accionistas), la dispersión en la propiedad del agente económico controlado, la existencia de otros accionistas importantes que tengan vínculos estructurales, económicos o familiares con otro accionista minoritario, entre otros¹⁹.

1.1.2. Agentes económicos independientes que no formen parte de un mismo grupo económico

Definición de agente económico

El artículo 3 de la Ley 31112 define a un agente económico de la siguiente manera:

“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.”

La definición de agente económico que recoge la Ley 31112 es amplia y gira en torno a que este ofrezca o demande bienes o servicios y que sea titular de derechos o pueda ejercer derechos. Ello, independientemente de si es una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho privado o público.

Es importante señalar que, a efectos de identificar a los agentes económicos participantes de una operación según la Ley 31112, no es relevante si estos participan en el mismo o distinto mercado. Ello será evaluado por el Indecopi en una etapa posterior al momento de realizar un análisis de la operación en sí misma.

Independencia de los agentes económicos de manera previa a la operación

Asimismo, conforme a lo señalado en el numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley 31112, un elemento característico de las operaciones de concentración es que los agentes económicos que participan en ella sean independientes entre sí.

La razón de ser de este requisito es clara: la libre competencia requiere de agentes económicos independientes para que esta tenga lugar. En efecto, es necesario que los agentes económicos que participan en un mercado determinado tengan la capacidad de tomar decisiones comerciales por su propia cuenta y riesgo a fin de generar competencia entre ellos. Cuando un agente económico se une a otro, reduce o pierde su independencia pudiendo generar un impacto en el mercado.

¹⁹ Al respecto, ver:

Comisión Europea. Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC0416%2808%29>

Fiscalía Nacional Económica. Guía de Competencia, 2017. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf>

Al respecto, diversas regulaciones comparadas coinciden en que, para que exista una operación de concentración que requiera revisión por parte de la autoridad, los agentes económicos que participen en ella deben ser previamente independientes²⁰.

En esa misma línea, se han pronunciado organizaciones internacionales técnicas. Por ejemplo, en el documento *“Challenges in the design of a merger control regime for young and small competition authorities”*, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo – CNUCYD señala lo siguiente:

*“Un elemento esencial de la legislación de control de concentraciones es la definición de las transacciones que estarán sujetas al control de las autoridades de competencia. La idea subyacente es identificar las transacciones que transforman a los actores del mercado anteriormente independientes en un solo actor y, por lo tanto, alteran la estructura de un mercado, posiblemente en detrimento de la competencia.”*²¹ (Traducción libre)

Por su parte, la *International Competition Network* – ICN en el documento *“ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures”*²² establece que se debe considerar la previa independencia de los agentes económicos como un elemento para evaluar cuando una operación debe ser sometida a control por parte de la autoridad de competencia:

“Las jurisdicciones deben considerar cuidadosamente los tipos de transacciones que son incluidas dentro del ámbito de aplicación de las leyes de control de concentraciones. Se deberá buscar incluir en el ámbito de aplicación solo operaciones que sean resultado de una combinación de agentes o activos independientes y que estos cambien la estructura de mercado.” (Traducción libre)

Asimismo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE en el documento *“Local Nexus And Jurisdictional Thresholds In Merger Control”*²³ desarrolla lo siguiente:

²⁰ Jurisdicciones como Chile, México, Estados Unidos, Unión Europea, Reino Unido, entre otras, recogen como elemento esencial que los agentes económicos que participan en una operación operen de manera independiente en el mercado. Esto es, que no formen parte del mismo grupo económico.

²¹ United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD. *Challenges in the design of a merger control regime for young and small competition authorities*. 2017. Ginebra, Suiza. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd45_en.pdf
Texto original: *“An essential element of merger control legislation is the definition of the transactions that will be subject to control by competition authorities. The underlying idea is to capture all transactions that transform formerly independent market players into a single player and thereby alter the structure of a market, possibly to the detriment of competition.”*

²² International Competition Network – ICN. *ICN Recommended practices for merger notification and review procedures*. 2017. Disponible en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf
Texto original: *“Jurisdictions should consider carefully the types of transactions that are included within the scope of their merger laws and seek to include in the scope of their merger laws only transactions that result in a durable combination of previously independent entities or assets and are likely to materially change market structure.”*

²³ OECD. Working Party No. 3 en *Cooperation and Enforcement. Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control*. 2016. Disponible en: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2016\)4&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2016)4&docLanguage=En)
Texto original: *“The definition of a merger transaction seeks to identify those transactions that result in a more durable combination of previously independent businesses or assets and have a reasonable likelihood of outcomes that conflict with the policy goals of a competition law regime.”*

“La definición de operación de concentración busca identificar aquellas transacciones que resultan en una combinación duradera entre empresas o activos previamente independientes y que tengan una probabilidad razonable de resultados que entran en conflicto con los objetivos de política de un régimen de ley de competencia.” (Traducción libre)

Conforme a lo expuesto, si las empresas que participan en la operación no son independientes – ya sea porque pertenecen al mismo grupo económico o, por alguna razón, no pueden actuar con libertad de decisión y control –, no se cumpliría con la premisa básica para considerar dicha operación como una concentración empresarial. Por tanto, tal operación no sería objeto de evaluación bajo el régimen de control de concentraciones.

Pertenencia a un grupo económico

La independencia entre los agentes económicos que se concentran implica – a su vez – que estos no formen parte del mismo grupo económico. Al respecto, el artículo 3 de la Ley 31112 define a un grupo económico de la siguiente manera:

“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 actúen como una unidad de decisión.”

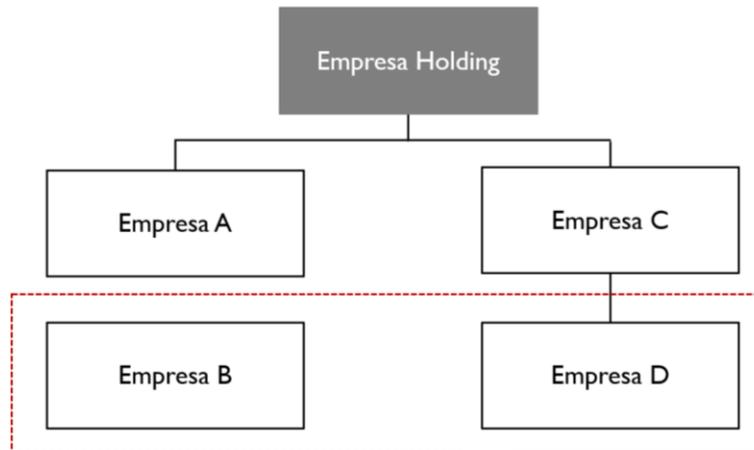
De esta manera, una operación de concentración empresarial sólo puede tener lugar si participan en ella dos o más agentes económicos distintos e independientes, pertenecientes a diversos grupos económicos.

Se entenderá que forman parte de un mismo grupo económico: (i) el agente económico que participa directamente en la operación; (ii) los agentes económicos que lo controlen; (iii) los agentes que controle; y (iv) otros agentes que tengan el mismo controlador. Por tanto, cualquier operación que se genere entre los agentes mencionados son transacciones internas que no generan una modificación en la estructura del mercado y, por tanto, no serán consideradas como operaciones de concentración que deban ser revisadas por el Indecopi.

Caso hipotético 9:

El "Grupo Económico 1" está compuesto por una Empresa Holding, que a su vez es accionista (directa e indirectamente) de las sociedades operativas Empresa A, Empresa B, Empresa C y Empresa D.

Los accionistas de Empresa Holding están considerando aprobar una fusión entre la Empresa B y Empresa D.



¿Es la transacción propuesta una operación de concentración empresarial en los términos descritos por la Ley 31112?

Como señalamos, una operación de concentración empresarial en los términos de la Ley 31112 será tal únicamente si ocurre entre dos o más agentes económicos distintos e independientes (es decir, que pertenecen a grupos económicos diferentes). En tanto la Empresa B y la Empresa D pertenecen al mismo grupo económico, la fusión entre dichas sociedades no dará lugar a una operación de concentración empresarial.

1.1.3. Potencialidad de desplegar efectos en el mercado peruano

Este último elemento comprende el ámbito geográfico de la operación y su duración.

Conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 31112, el Indecopi tendrá competencia para revisar operaciones de concentración empresarial cuando éstas *“produzcan efectos en todo o 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”*.

De esta manera, el Indecopi será competente para evaluar aquellas operaciones que tengan la potencialidad de desplegar efectos en el mercado peruano, al margen de si la operación ocurrió en el extranjero. Tal sería el caso, por ejemplo, de un grupo económico extranjero con presencia en Perú, que decide adquirir otra empresa que también participa en el mercado peruano²⁴. Igualmente, sería el caso de dos grupos económicos

²⁴ Deberá evaluarse también si las empresas involucradas superan los umbrales de notificación.

extranjeros (con empresas que operan en Perú) que deciden constituir una empresa en común para realizar todas sus actividades económicas en territorio peruano.

Asimismo, la operación debe tener una duración que le permita poder tener la posibilidad de generar efectos en el mercado peruano.

De otro lado, la Ley 31112 no ha establecido un periodo de tiempo determinado de duración que deban tener las operaciones de concentración. Aunque idealmente la vocación de permanencia es deseable, en la práctica, existen diversas transacciones que, aunque solo se desarrollen por un determinado periodo de tiempo, podrían impactar en el mercado²⁵. Por tanto, el análisis que realizará la Comisión será casuístico, tomando en consideración los elementos de cada operación.

Al respecto, la Comisión podrá aplicar -entre otros- los siguientes criterios a fin de identificar si una operación de determinada duración califica como una concentración empresarial:

- (i) Se analizará las características propias de la transacción, los mercados involucrados, los ciclos de la actividad económica, entre otros factores relevantes.

Cabe señalar que incluso transacciones que tengan un plazo determinado (como es el caso de los contratos de consorcio o algunas transacciones en las que participan fondos de inversión) podrían potencialmente tener un impacto en el mercado y, en consecuencia, ser revisadas por la Comisión.

- (ii) Si las partes señalan que una transacción no es una operación de concentración empresarial porque es solo temporal, tendrán la carga de probar que no tiene la potencialidad de desplegar efectos en el mercado peruano.

1.2. Vías para llevar a cabo una operación de concentración empresarial

El numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley 31112 propone una lista de actos u operaciones que, debido a que implican una transferencia o cambio de control de una empresa o parte de ella, podrían ser consideradas como operaciones de concentración empresarial.

Cabe señalar que dicha lista no es taxativa. Por lo tanto, las modalidades allí señaladas no son las únicas que podrán ser consideradas como una concentración empresarial, lo serán todas aquellas que cumplan con los requisitos desarrollados en la sección 1.1. del presente documento. Así, siempre que la operación suponga la transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella; involucre a agentes económicos independientes; y, produzcan un cambio en la estructura del mercado peruano, será considerada una concentración empresarial.

En la presente sección, analizaremos las modalidades identificadas en la Ley 31112.

1.2.1. Fusión de dos o más agentes económicos

El literal (a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley 31112 establece que constituye un acto de concentración *“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.”*

²⁵ Esta posición ha sido adoptada por jurisdicciones como Chile, México y la Unión Europea.

Para un mayor entendimiento del contenido de esta figura societaria, nos remitimos al artículo 344 de la LGS²⁶, el mismo que define el proceso de fusión como la reunión de dos a más sociedades para formar una compañía, mediante alguna de las siguientes dos modalidades:

- (i) Fusión por constitución o consolidación: Se origina cuando dos o más sociedades (incorporadas) se fusionan para constituir una nueva sociedad (incorporante). Esta fusión conlleva la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión -en bloque y a título universal- de sus patrimonios a favor de la sociedad incorporante.
- (ii) Fusión por absorción: Se origina cuando una o más sociedades son absorbidas por otra sociedad existente, ocasionando la extinción de la personalidad jurídica de la(s) primera(s). La sociedad absorbente asume -a título universal y en bloque- los patrimonios de las sociedades absorbidas.

Como consecuencia del proceso de fusión, los socios o accionistas de las sociedades incorporadas o absorbidas (según sea el caso) reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la sociedad incorporante o absorbente, según corresponda. Es decir, como consecuencia de la fusión (independiente de su modalidad) se producirá un cambio en el control de las empresas participantes.

A efectos de analizar los procesos de fusión, la Comisión considerará la definición contenida en la LGS, teniendo en cuenta lo siguiente:

- Tal como precisa el numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley 31112, se evaluará a los agentes económicos que intervengan en la fusión, cualquiera sea su naturaleza jurídica, tipo o forma de organización societaria.
- Las modalidades contenidas en el artículo 344 antes citado no constituirán una lista taxativa. Por el contrario, podrá ser evaluada cualquier operación que conlleve a que dos (o más) agentes económicos reúnan sus patrimonios, constituyendo un nuevo agente económico o generando que uno de ellos no subsista.

Por tal motivo, es recomendable que los agentes que participen de este tipo de transacciones acudan previamente a la Dirección mediante el mecanismo de Consulta Previa para formular consultas sobre los alcances de la operación que pretenden perfeccionar.

²⁶ **Ley 26887, Ley General de Sociedades**

Artículo 344.- Concepto y formas de fusión

Por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o,
2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso.

1.2.2. Adquisición de derechos que permitan ejercer control

El literal b) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley 31112 prevé que un acto de concentración puede originarse como consecuencia de 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. Lo anterior, sin que ocurra una fusión entre los agentes económicos involucrados.

Respecto a esta modalidad, la Comisión tomará en consideración lo siguiente:

- (i) El literal antes mencionado hace referencia a la adquisición de derechos por parte de un agente económico que le permitiría ejercer control sobre la totalidad o parte de otro agente económico.

Como hemos señalado en el numeral 1.2.1 precedente, bastará con que el adquirente de tales derechos tenga la posibilidad de ejercer control (potencialidad de ejercicio), no siendo necesario verificar que -en efecto- tal control haya sido ejercido.

- (ii) La adquisición del control podrá ser consecuencia de la suscripción de un acto jurídico²⁷ o por la ocurrencia de situaciones de hecho.

- (iii) Asimismo, podría resultar que los derechos otorgados a favor del agente económico controlante provengan de la tenencia de la mayoría de las acciones o participaciones emitidas por el agente controlado (por ejemplo, al ser accionista o socio mayoritario). En virtud de tal calidad y siempre que la ley y el estatuto del agente controlado así lo dispongan, el agente controlante contaría con las facultades suficientes y autónomas para adoptar acuerdos importantes en los órganos societarios del agente controlado (tales como los indicados en el numeral 1.2.2 precedente).

Sin embargo y como también lo señalamos en el numeral 1.2.2 anterior, existe la posibilidad de que el agente controlante –sin tener la calidad de accionista o socio mayoritario– tenga las atribuciones suficientes para adoptar acuerdos al interior del agente controlado que influyan en su comportamiento y estrategia competitiva (por ejemplo, al haberse conferido derechos de veto).

En ese sentido, el análisis que realice la Comisión de cada transacción será cualitativo y caso por caso. Para dicho efecto, la Comisión revisará el contrato que confiere los derechos antes señalados, así como todos los demás documentos de la transacción.

Algunos ejemplos de situaciones jurídicas que podrían conferir derechos conforme a lo señalado en la presente sección son los siguientes:

- La suscripción de un contrato de compraventa de acciones o, por sus siglas en inglés, *Stock Purchase Agreement* (SPA).
- Acuerdo de emisión y suscripción de acciones, las mismas que serían emitidas por un agente económico en el futuro (por ejemplo, a través de un aumento de capital).

²⁷ Al respecto, ver el artículo 140 y siguientes del Código Civil Peruano.

- Convenios de accionistas o, por sus siglas en inglés, *Shareholders' Agreement* (SHA). En este supuesto, podrían cobrar mayor relevancia los convenios que confieren a un agente (distinto del titular de las acciones o participaciones) la posibilidad de ejercer los derechos políticos inherentes de tales bienes (por ejemplos, acuerdos de sindicación).
- Derechos de usufructos, siempre que abarquen al ejercicio del derecho de voto inherente a acciones o participaciones.
- Convenios de cesión de derechos políticos.
- Constitución de patrimonios autónomos tales como los fideicomisos sobre acciones (siempre que los derechos políticos de dichas acciones sean ejercidos por un agente económico distinto a su titular).
- Otros contratos a largo plazo que permitan ejercer una influencia decisiva en un agente económico por parte de otro agente económico independiente.

1.2.3. Constitución de una empresa en común, *joint venture* u otra modalidad análoga

Por otro lado, el literal (c) del numeral 5.1.1 del artículo 5 de la Ley 31112 hace referencia a 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 esta manera, el agente económico controlado desempeñaría las funciones de una entidad económica autónoma.

El literal antes citado hace referencia a la posibilidad de que dos (o más) agentes económicos independientes se reúnan para conformar otro agente económico independiente. Lo anterior, sin que medie una fusión (por ejemplo, en la modalidad de fusión por constitución o consolidación) entre los agentes involucrados.

Ahora bien, es necesario que este nuevo agente económico o "*joint venture*" cumpla con los siguientes requisitos para calificar como una operación de concentración empresarial:

- (i) Deberá producir efectos en todo o en parte del territorio nacional, tal como lo exige el artículo 2 de la Ley²⁸.
- (ii) Los agentes económicos que lo constituyen deben ostentar su control conjunto.
- (iii) Debe comportarse como entidad económica autónoma y funcional.

Sobre este último requisito, el agente debe tener la posibilidad de desarrollar plenas funciones en el mercado y poder desempeñarlas de forma independiente desde el punto de vista funcional y operativo. La autonomía y funcionalidad de este nuevo agente implica contar y disponer de recursos humanos, operativos y financieros que les permita

²⁸ En esa línea, si dos grupos económicos deciden constituir una empresa en común destinada exclusivamente a comercializar bienes o productos en el extranjero (por ejemplo, Colombia), tal operación no deberá ser notificada al Indecopi.

desarrollar una actividad económica de manera independiente y duradera en el mercado peruano²⁹.

En ese sentido, el nuevo agente no desempeñará funciones plenas en los términos de la Ley 31112 si asume únicamente una función concreta dentro de las actividades de las empresas matrices y, en consecuencia, no tiene acceso al mercado. Por ejemplo, en caso dos agentes económicos constituyan un nuevo agente para que se dedique exclusivamente a brindarles servicios de gestión empresarial (*back office*), la operación no debería ser notificada al Indecopi.

1.2.3.1. Nuevo agente económico independiente o “joint venture”

Un “*joint venture*” es definido doctrinariamente como un acuerdo legal de cooperación suscrito entre dos o más compañías con el propósito de comenzar una nueva actividad comercial conjunta. Esto ocurre gracias a la combinación de sus recursos para obtener un beneficio mutuo (por ejemplo, compartir resultados financieros). Cada miembro del *joint venture* conserva su autonomía jurídica y funcional y, por lo general, aporta activos y comparte los riesgos³⁰.

Sin perjuicio de lo anterior y siguiendo la tendencia considerada por la legislación comparada, para efectos de la aplicación de la Ley 31112 y el Reglamento, la Comisión denominará “*joint venture*” al nuevo agente económico independiente que se cree como consecuencia de la constitución de una nueva sociedad, la suscripción de un contrato asociativo o cualquier otra forma de asociación conforme se detalla a continuación³¹.

1.2.3.2. Constitución de una sociedad

Dos agentes económicos independientes podrían acordar constituir una nueva sociedad en común. En ese caso, dichos agentes económicos (quienes adquirirían la calidad de fundadores) entablarían una relación de socios.

En este supuesto, la Comisión analizará este mecanismo de concentración, independientemente de la naturaleza jurídica, tipo o forma de organización societaria que los agentes económicos elijan para la constitución del nuevo agente económico.

Asimismo, la Comisión evaluará el documento de constitución, así como cualquier otro documento suscrito entre los agentes fundadores (por ejemplo, convenios de accionistas), a efectos de determinar si califica como un acto de concentración empresarial.

²⁹ Este tipo de requisitos también ha sido desarrollado por otras jurisdicciones. Al respecto, ver:

Comisión Europea. Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC0416%2808%29;>

Fiscalía Nacional Económica. Guía de Competencia, 2017. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf>

³⁰ Disponible en: https://www.law.cornell.edu/wex/joint_venture

³¹ Esta posición ha sido adoptada por legislaciones como la chilena. Al respecto, ver: Fiscalía Nacional Económica. Guía de Competencia, 2017. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf>

1.2.3.3. Contratos asociativos

El artículo 438 de la LGS³² considera contrato asociativo a aquel que crea y regula -en interés común de los intervinientes- relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas. El contrato asociativo no genera una persona jurídica distinta a la de los intervinientes.

En particular, la LGS reconoce dos tipos de contratos asociativos:

- a. Contrato de asociación en participación: Es el contrato por el cual un agente económico (denominado “asociante”) concede a otro (denominado “asociado”) una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución³³.
- b. Contrato de consorcio: Es el contrato por el cual dos o más agentes económicos se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa común, con el propósito de obtener un beneficio económico³⁴.

Como puede apreciarse, la definición contenida en la LGS es bastante amplia, por lo que la Comisión podría evaluar cualquier tipo de contrato asociativo (además del contrato de asociación en participación y el contrato de consorcio) a fin de determinar si califican como un acto de concentración empresarial en los términos de la Ley 31112.

1.2.3.4. Contrato de riesgo compartido

Asimismo, es importante tener presente el artículo 204 del Decreto Supremo 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, que reconoce que el titular de actividad minera podrá realizar contratos de riesgo compartido (*joint venture*) para el desarrollo y ejecución de cualesquiera de las actividades mineras. Por su naturaleza, los contratos de riesgo compartido tienen las siguientes características:

- Son de carácter asociativo.
- Están destinados a realizar un negocio en común.
- Son constituidos por un plazo determinado o indeterminado.
- Los agentes económicos intervinientes participarán en los resultados del negocio común en la forma que convengan.
- La gestión del negocio común podrá ser ejercida por cualquiera de los agentes económicos intervinientes.

De la definición anterior, podemos concluir que la suscripción de un contrato de riesgo también podría ser materia de revisión por parte de la Comisión a fin de determinar si califica como un acto de concentración empresarial en los términos de la Ley 31112.

³² **Ley 26887, Ley General de Sociedades**
Artículo 438.- Alcances

Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro.

³³ Artículo 440 y siguientes de la LGS.

³⁴ Artículo 445 y siguientes de la LGS.

1.2.3.5. Otras formas de asociación

De igual manera, la Comisión podrá considerar *joint venture* a cualquier otro tipo de creación de comunidades, asociaciones, sociedades de hecho o cualquier estructura organizacional que sea diferente a la de sus integrantes, siempre que cumpla con los requisitos generales establecidos en la sección 1.1.2.3 del presente documento.

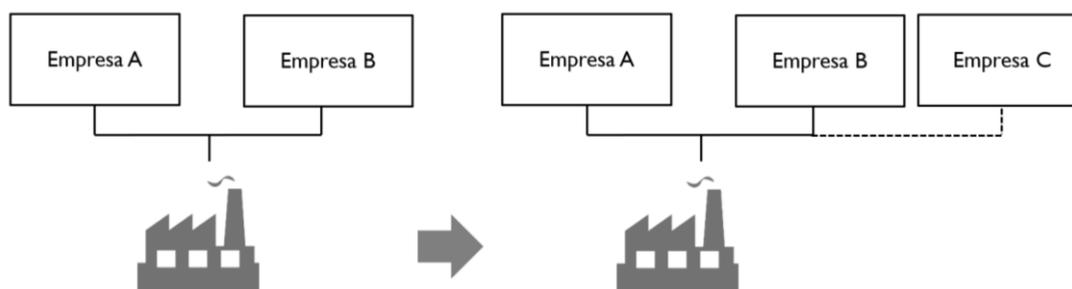
1.2.3.6. Cambios en el *joint venture*

Finalmente, es importante señalar que, constituido un *joint venture*, cualquier cambio en su estructura de control podría calificar como una nueva operación de concentración empresarial (independientemente de la modalidad que se utilice para tal fin. Por ello, podría ser evaluada por la Comisión.

Caso hipotético 10:

La Empresa A y la Empresa B integran un *joint venture* (en los términos de la Ley 31112) compartiendo el control conjunto de dicho agente.

Ambas sociedades están considerando invitar a la Empresa C para que se integre al *joint venture*, a fin de que las tres sociedades controlen a este agente.



¿Es la transacción propuesta una operación de concentración empresarial en los términos descritos por la Ley 31112?

La incorporación de la Empresa C al *joint venture* significará una modificación en la estructura de control de dicho agente. En ese sentido y tal como lo señalamos, cualquier cambio en la estructura de control de un *joint venture* podría calificar como una nueva operación de concentración empresarial. En ese sentido, la Comisión podría ser competente para conocer dicha transacción.

1.2.4. Adquisición de activos productivos operativos

Finalmente, el último literal del numeral 5.1 de la Ley 31112 define como operación de concentración empresarial a la adquisición por parte de un agente económico del control de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos, independientemente del mecanismo utilizado para tal fin. Al respecto, es importante tener presente lo siguiente:

1.2.4.1. Definición de activo productivo operativo

El literal (a) del artículo 3 del Reglamento define a los activos productivos operativos como bienes:

- Tangibles o intangibles a los que se les puede asignar ingresos, rentas, flujos de dinero o volumen de negocio (es decir, pasibles de valorización económica). Para dicho fin, 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.
- Que tienen la potencialidad de desarrollar o incrementar la participación de un agente económico en el mercado. Esta situación se presentaría cuando la adquisición de los activos permite desarrollar o reforzar la posición competitiva del adquirente en el mercado (por ejemplo, la adquisición de una fábrica, marca o un negocio autónomo).

Como puede apreciarse, la definición de activo incorporada en el Reglamento es bastante amplia, por lo que corresponderá a la Comisión analizar -caso por caso- si la transferencia de un activo o conjunto de activos en particular resulta relevante y, en consecuencia, calificaría como una operación de concentración empresarial.

1.2.4.2. Mecanismo para adquirir el control sobre activos

Finalmente, la adquisición por parte de un agente económico del control sobre un activo productivo que antes pertenecía a otro agente económico podría originarse por medios de facto o de jure.

A continuación, presentamos algunos ejemplos de los mecanismos que pueden ser utilizados para tal fin:

- Suscripción de un contrato de compraventa de activos o, por sus siglas en inglés, *Asset Purchase Agreement* (APA).
- Suscripción de un contrato de transferencia o cesión de derechos de uso, posesión, usufructos u otros derechos reales.
- Constitución de patrimonios autónomos tales como fideicomisos sobre activos (siempre que se otorgue el control a un agente económico distinto de su propietario original).

1.2.5. Cambios en la estructura del control entre los agentes económicos que cuentan con participación accionarial en una empresa

El concepto de “control” desarrollado en la sección 1.1.1 del presente documento no solo aplica respecto de operaciones de concentración empresarial que produzcan un cambio de identidad del agente económico controlador de una empresa (es decir, nos encontremos ante la presencia de un nuevo agente controlador). este concepto también aplica cuando se produce un cambio esencial en la calidad o estructura de control de los agentes que actualmente cuentan con participación accionarial en la empresa objetivo³⁵.

En efecto, en caso se produzcan cambios en la calidad o estructura de control de que modifiquen la forma mediante la cual sus accionistas pueden ejercer su influencia

³⁵ Esta posición ha sido adoptada por jurisdicciones como Chile y la Unión Europea.

decisiva en una empresa, se entenderá que ha ocurrido una nueva operación de concentración empresarial.

Caso hipotético 11:

La Empresa X es una sociedad anónima cuyo capital social está distribuido de la siguiente manera:

- El Accionista A, titular del 50% de las acciones emitidas con derecho a voto. Este accionista ostenta el control exclusivo de la Empresa X.
- El Accionista B, titular del 25% de las acciones emitidas con derecho a voto.
- El Accionista C, titular del 25% de las acciones emitidas con derecho a voto.

El Accionista C está considerando retirarse del accionariado de la Empresa X. Para ello, analiza la posibilidad de transferir las acciones de su propiedad a favor del Accionista B.

¿La transacción propuesta califica como una operación de concentración empresarial en los términos descritos por la Ley 31112?

La salida del Accionista C del accionariado de la Empresa X (mediante la transferencia de las acciones de su propiedad a favor del Accionista B) originará que la Empresa X cuente únicamente con dos accionistas, ambos titulares del 50% de las acciones emitidas por esta compañía. Es decir, la Empresa X pasará de ser controlada de forma exclusiva por el Accionista A ser controlada de forma conjunta por el Accionista A y el Accionista B. Por ello, la transacción será considerada una operación de concentración empresarial y la Comisión podría ser competente para conocerla.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante indicar que los cambios en el porcentaje de las participaciones accionarias de los agentes económicos titulares del control, sin que se produzcan cambios en las facultades que emanan de dicha participación ni en la composición de la estructura de control de la empresa controlada, podrían no constituir un cambio en la naturaleza del control y por lo tanto no ser considerados como operación de concentración empresarial.

Finalmente, cabe destacar que, con respecto al caso específico en el cual un accionista que previamente ostenta el control conjunto de una empresa se convierte en el único controlador, el numeral b) del numeral 10.1 del artículo 10 del Reglamento de la Ley 31112 ha previsto que en aquellas operaciones que únicamente involucran un cambio de control conjunto a exclusivo, los agentes económicos que participan en la operación pueden presentar una solicitud simplificada de autorización de la operación de concentración empresarial³⁶.

³⁶ **Reglamento de la Ley 31112 aprobado mediante Decreto Supremo 039- 2021-PCM**
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 cumpla alguno de los siguientes supuestos:
(...) 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.

Esta excepción ha sido incorporada debido a que si bien este tipo de operaciones, en determinadas circunstancias, puede afectar la interacción competitiva y los incentivos de los agentes intervinientes en los mercados involucrados, generalmente no representa una gran dificultad para la autoridad de competencia en su respectivo análisis.

Caso hipotético 12:

Supongamos que la transacción del caso hipotético 11 ha ocurrido, por lo que el capital social de la Empresa X quedó distribuido de la siguiente manera:

- El Accionista A, titular del 50% de las acciones emitidas con derecho a voto.
- El Accionista B, titular del 50% de las acciones emitidas con derecho a voto.

Es decir, la Empresa X es controlada de forma conjunta por el Accionista A y el Accionista B.

El Accionista A está considerando retirarse del accionariado de la Empresa X, mediante la transferencia del íntegro de sus acciones a favor del Accionista B.

¿La transacción propuesta califica como una operación de concentración empresarial en los términos descritos por la Ley 31112?

En este caso, la transferencia de las acciones generará que el Accionista B -que previamente ostentaba el control conjunto de la Empresa X- se convierta en el único controlador de esta sociedad. Esta transacción será considerada una operación de concentración empresarial y la Comisión podría ser competente para conocerla.

1.3. Actos que no constituyen operaciones de concentración empresarial

Conforme a lo señalado en la sección 1.1. del presente documento, la Ley 31112 ha establecido los siguientes tres (3) elementos que caracterizan a las operaciones de concentración empresarial: (i) que supongan la transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella; (ii) que involucren a agentes económicos independientes; y, (iii) que produzcan un cambio en la estructura del mercado peruano. La ausencia de uno de ellos implicará que la operación no sea calificada como una concentración empresarial a efectos de la Ley.

En ese sentido, el numeral 5.2 del artículo 5 de la Ley 31112 establece un listado de actos u operaciones que no serán consideradas como operaciones de concentración empresarial justamente porque carecen de uno o más de los elementos mencionados.

En los siguientes acápite desarrollaremos brevemente cada uno de los actos u operaciones contemplados en este listado, respecto de los cuales los agentes económicos que participan en ellos no tienen la obligación de notificarlos al Indecopi para su aprobación.

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

De acuerdo con lo señalado en la sección 1.1. del presente documento, para que una operación sea considerada una concentración empresarial, esta debe implicar una

transferencia o cambio de control de una empresa, que involucre a agentes económicos independientes. Esto, quiere decir que dichos agentes tengan la capacidad de tomar decisiones por su propia cuenta y riesgo, lo cual implica naturalmente que estos no formen parte del mismo grupo económico.

En ese sentido, los agentes económicos que forman parte de un mismo grupo económico serán considerados a efectos de la Ley 31112 como una única unidad (tanto para el cálculo de umbrales, como para determinar si la operación califica como una concentración empresarial). En ese sentido, una operación llevada a cabo entre agentes económicos que forman parte de un mismo grupo económico no generaría un cambio de control independiente y, en tanto la operación no supondría una modificación en la estructura del mercado, no sería analizada por la Comisión.

1.3.2. 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.

En línea con lo señalado en el numeral 3.1 del presente documento, un acto u operación que suponga un crecimiento corporativo interno no podrá ser considerado como un supuesto de concentración empresarial, toda vez que la operación no habría sido llevada a cabo por dos agentes independientes.

Un ejemplo de lo anterior se presenta cuando nos encontramos ante el aumento de capital a ser aprobado por una compañía siendo que todos los accionistas participan de tal acuerdo -en proporción a su participación en el capital social- en virtud del ejercicio del derecho de suscripción preferente que les confiere la LGS. Es decir, a pesar de que la compañía habría registrado un crecimiento corporativo producto del incremento de su capital social, no se habría producido un cambio de control ya que el porcentaje de participación de los accionistas en el capital de dicha sociedad no ha sido modificado.

1.3.3. 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.

Conforme a lo señalado en la sección 1.1 del presente documento, es indispensable que una operación despliegue sus efectos en el mercado peruano para que califique como un supuesto de concentración empresarial conforme a la Ley 31112.

En efecto, la operación deberá afectar directamente a la libre competencia en territorio nacional para que el Indecopi tenga jurisdicción sobre ella. Por ese motivo, el crecimiento corporativo de un agente económico (como consecuencia de cualquier operación interna o actos con agentes independientes) no será considerado como una operación que deba ser notificada a la Comisión si esta no puede producir efectos en el Perú.

1.3.4. 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.

En el presente supuesto nos encontramos ante determinadas situaciones que expresamente han sido establecidas por el legislador como excepciones a la Ley 31112

ya que, debido a su naturaleza temporal, no generarían una modificación a la estructura del mercado. Estas son las siguientes: (i) caducidad o denuncia de una concesión; (ii) reestructuración patrimonial; (iii) insolvencia; (iv) convenio de acreedores, u; (v) otro procedimiento análogo.

1.3.5. 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.

Igual que en el caso anterior, nos encontramos ante una operación en virtud de la cual se ha realizado una transferencia o cambio de control entre agentes independientes por un determinado periodo de tiempo.

Como hemos señalado, la Ley 31112 no establece un criterio de durabilidad de la operación como requisito para que sea considerada como una concentración empresarial³⁷. En ese sentido, no es relevante el tiempo previsto para una operación, esta podrá tener una duración indefinida como limitada a un determinado periodo de tiempo; lo importante será identificar si la operación modifica la estructura del mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador precisó algunos supuestos en los que se evidenciaría la falta de interés por parte de un agente económico de ejercer el control que eventualmente podría haber adquirido sobre otro agente económico y, en consecuencia, no generaría una modificación a la estructura del mercado. Estas operaciones exceptuadas por la Ley 31112 implica los siguientes supuestos de hecho:

- (i) La transacción supone la transferencia temporal de acciones o participaciones.
- (ii) El adquirente es una entidad de crédito u otra entidad financiera, de seguros o del mercado de capitales cuya actividad consista principalmente en la negociación y transacción de los títulos que otorgan el control.
- (iii) La finalidad de la adquisición de las acciones es revenderlas sin ejercer los derechos de voto inherentes a las acciones o participaciones.

De esta manera, es importante que las entidades antes señaladas no ejerzan los derechos de voto correspondientes a las acciones o participaciones que temporalmente posean. Nos encontraremos en un supuesto en el que, si bien se ha transferido el instrumento que otorga control, no se permite ejercerlo efectivamente.

³⁷ A modo referencial, se puede revisar los periodos establecidos por Chile y Unión Europea para determinar el carácter temporal de este tipo de transacciones.

Al respecto, ver: Comisión Europea. Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC0416%2808%29>

Fiscalía Nacional Económica. Guía de Competencia, 2017. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf>

II. SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

2.1. Factores para considerar en la revisión de operaciones de concentración empresarial

De acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 31112, una vez admitida una solicitud de autorización de una operación de concentración empresarial e iniciada la Fase I del procedimiento de control previo, la Comisión deberá evaluar los efectos que puede generar dicha operación con la finalidad de identificar si se produce una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados.

Como consecuencia de dicho análisis, al finalizar la Fase I, la Comisión podrá autorizar la operación de concentración empresarial si considera que esta no produciría una restricción significativa en el mercado. Sin embargo, en caso la Comisión determine 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 declarará mediante resolución, comunicando a los interesados cuáles son los riesgos que la autoridad ha identificado, así como el fin de la Fase I e inicio de la Fase II del procedimiento de control previo.

Durante la referida Fase II, la Comisión analizará los posibles efectos restrictivos, así como las posibles eficiencias de la operación; y como consecuencia de dicho análisis podrá tomar la decisión de: (i) autorizar la operación; (ii) autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos restrictivos identificados; o, (iii) no autorizar la operación de concentración empresarial.

Para realizar dicho análisis, la Comisión tomará en consideración, entre otros, los siguientes factores previstos en el artículo 7.2 de la Ley 31112:

- (i) la estructura de los mercados involucrados en cuestión;
- (ii) la competencia real o potencial de los agentes económicos;
- (iii) la evolución de las tendencias de la oferta y la demanda de los bienes y servicios relevantes;
- (iv) las fuentes de distribución y comercialización, incluidas las alternativas disponibles para proveedores y usuarios, y su acceso a suministros o mercados;
- (v) cualquier barrera legal o de otro tipo para acceder al mercado;
- (vi) el poder económico y financiero de las entidades económicas involucradas;
- (vii) la creación o el fortalecimiento de una posición dominante; y,
- (viii) la generación de eficiencias económicas.

Esta lista no es taxativa y, por lo tanto, la Comisión podrá incorporar otros factores en su evaluación dependiendo de la operación en cuestión y la etapa del procedimiento de control previo.

En base a estos elementos, la Comisión analizará si la operación de concentración empresarial puede reducir significativamente las condiciones de competencia en los mercados involucrados. Para ello, proyectará un escenario “contrafactual”, mediante el cual se comparará la situación competitiva que existiría con la existencia de la operación con la situación competitiva en ausencia de la operación.

2.2. Definición de mercados involucrados

En el numeral 9.2 del artículo 9 del Reglamento de la Ley 31112 se ha definido a los “mercados involucrados” como aquellos 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 esencial para identificar las relaciones horizontales, verticales o por conglomerado generadas por la operación y sus posibles riesgos a la competencia en el territorio peruano³⁸.

Al respecto, es importante tomar en cuenta que la determinación de los mercados involucrados se realizará considerando las particularidades de cada operación. En ese sentido, para facilitar la revisión de la operación, en algunos casos en los que se identifique que esta no generará riesgos a la competencia (incluso desde una perspectiva conservadora), la Comisión podrá realizar una definición aproximada del mercado. En este caso, el mercado será definido como aquel donde ocurra un traslape entre los agentes que intervienen en la operación o donde los agentes posean la mayor cuota de mercado.

Sin embargo, en otros casos que enfrenten un mayor nivel de dificultad en el análisis de riesgos a la competencia de las operaciones de concentración, se optará por realizar una definición de mercado exhaustiva, que permita tener precisión sobre los límites del mercado en el cuál la operación de concentración pueda provocar afectaciones a la competencia efectiva, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

En la presente sección se desarrollarán los factores más importantes que tomará en cuenta la Comisión para identificar a los mercados involucrados en una operación.

2.2.1. Sustituibilidad de la demanda: Definición de mercado de producto y mercado geográfico

Para definir a los “mercados involucrados”, el factor más importante será determinar la sustituibilidad de la demanda; esto es, diferenciar aquellos productos o servicios que compiten entre sí, de aquellos que no. Para ello será necesario identificar dos (2) elementos que responden a las siguientes preguntas: (i) mercado de producto o servicio: ¿qué productos/servicios compiten entre sí?; y, (ii) mercado geográfico: ¿dónde compiten dichos productos/servicios? Es en base a estos mercados que la Comisión evaluará si la operación tiene la potencialidad de producir una restricción significativa en la competencia³⁹.

Para definir estos mercados, el mecanismo que es empleado frecuentemente por las agencias de competencia a nivel internacional es la prueba del monopolista hipotético, o también llamada prueba SSNIP, por sus siglas en inglés.⁴⁰

³⁸ **Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial**
Artículo 9. Requisitos de la solicitud de autorización previa de operaciones de concentración empresarial
(...) 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.

³⁹ Al respecto, ver numerales 7.1 y 7.2 del artículo 7 y el numeral 21.1 del artículo 21 de la Ley 31112; así como el punto (vi) del literal (b) del numeral 9.1 y el numeral 9.2 del artículo 9 del Reglamento de la Ley 31112.

⁴⁰ SSNIP son las siglas de la expresión “*small but significant and non-transitory increase in price*” que refiere a un supuesto del mencionado test que asume un incremento de precios pequeño, significativo y no transitorio.

Esta prueba consiste en crear un escenario hipotético en el cual una única empresa controla la totalidad de un bien determinado (monopolista) y simular un aumento de precio pequeño, pero significativo y no transitorio. Si los consumidores reaccionan a esta hipotética subida de precios y migran a otros bienes alternativos, entonces dichos bienes alternativos deberán ser incluidos como parte del mercado. Así, se repite la prueba hasta que no haya una sustitución significativa⁴¹.

En ese sentido, la prueba SSNIP se utilizará como el marco teórico para evaluar los sustitutos adecuados del grupo de productos o servicios y de las áreas geográficas bajo análisis dentro del marco de la determinación del mercado de producto o servicio y mercado geográfico relevante, respectivamente.

2.2.1.1. Mercado de producto⁴²

El mercado de producto es el conjunto más acotado de bienes o servicios que, desde el punto de vista del consumidor⁴³, son sustituibles por sus características, precios o usos. Es decir, bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares.

En ese sentido, para identificar al mercado de producto, será necesario aplicar la prueba del monopolista hipotético para determinar qué bienes o servicios son considerados como sustitutos de los bienes o servicios ofrecidos por las partes que se concentran. Para ello, la Comisión realizará la prueba del monopolista hipotético, pudiendo tomar en consideración la siguiente información:

- (i) Las características, aplicaciones y usos del bien o servicio: Pueden servir como punto de partida o una primera aproximación para delimitar el campo de investigación a un grupo de bienes o servicios con características, aplicaciones y usos similares.

No obstante, puede existir consideraciones adicionales que los consumidores tomen en cuenta en sus decisiones de consumo, así como también puede existir bienes o servicios con características particulares que jueguen un rol importante en las decisiones de los consumidores que los hagan ser parte del mismo mercado.

- (ii) Estudios de mercados y preferencias de los consumidores: Pueden servir para identificar cuáles son los bienes o servicios alternativos que los consumidores consideran como sustitutos cercanos a un bien o servicio determinado, a los cuales recurrirían ante un cambio en precios.
- (iii) Precios: La diferencia de los niveles de precios y los movimientos de los precios de diferentes productos o servicios, medidos mediante las pruebas de correlación, pueden brindar indicios sobre la pertenencia o no de dos (2) productos o servicios al mercado de producto.

⁴¹ En la prueba del monopolista hipotético el ejercicio teórico de elevar el precio tiene como punto de partida niveles competitivos de precios. Si el análisis parte de niveles de precios no competitivos, niveles de precios que son consecuencia del ejercicio de poder de mercado debido a que no se cuenta con sustitutos adecuados, el ejercicio teórico de elevar el precio no brindaría información sobre la existencia de sustitutos adecuados. Este hecho es conocido como *la falacia del celofán*.

⁴² El término producto hace referencia tanto a producto como a servicio.

⁴³ El término consumidores hace referencia tanto a clientes finales, que adquiere el producto para su consumo final, como a clientes intermedios, que adquieren el producto como un insumo.

- (iv) Evidencia de sustitución en eventos pasados: Los shocks, como los cambios en los precios relativos o lanzamiento de productos o servicios (en particular, los ocurridos de manera no esperada), permiten identificar la sustitución entre dos o más productos o servicios.
- (v) Opiniones de clientes, proveedores o competidores: Se podrá contactar y obtener información de los principales clientes, proveedores o competidores de los agentes económicos involucrados en la operación de concentración empresarial, para recabar su perspectiva sobre las características y alcance del mercado. Al respecto, se tomará en consideración si los competidores tienen intereses sobre la decisión de la autoridad.
- (vi) Costos de cambio: Incluye todo tipo de costos en los que incurre un consumidor asociado para cambiar un producto o servicio por otro sustituto. En aquellos casos donde estos costos sean altos, es menos probable que los productos o servicios sean sustitutos.
- (vii) Requisitos legales o reglamentarios.
- (viii) Documentos relevantes de la jurisprudencia nacional e internacional.

Cabe señalar que esta lista no es taxativa. A fin de determinar adecuadamente el alcance del mercado de producto, la Comisión podrá tomar en cuenta estos elementos o cualquier otro, dependiendo de las características particulares de los mercados en el caso en concreto.

De manera referencial, a continuación, se cita el análisis de algunos casos vistos por la Comisión para determinar el mercado de producto en el marco de procedimientos seguidos bajo la Ley Represión de Conductas Anticompetitivas.⁴⁴

⁴⁴ Estos ejemplos deben ser tomados a modo referencial, toda vez que fueron determinados en aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, cuya definición de producto parte de la conducta investigada.

Cuadro 1

Mercado de energía eléctrica

En el caso seguido bajo el Expediente 002-2020/CLC, para definir el mercado de producto, la Comisión analizó los posibles sustitutos al suministro de energía eléctrica para usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 Kw a 2 500 Kw.

Al respecto, se consideró como posible fuente de energía alternativa al gas natural; sin embargo, la necesidad de realizar inversiones en conexiones y en artefactos compatibles para el uso de esta fuente de energía implicaba altos costos de cambio, por lo que realmente no fue considerado como un sustituto idóneo para los usuarios.

En consecuencia, la Comisión definió al mercado producto como suministro de energía eléctrica para usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 Kw a 2 500 Kw.

Mercado de cemento

En el Expediente 003-2008/CLC, la Comisión definió el mercado de producto a partir de la inclusión de todos los cementos que se comercializan a nivel nacional, a saber, Portland gris Tipo I, II, V y Portland gris adicionados Tipo IP, IPM, MS, ICo.

A partir de ello, se analizó las características y usos de los diversos tipos de cemento, identificando que, los cementos del Tipo II y V (utilizados para construcciones de obras portuarias, hidráulicas y marítimas), presentan distintas características del resto de tipos de cemento, por lo que no pueden ser considerados como productos sustitutos que forman parte del mismo mercado.

Luego, se evaluó los niveles de precios del resto de cementos, y el análisis evidenció que no existía una diferencia importante entre ellos.

De esta manera, la Comisión determinó que el mercado producto estaría definido por el cemento Portland gris Tipo I, IP, IPM, MS y ICo, excluyendo solo al cemento Tipo II y V.

Mercado de cerveza

En el caso analizado bajo el Expediente 001-2004/CLC, la Comisión evaluó preliminarmente como posibles sustitutos del producto cerveza, al resto de bebidas alcohólicas, tales como, pisco, vino, entre otras.

En su análisis, la Comisión tomó en consideración una serie de elementos. Por un lado, evaluó el volumen de consumo y determinó que la cerveza es la bebida alcohólica más consumida a nivel nacional. Por otro lado, a través de estudios de mercados (encuesta a consumidores), identificó que la cerveza posee atributos y satisface necesidades particulares que la distinguen del resto de bebidas alcohólicas.

La Comisión requirió además opiniones de proveedores de bebidas alcohólicas distintas a la cerveza, las cuales apuntaron a que el consumo de las bebidas alcohólicas responde a momentos de consumo específicos y que las bebidas como el ron, pisco, whisky, entre otras, tienen un momento de consumo distinto al de la cerveza, por lo que podría desprenderse la inexistencia de sustituibilidad entre la cerveza y el resto de las bebidas alcohólicas.

Finalmente, se tomó en consideración los niveles de precios, los cuales demostraron que la mayoría de las bebidas alcohólicas poseen precios por litro de alcohol significativamente menores que la cerveza y, sin embargo, no son consumidos afectando las ventas de ésta.

De esta manera, la Comisión definió el mercado producto como el mercado de producción y distribución mayorista únicamente de cerveza.

2.2.1.2. Mercado geográfico

El mercado geográfico se define en función de las áreas geográficas en donde se encuentran ubicadas las distintas fuentes de abastecimiento del producto o servicio relevante. Así, el mercado geográfico será aquel que tiene condiciones de competencia homogéneas y que, a su vez, se diferencia significativamente de las condiciones de competencia de otras áreas colindantes.

En ese sentido, para identificar al mercado geográfico, se realizará la prueba del monopolista hipotético a fin de determinar el área más reducida donde se encuentren los productos ofrecidos por las partes o sus sustitutos y el monopolista hipotético pueda realizar un incremento pequeño en el precio, pero significativo y no transitorio de manera rentable. Para ello, la Comisión podrá tomar en consideración la siguiente información:

- (i) Características de los productos o servicios que determinan sus usos e influyen en el traslado del producto: En el caso de productos, estas pueden ser, por ejemplo, la forma, el peso, el tamaño, entre otras propias del producto en específico.
- (ii) Costos en los que incurren los consumidores cuando cambian a productos o servicios ofrecidos en otras áreas geográficas: Estos costos pueden incluir, por ejemplo, los costos de dinero y tiempo involucrados en el transporte del producto desde distintas zonas⁴⁵; la disponibilidad de redes de distribución; entre otros.
- (iii) Precios: La diferencia de los niveles de precios y los movimientos de los precios de los productos o servicios en diferentes áreas geográficas, medidos a través de las pruebas de correlación, pueden brindar indicios sobre la pertenencia o no de dos productos o dos servicios a un mismo mercado.
- (iv) Área de influencia: Es el área desde la cual se puede acceder a un punto de venta en un determinado tiempo de desplazamiento.
- (v) Limitantes de las fuentes de suministros alternativas, ubicadas en otras áreas para ofrecer los productos o servicios en el área evaluada: Estos limitantes pueden generar costos de ampliar o cambiar los sistemas de producción y distribución para abastecer a los clientes en regiones alternativas, lo cual tiene un impacto en el precio de los productos o servicios.
- (vi) Importaciones: Los productos importados pueden ser una alternativa aceptable para los consumidores, si las importaciones se pueden dar a una escala y rapidez suficiente.
- (vii) Publicidad y/o estrategias de marketing destinadas a áreas específicas, podrían indicar mercados geográficos separados.
- (viii) Opiniones de clientes, proveedores o competidores: Se podrá contactar y obtener información de los principales clientes, proveedores o competidores de los agentes económicos involucrados en la operación de concentración empresarial,

⁴⁵ Es importante precisar que el costo absoluto de transporte no provee una indicación clara de las posibilidades de sustitución entre áreas. La decisión de sustituir (comprar o enviar producto de/hacia áreas más lejanas) es influenciada por el valor del costo de transporte relativo al valor del producto. En tal sentido, un mercado geográfico amplio existirá cuando el valor relativo de los costos de transporte es bajo.

para recabar su perspectiva sobre las preferencias de los consumidores entre áreas geográficas.

- (ix) Evidencia histórica y actual de aparición de flujos comerciales: Los shocks, como por ejemplo los cambios en los precios relativos o lanzamiento de productos o servicios (en particular, los ocurridos de manera no esperada) permiten identificar ejemplos reales de abastecimiento de fuentes alternativas; o variaciones en la oferta como la expansión de locales o fuentes de producción cercanas a los consumidores del área evaluada.

De la misma forma que en el caso del mercado de producto, esta lista no es taxativa. A fin de determinar adecuadamente el alcance del mercado geográfico, la Comisión podrá tomar en cuenta estos elementos entre otros (dependiendo de las características particulares de los mercados en el caso en concreto).

De manera referencial, a continuación, se cita el análisis de algunos casos vistos por la Comisión para determinar el mercado de producto en el marco de procedimientos seguidos bajo la Ley Represión de Conductas Anticompetitivas⁴⁶:

⁴⁶ Estos ejemplos deben ser tomados a modo referencial, toda vez que fueron determinados en aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, cuya definición del mercado geográfico relevante parte de la conducta investigada.

Cuadro 2

Mercado de energía eléctrica

En el caso seguido bajo el Expediente 002-2020/CLC, la Comisión definió el ámbito geográfico del mercado tomando en consideración el marco regulatorio del sector eléctrico, el cual establecía que la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica debía desarrollarse por una sola empresa de manera exclusiva en su área de concesión, y que los únicos suministradores de energía eléctrica para los usuarios regulados son las empresas de distribución.

En tal sentido, los usuarios regulados ubicados en el área de concesión de una empresa de distribución solo podrían contratar el suministro de energía eléctrica en dicha área y con la empresa distribuidora que tiene la concesión.

Por consiguiente, en el caso en concreto, se determinó que el mercado geográfico relevante sería el área de concesión de 1 661 km², en el departamento de Arequipa.

Mercado de cemento

En el Expediente 003-2008/CLC, la Comisión evaluó el mercado geográfico considerando una serie de factores, tales como: (i) los ratios de importación-venta y exportación-venta, los cuales presentaron valores poco significativos; (ii) los costos de transporte por importación de cemento fueron significativos; (iii) la ubicación de las plantas cementeras, a través de la cual se determina zonas de influencia en donde venden sus productos; y, (iv) los costos de transporte que explican porque la venta de cemento se acota a zonas cercanas (vecinas) a la ubicación de las plantas cementeras.

En base a ello, la Comisión determinó que el mercado geográfico relevante se encontraba constituido por las regiones de Lima, Ica, Ayacucho, Ancash, Huancavelica, Huánuco, Pasco y Junín.

Mercado de cerveza

En el caso analizado bajo el Expediente 001-2004/CLC, la Comisión consideró en su análisis los siguientes factores: (i) el ámbito geográfico de operaciones de la empresa investigada restringido al ámbito nacional; (ii) el escaso volumen de importaciones de cerveza; (iii) la inexistencia de alternativas a la provisión de cerveza de la empresa investigada; (iv) la escala nacional de la presunta afectación a la competencia por parte de los acuerdos verticales de venta exclusiva investigados; (v) la escala prevista por la empresa competidora para el desarrollo de sus operaciones; y, (vi) la existencia de condiciones de competencia distintas entre el Perú y los países limítrofes.

En base a ello, la Comisión determinó que el mercado geográfico relevante se restringiría al territorio peruano.

2.2.2. Sustituibilidad de la oferta

Si bien la definición del mercado involucrado privilegia el punto de vista de la sustituibilidad por el lado de la demanda, dependiendo del caso de análisis en concreto también puede resultar relevante analizar los criterios de la aplicación de la sustituibilidad por el lado de la oferta⁴⁷.

⁴⁷ Un ejemplo de industria en donde es posible la sustituibilidad de la oferta es el papel, que tiene diferentes calidades, desde el papel que se utiliza para escribir anotaciones hasta el papel de alta calidad utilizado en la impresión de libros, catálogos, entre otros. Desde el punto de vista de la demanda, cada tipo de papel tiene un uso específico y no son sustitutos. Pero desde el punto de vista de la oferta, las empresas productoras pueden ajustar sus costos y sus procesos productivos de tal manera que les sea posible producir una u otra calidad de papel en un corto plazo sin

El análisis de sustituibilidad de la oferta evalúa en qué medida y con qué rapidez, ante el aumento de precio de un producto o servicio en un mercado determinado, los agentes económicos competidores empezarían a abastecerlo ajustando sus costos y procesos productivos. Este enfoque será empleado en tanto existan potenciales oferentes que puedan proveer de productos o servicios en el mercado para lo cual deberán contar con la capacidad que les permita operar en un tiempo breve, sin incurrir en costos de entrada significativos.

Al igual que en el análisis de sustituibilidad de la demanda, se requiere evidencia sobre la posible sustitución por parte de los proveedores para establecer si es probable que ocurra un cambio del lado de la oferta. Para determinar en qué medida es probable este tipo de sustitución, algunos factores relevantes incluyen, entre otros:

- (i) En qué medida es técnicamente factible para los agentes económicos: (a) obtener nuevos activos tangibles o intangibles; y/o (b) cambiar o acondicionar los activos existentes para ingresar en la producción y venta en el mercado relevante.
- (ii) La disposición de los clientes para cambiar su decisión de consumo del producto o servicio de un agente económico al producto o servicio de otro agente económico competidor.
- (iii) El tiempo que le tomaría al agente económico empezar a comercializar el bien o servicio. Es este periodo de tiempo se deberá considerar también el cumplimiento de los requisitos legales aplicables, tales como permisos, licencias, entre otros.
- (iv) Los costos en los que incurriría el agente económico empezar la comercialización del bien o servicio.

La Comisión podrá tomar en cuenta estos elementos, entre otros dependiendo de las características particulares de los mercados en el caso en concreto.

2.2.3. Mercados de múltiples lados

Los mercados de dos o más lados consisten en plataformas en la que interactúan dos (2) o más grupos de agentes que se benefician mutuamente de la existencia del otro.

Estos mercados se caracterizan por la presencia de los denominados “efectos de red”, los cuales consisten en que el valor del producto para los clientes en un lado de la demanda depende del volumen de usuarios, ya sea en el mismo lado (efectos de red directos) o del otro lado de la demanda (efectos de red indirectos).

El desafío de la definición del mercado involucrado en estos casos es que, al estar caracterizado por tener distintos lados de interacción, es posible identificar no solo uno, sino varios mercados que confluyan en la misma plataforma. En ese sentido, para definir el mercado involucrado en este escenario, la Comisión tomará en cuenta los siguientes factores no taxativos:

- (i) El funcionamiento de la competencia: Se determina si la competencia involucra aspectos que afectan a ambos lados de la plataforma o solo a uno de los lados.

incrementar significativamente los costos. Y si además no existen dificultades en la distribución y comercialización de papel, la autoridad de competencia puede incluir en un único mercado a ambas calidades.

- (ii) Las condiciones de competencia: Se determina si las condiciones competitivas son similares o diferentes en ambos lados.
- (iii) El efecto de redes: Si el valor del producto para los clientes en un lado de la demanda depende mayoritariamente del volumen de usuarios del otro lado de la demanda (efectos de red indirectos), es más probable que sea adecuado evaluar un único mercado.

Asimismo, en la definición del mercado involucrado en mercados de varios lados, se prestará siempre la debida consideración a los elementos cualitativos y a las particularidades que los caractericen, en cada caso específico.

2.2.3.1. Mercados o plataformas digitales

Los mercados digitales son caracterizados por ser mercados de múltiples lados. En estos habitan diferentes tipos de plataformas multilaterales que presentan efectos de red – directos e indirectos –, que a menudo ofrecen servicios a precio monetario cero y donde existen grandes ecosistemas digitales.

La competencia dinámica en este entorno significa que hay una innovación rápida y continua de productos y servicios – cada vez más complejos –, así como de modelos de negocio. Además de difuminar los límites entre los mercados, estas características han hecho que las herramientas cuantitativas – usualmente utilizadas para la definición del mercado – sean poco útiles por lo que la definición de mercado de producto resulta cada vez más difícil.

Uno de los principales desafíos que plantean los mercados digitales de múltiples lados es determinar cuántos mercados relevantes deben definirse. Ello, por cuanto delineaciones erróneas pueden impedir considerar las interdependencias entre los mercados atendidos por estas plataformas.

2.2.4. Mercado primarios y secundarios

Los productos secundarios son aquellos que están en conexión con el uso de los productos primarios adquiridos. En estos casos, los consumidores requieren adquirir los productos secundarios para utilizar los productos primarios; es decir hay una relación de dependencia (*lock-in*) entre los productos primarios y los secundarios.

Los productos primarios y secundarios pueden formar parte de un mismo mercado o de mercados distintos dependiendo de factores tales como la importancia de las características (por ejemplo, el precio) del producto primario y del producto secundario para los consumidores, las alternativas de reemplazo al producto secundario tomando en cuenta las restricciones de compatibilidad, entre otros.

Algunos ejemplos pueden ser el mercado de impresoras, en el cual el mercado primario es la venta de impresoras, y el mercado secundario es la venta de los cartucho de tinta para imprimir; el mercado de automóviles, en el cual el mercado primario es la venta de automóviles, y el mercado secundario es la venta de las piezas necesarias para reparaciones; o, el mercado de comercialización de computadoras, en el cual el mercado primario es la venta de computadoras y el mercado secundario es la venta de los softwares necesarios para su funcionamiento.

2.2.5. Mercados de paquetes de productos (*clúster*)

Los paquetes de productos o también llamados *clúster* son un grupo de productos ofertados y demandados de manera conjunta debido a la complementariedad entre los componentes individuales de un paquete que surgen cuando las economías de alcance en la producción conducen a menores costos de transacción para el consumidor. Este efecto puede verse reforzado cuando la provisión conjunta de determinados productos da lugar a economías de alcance y escala en el lado de la oferta.

Adicionalmente, las características de los productos como la compatibilidad, o las preferencias de los consumidores en cuanto a la calidad o marca de los productos, también son razones que justifican la adquisición de paquetes de productos.

Los productos podrán formar parte de un mismo mercado o de distintos mercados, dependiendo de las semejanzas y diferencias que existan en las condiciones de competencia entre dichos productos.

Así, a modo de ejemplo, en el mercado de servicios portuarios existen actividades que, perteneciendo a una misma cadena logística, tienen la característica de ser provistos por un mismo oferente y comprender servicios que son altamente complementarios, por lo que son demandados de manera conjunta. Por ejemplo, las líneas navieras que movilizan carga sólida a granel⁴⁸ demandan el Servicio Estándar a la Nave, el cual consiste en el uso del amarradero del muelle. Adicionalmente, dependiendo de la naturaleza de la carga, también podrían demandar el Servicio de Movilización de Escotillas o Movilización de tapas de bodega, los cuales son necesarios para el inicio de las operaciones de descarga o embarque de la mercancía, siendo ambos servicios brindados por el operador portuario⁴⁹.

2.2.6. Mercados asimétricos

En ciertos mercados, las posibilidades de sustitución de productos son asimétricas; es decir, la sustitución de un producto por otro no necesariamente se da en ambas direcciones sino solo en una dirección. Por ejemplo, este es el caso de los compradores de automóviles de lujo, quienes pueden sustituirlos por automóviles de marcas "estándar" en respuesta a un aumento en el precio de los automóviles de lujo, pero lo contrario puede no ser el caso.

Adicionalmente, la sustitución entre oferentes también puede ser asimétrica cuando, por ejemplo, un grupo de proveedores tienen las mismas instalaciones de producción que otro grupo de proveedores, pero también tiene instalaciones adicionales para suministrar un bien o servicio ligeramente diferente. Este podría ser el caso de los proveedores de servicios de viajes programados, quienes podrían redistribuir sus instalaciones para proporcionar servicios de viajes chárter, pero los proveedores de servicios de viajes chárter podrían enfrentarse a inversiones importantes u obstáculos para proporcionar servicios de viajes programados (como la construcción de instalaciones en terminales aéreas).

⁴⁸ Este tipo de carga se caracteriza por ser transportada grandes cantidades y sin embalar. En su mayoría se trata de productos como granos, cereales, cemento, azúcar, entre otros.

⁴⁹ Para mayor abundamiento, ver Informe Técnico 012-2013/ST-CLC-INDECOPI, Informe Técnico 021-2014/ST-CLC-INDECOPI, Informe Técnico 043-2014/ST-CLC-INDECOPI, Informe 061-2015/ST-CLC-INDECOPI, Informe 016-2016/ST-CLC-INDECOPI, Informe Técnico 011-2019/ST-CLC-INDECOPI, Informe Técnico 016-2020/ST-CLC-INDECOPI, entre otros.

Dichas características serán consideradas por la Comisión cuando evalúe el mercado involucrado.

2.2.7. Discriminación de precios

Una discriminación de precios⁵⁰ ocurre cuando un agente económico identifica grupos de consumidores en distintas áreas con mayor disposición a pagar más por un producto, por lo que puede satisfactoriamente incrementar sus precios sin que estos cambien de producto o área geográfica.

En aquellos casos en los que la discriminación de precios sea factible, puede ser apropiado definir los mercados relevantes con referencia a las características de los consumidores que compran el producto o a las ubicaciones particulares de los compradores objetivo.

2.2.8. Informalidad

La oferta informal de productos se genera por la existencia de consumidores que están dispuestos a adquirir productos de proveedores informales por un menor precio, en lugar de adquirirlos de los proveedores formales. La diferencia de precios existe porque la oferta informal enfrenta menores costos para operar en el mercado y, en países como el Perú donde existen muchos mercados en los que se ofrecen productos de manera informal, estos proveedores informales pueden generar una presión competitiva a los proveedores formales.

Es importante tener en cuenta que muchos proveedores informales pueden no ser un sustituto perfecto de la oferta formal debido a que no tienen economías de escala porque son empresas pequeñas (para evitar ser detectadas y castigadas), o porque el producto o servicio provisto por las empresas informales no es sustituto del producto o servicio analizado ya sea en términos de calidad, riesgos que debe asumir el consumidor por ser productos falsos o ilegales, entre otros. El análisis del factor de informalidad para definir el mercado relevante se determinará en la revisión de cada caso en particular.

2.3. Efectos de las operaciones de concentraciones empresariales: Cuota de mercado e índices de concentración

Como parte de la evaluación de los efectos de una operación de concentración sobre la competencia, de manera preliminar, se analizan las cuotas de participación de mercado e índices de concentración que brindan indicios del posible riesgo de afectación que dicha operación genera en la competencia. Es importante mencionar que tales indicios, al ser preliminares, no reflejan un análisis completo de los efectos de la operación de concentración en la competencia.

2.3.1. Cuotas o participaciones de mercado

Las cuotas o participaciones de los agentes económicos participantes en el mercado pueden ser un indicador del grado potencial de su poder de mercado. Para su cálculo, será necesario contar con información que responda a la estructura de mercado de cada caso específico.

⁵⁰ La capacidad de los proveedores para discriminar precios entre clases de consumidores dependerá de su capacidad para: (i) distinguir entre aquellos consumidores que tienen la opción de sustitución y aquellos que carecen de esa opción; y/o (ii) evitar la reventa o el arbitraje o reventa (consumo de manera indirecta a otros consumidores) entre las clases de consumidores o zonas.

Al respecto, se evaluarán las cuotas de mercado actuales y/o potenciales, es decir, antes y después de la operación de concentración. Para ello, se valora información de los agentes involucrados en la operación, así como información sobre la posible entrada, salida o expansión de los actores más importantes en el mercado involucrado entre otro tipo de información disponible; y, de acuerdo con el caso específico en análisis, se determina la mejor forma de aproximar su medición.

Para el cálculo de las cuotas de mercado posteriores a la operación de concentración se considerará la cuota combinada de las partes después de la operación. Principalmente, se considerará que las cuotas de mercado se aproximan a través del valor de venta de las empresas participantes⁵¹. Sin embargo, esto responderá a las características e información disponible de cada caso en análisis, pudiéndose emplear otros indicadores como el volumen de venta⁵², la capacidad instalada, las reservas ⁵³, entre otros, cuando así se requiera dependiendo del caso en concreto.

2.3.2. Índices de concentración

El nivel de concentración de mercado es un indicador útil para medir los posibles efectos competitivos de una operación de concentración empresarial. Para obtener este resultado, la Comisión se basará principalmente en el índice IHH o índice HHI, por sus siglas en inglés (*Herfindahl-Hirschman Index*)⁵⁴. No obstante, cuando la particularidad del caso lo requiera, será posible hacer uso de otros tipos de medidas tales como ratios de concentración, entre otros.

El índice IHH se calcula sumando las cuotas de mercado de cada una de las empresas concurrentes elevadas al cuadrado⁵⁵. Este índice proporciona una señal inicial de la presión competitiva en el mercado involucrado tras la operación de concentración. Se considera tanto el valor del IHH que se toma después de la operación de concentración como la variación del IHH que se origina como producto de dicha operación, variación que reflejará el cambio en el grado de concentración del mercado. Para su cálculo es ideal incluir a todas las empresas del mercado, sin embargo, la no inclusión de empresas pequeñas debido a la falta de información no impactaría significativamente en la medición.

En el caso de operaciones de concentración horizontal, se presume que mientras mayor sea la participación de un agente concentrado, será más probable que dicha operación genere riesgos a la competencia. En ese sentido, se considera generalmente que las operaciones de concentración horizontales con (i) $1500 < HHI$, (ii) $1500 < HHI < 2500$ y

⁵¹ El cálculo de las participaciones de mercado basado en las ventas actuales puede ser una aproximación adecuada. Sin embargo, utilizar ventas actuales puede no reflejar adecuadamente la estructura de mercado si las ventas son muy variables de un año a otro, donde las ventas promedio de varios años puede brindar una mejor aproximación a la estructura de mercado.

⁵² El volumen (por ejemplo, el número de unidades vendidas o el número de clientes atendidos) puede ser una medida más apropiada cuando los productos son relativamente homogéneos. Sin embargo, el volumen no sería apropiado si los productos son heterogéneos en calidad y tamaño debido a que puede tergiversar su importancia competitiva, siendo más adecuado el utilizar el valor de las ventas.

⁵³ En algunos casos, la capacidad de producción o las reservas de una empresa pueden representar adecuadamente su importancia competitiva, particularmente en mercados de bienes homogéneos.

⁵⁴ Se calcula como la sumatoria de los cuadrados de las cuotas de mercado individuales de las empresas participantes en el mercado relevante. Es particularmente útil cuando las cuotas de mercado son relativamente estables en el tiempo.

⁵⁵ Así, por ejemplo, un mercado en el que concurren cuatro agentes económicos A, B, C y D con cuotas de mercado de 40%, 20%, 20% y 20% respectivamente, tiene un Índice HHI de 2600 ($40^2 + 20^2 + 20^2 + 20^2 = 2800$).

variación de HHI < 200, o (iii) 2500 < HHI y variación de HHI < 100, tendrían menor probabilidad de generar riesgos a la competencia, a menos que se presenten las siguientes circunstancias no taxativas:

- (i) Uno de los agentes involucrados que intervienen la operación de concentración es un competidor potencial.
- (ii) Uno o más agentes involucrados son innovadores importantes o un competidor independiente que ejerce presión competitiva importante (un agente *maverick*), lo que no se refleja en sus cuotas de mercado.
- (iii) Los agentes involucrados son competidores cercanos.
- (iv) Los agentes involucrados tienen vínculos de propiedad (por ejemplo, participaciones minoritarias) o contractuales (por ejemplo, acuerdos de colaboración) que pueden reducir su independencia o autonomía.
- (v) Si hay factores de mercado que favorecen la coordinación o si se han presentado indicios de coordinación en el pasado.
- (vi) Si hay operaciones en Perú o a nivel comparado donde se haya verificado la existencia de riesgos para la competencia por una autoridad.
- (vii) Si hay evidencia u otro indicio de posibles riesgos a la competencia de la operación de concentración.

Si del análisis preliminar anterior no se pueden descartar los riesgos a la competencia de la operación horizontal, esta se analizará de manera más detallada de acuerdo con lo señalado en la siguiente sección.

2.4. Tipos de operaciones de concentración empresarial

Con el objetivo de comprender mejor el análisis que realizará la Comisión, es importante tomar en consideración los tipos de concentraciones y los efectos usualmente analizados por las autoridades de competencia dependiendo del tipo de operación.

Las operaciones de concentración empresarial pueden clasificarse en tres categorías: operaciones horizontales, verticales y por conglomerado. Las agencias de competencia utilizan dicha clasificación al momento de evaluar los efectos restrictivos a la competencia, como se puede observar en diversa jurisprudencia y práctica internacional de reconocidas agencias de competencia como la Dirección General de Competencia de la Unión Europea⁵⁶, la Competition and Markets Authority del Reino Unido (CMA)⁵⁷, la German Federal Cartel Office de Alemania (FCO)⁵⁸, la Comisión Australiana de Competencia y Protección al Consumidor⁵⁹ (ACCC), la Comisión Nacional de los

⁵⁶ Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03). Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 265/07).

⁵⁷ Competition Commission & Office of Fair Trading. Merger Assessment Guidelines. 2010, Section 5.6.

⁵⁸ Bundeskartellamt. Guidance on Substantive Merger Control, 2012, Capítulos C y D.

⁵⁹ Australian Competition and Consumer Commission. Merger Guidelines, (2017), numeral 1.13.

Mercados y la Competencia de España (CNMC)⁶⁰ y la Fiscalía Nacional Económica de Chile (FNE)⁶¹.

En ese sentido, en la presente sección se desarrollarán los tipos de operaciones de concentración empresarial conforme a lo siguiente: (i) operaciones horizontales; (ii) operaciones no horizontales, entre las cuales se pueden identificar las operaciones verticales y las operaciones de conglomerado.

2.4.1. Operaciones de concentración horizontales

Las operaciones de concentración horizontales se realizan entre agentes económicos que participan en el mismo mercado de producto o servicio; y, en el mismo mercado geográfico, es decir son operaciones que se realizan entre agentes competidores actuales o potenciales.

El análisis sobre el efecto de las operaciones de concentración horizontales a la competencia en el mercado podrá incluir la pérdida de competencia potencial. En efecto, estas operaciones pueden afectar la competencia potencial si se elimina: (i) a un agente que es percibido como un entrante potencial por parte de los agentes establecidos⁶²; o, (ii) a un agente cuyo ingreso al mercado es objetivamente probable en el futuro incluso si los agentes establecidos no lo perciben de dicha forma.

Asimismo, la operación puede generar pérdida de competencia dinámica, cuando se adquieren competidores potenciales importantes. Esto es particularmente problemático en industrias donde el proceso de entrada en los mercados se lleva a cabo durante un largo período de tiempo e implica costos o riesgos significativos o cuando los aspectos clave de la oferta competitiva se establecen durante la fase de inversión en lugar de hacerse de forma continua (por ejemplo, en plataformas digitales, o empresas farmacéuticas).

Las operaciones de concentración horizontal pueden desplegar efectos no coordinados (o unilaterales) y coordinados en la competencia.

2.4.1.1. Efectos no coordinados (unilaterales)

Las operaciones de concentración entre un agente económico con uno o más competidores puede otorgar la habilidad e incentivos a la entidad concentrada de incrementar precios o afectar otras variables competitivas (tales como cantidades, variedad de productos, innovación, entre otros) y ejercer unilateralmente poder de mercado, sin necesidad de coordinar con sus competidores. En efecto, la entidad concentrada tendrá mayor habilidad e incentivos a ejercer poder de mercado si no hay

⁶⁰ Artículo 56 de la Ley 15-2007, referida a las operaciones que podrán estar sujetas a un formulario abreviado y lo señalado en la Comunicación de la CNMC del 21 de octubre de 2015 sobre los supuestos a los que resulta de aplicación el formulario abreviado previsto en el artículo 56 de la Ley 15-2007.

⁶¹ Numeral iii del literal d) del artículo 5 del Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración y lo señalado en Guía de Competencia elaborada por la Fiscalía Nacional Económica en el año 2017.

Asimismo, resulta aplicable la Guía para el análisis de operación de concentración, elaborada por la Fiscalía Nacional Económica en el año 2012. Si bien, la mencionada Guía quedó sin efecto a partir del 1 de junio de 2017, acorde con la Guía de Competencia, los funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica podrán seguir considerándola para aquellos aspectos relacionados al análisis de operaciones de concentración.

⁶² Es más probable que un agente económico sea percibido como un competidor potencial si los costos irrecuperables de entrada no son sustanciales y si la entrada puede ocurrir en un período de tiempo relativamente corto.

alternativas en el mercado que limiten su accionar, es decir si hay pocos competidores o los competidores no ejercen suficiente presión competitiva.

El análisis de los efectos unilaterales dependerá de las características de los agentes económicos, productos y mercados involucrados. En específico, podrán identificarse este tipo de efectos en mercados con las siguientes características: (i) productos diferenciados; (ii) productos homogéneos; (iii) productos de negociación; y, (iv) productos de innovación.

a. Productos diferenciados

En mercados con productos diferenciados –es decir, productos que tienen atributos distintos, pero que satisfacen la misma necesidad del consumidor final– los efectos unilaterales pueden presentarse en tanto la operación de concentración empresarial podría conllevar a la reducción de variables competitivas de los productos de la entidad concentrada tales como el precio, la calidad o la variedad.

Los efectos unilaterales se presentan generalmente cuando los agentes económicos involucrados en la operación de concentración son competidores cercanos o cuando sus productos son sustitutos cercanos. Ello se debe a que, cuando hay cercanía competitiva la empresa concentrada puede recapturar una porción más importante de las ventas perdidas por el incremento de los precios (o reducción de calidad o de la variedad de productos, entre otros) haciendo de esta forma más rentable dicho incremento⁶³.

Por otro lado, la ocurrencia de efectos unilaterales será menos probable si los competidores del agente económico concentrado ejercen presión competitiva; es decir, si los competidores limitan o restringen el comportamiento del agente concentrado. En efecto, de ser ese el caso, la entidad concentrada enfrentaría presión competitiva si los competidores cuentan con suficiente capacidad para ser una alternativa a los consumidores si deciden cambiar de proveedor.

Ahora bien, es importante notar que el análisis de los efectos puede ser cualitativo o cuantitativo.

- (i) **Análisis cualitativo:** Se puede evaluar las características de los productos, los patrones de consumo, y la importancia de los competidores (por ejemplo, respuestas ante las estrategias comerciales implementadas por sus competidores, relevancia del monitoreo a competidores entre otros) para la empresa concentrada.
- (ii) **Análisis cuantitativo:** Se puede evaluar los índices de presión de precios, que proporcionan indicios de una mayor probabilidad de ocurrencia de los efectos unilaterales⁶⁴. Asimismo, se pueden realizar estimaciones econométricas o simulación de concentraciones que proporcionen información sobre los efectos

⁶³ El incremento de precios por parte de una empresa genera una pérdida de sus ventas en la medida que parte de sus clientes deciden adquirir el producto de sus competidores (o no adquirirlos). Cuando la empresa se concentra con un competidor, parte de las ventas perdidas por el incremento de precios son recapturadas, haciendo más rentable dicho incremento de precios.

⁶⁴ Entre los índices de presión al alza más utilizados están *Upward Pricing Pressure* (UPP), *Gross Upward Pricing Pressure* (GUPPI), entre otros.

unilaterales⁶⁵. El tipo de análisis que se realice dependerá de las características particulares de cada caso y de la información disponible⁶⁶.

Un ejemplo de mercado con productos diferenciados son los mercados con dos o múltiples lados. En este tipo de mercados se deben considerar características particulares en el análisis de los efectos, como la presencia de externalidades de red⁶⁷ y el riesgo de puntos de inflexión que puede generar en ciertas circunstancias el efecto *tipping*, favoreciendo a que se vuelva dominante una plataforma en perjuicio de otras⁶⁸.

De esta forma, podría ser pertinente evaluar si la operación de concentración empresarial generaría efectos *tipping* permitiendo al agente concentrado dominar el mercado⁶⁹, impidiendo a los usuarios beneficiarse de la competencia entre plataformas.

Al evaluar los efectos competitivos en las concentraciones empresariales que involucran plataformas multilaterales, la Comisión podrá considerar cada lado de la plataforma por separado cuando se trata de plataformas no transaccionales, y ambos lados juntos cuando se trata de plataformas transaccionales.

Los efectos de red significan que es más probable que una operación de concentración entre plataformas dé lugar a problemas de competencia porque: (i) es más probable que dichas operaciones provoquen un punto de inflexión; (ii) es más probable que dichas operaciones tengan un fuerte efecto sobre los incentivos; (iii) es más probable que las plataformas más grandes ejerzan una fuerte presión sobre los rivales; y (iv) es probable que las barreras de entrada sean altas.

Las posibles condiciones de competencia no relacionados con el precio que las empresas pueden utilizar para ganar clientes en las plataformas digitales puede incluir cantidad de usuarios de la plataforma, las políticas de privacidad, la atención al cliente, entre otros.

b. Productos no diferenciados

En mercados con productos no diferenciados, los agentes eligen el volumen que ofrecerán y obtienen un precio de mercado⁷⁰.

En estos casos, los efectos unilaterales pueden presentarse cuando la operación de concentración empresarial cuente con alguna de las siguientes características:

- (i) Reduce los costos de disminuir el volumen ofertado, permitiendo influir en los precios de mercado. Es decir, es más probable que la operación de concentración

⁶⁵ Al respecto, podemos mencionar las metodologías de *merger simulation* y *price concentration*.

⁶⁶ Algunas agencias recomiendan calcular el grado de la competencia directa entre los productos de las empresas fusionadas, en la medida que se cuente con la información pertinente, mediante la estimación del ratio o coeficiente de desvío desde el producto de una de las empresas fusionadas hacia el producto de la otra empresa fusionada.

⁶⁷ Ello implica que el valor de los productos para los clientes de un lado de la plataforma dependa de la cantidad de clientes en dicho lado y de los otros lados de la plataforma.

⁶⁸ El *tipping effect* indica que ciertos mercados tienden a concentrarse en un solo agente económico.

⁶⁹ Una operación de concentración en mercado de plataformas puede generar que los competidores difícilmente puedan desafiar al agente concentrado, convirtiéndose en dominante.

⁷⁰ Los productos homogéneos son aquellos que presentan las mismas características, tales como los productos *commodities*, cobre, plata, zinc, diesel, soja, trigo, arroz, bonos, etc.

genere efectos unilaterales si la empresa concentrada tiene la habilidad e incentivos para reducir el volumen ofertado e incrementar los precios del mercado.

- (ii) Los agentes involucrados en la operación de concentración empresarial cuentan con una participación significativa del mercado⁷¹, o los competidores están altamente concentrados haciendo más probable los incrementos de precios.
- (iii) Los competidores no cuentan con la capacidad disponible suficiente para incrementar los volúmenes ofertados y prevenir un incremento de precios⁷²; y en mercados que no cuentan con una franja competitiva que limite el incremento de precios⁷³.

Asimismo, cabe señalar que el análisis puede ser cualitativo o cuantitativo, dependiendo de la información disponible. En el análisis se puede considerar: participaciones e índices de concentración, contratos de venta⁷⁴, capacidad disponible⁷⁵, facilidades para importar, el nivel de sustitución de la demanda, entre otros.

c. Mercados de negociaciones o subastas

En mercados de negociaciones o subastas, el comprador usualmente determina una serie de reglas para el proceso de compra generando competencia entre los vendedores. Esta competencia es producto de la negociación del comprador con varios vendedores de manera secuencial o simultánea para obtener un mejor precio, tomando forma de una subasta.

En estos casos, los efectos unilaterales pueden presentarse debido a que la operación de concentración reduce el número de vendedores y la intensidad competitiva. La ocurrencia de estos efectos es más probable en los siguientes escenarios:

- (i) Si la operación de concentración involucra a un agente económico que ejerce una presión competitiva importante⁷⁶; es decir, que ofrece ofertas competitivas en los procesos de negociación o subasta.

⁷¹ En algunos casos, la concentración entre una empresa con una participación significativa de las ventas y una empresa con exceso significativo de capacidad puede hacer que una política de reducción de producción sea rentable. Lo cual puede ocurrir incluso si la firma con el exceso de capacidad tiene poca participación de las ventas en el mercado, esto porque, se elimina la amenaza del competidor pre-concentración, que cuenta con el exceso de capacidad para poder expandirse y desincentivar una política de reducción de producción para incrementar el precio de la otra empresa fusionada, la de mayor participación en ventas.

⁷² La reducción en la producción puede ser rentable en la medida que las empresas competidoras de las empresas fusionadas tengan restricciones de capacidad que hacen que la expansión de la producción no se alcance de manera oportuna, o si es más costoso hacer operar el exceso de capacidad que mantenerse con el mismo nivel de producción. En cuyos casos, las empresas competidoras pueden encontrar más rentable aumentar el precio que expandir la producción, con lo cual se tiene como resultado efectos unilaterales adicionales.

⁷³ Se considera una franja competitiva como aquella donde los competidores que no ofrecen volúmenes significativos en el mercado pueden hacerlo rápidamente y de manera rentable si los precios se incrementan.

⁷⁴ Evaluando si el agente concentrado puede reducir su producción o está limitado por los términos contractuales.

⁷⁵ También se pueden evaluar factores que impidan a los competidores responder ante la reducción de la producción del agente concentrado o al incremento de precios del mercado.

⁷⁶ Los efectos unilaterales en este contexto son probables en proporción a la frecuencia o probabilidad con cual, antes de la concentración, una de las empresas que se fusiona se adjudica la subasta y la otra queda en segundo lugar. Asimismo, dichos efectos son más agudos cuanto mayor sea la ventaja que tenga la empresa que quedó en el segundo lugar respecto del resto de los proveedores u oferentes participantes de la subasta.

Los efectos unilaterales en este contexto son probables en proporción a la frecuencia o probabilidad con cual, antes de la concentración, las empresas que se concentran se adjudicaban el primer y segundo lugar. Asimismo, dichos efectos son más agudos cuanto mayor sea la ventaja que tenga el agente económico que quedó en el segundo lugar respecto del resto de los proveedores u oferentes participantes de la subasta.

- (ii) Si la empresa concentrada no enfrenta presión competitiva.

Es más probable que se generen efectos unilaterales si los competidores presentan ofertas superiores a los de la entidad concentrada.

En estos casos, el análisis puede ser cualitativo o cuantitativo, dependiendo de la información disponible. Al respecto, entre los elementos que evaluará la Comisión se encuentran, por ejemplo, la participación de los agentes concentrados en los mismos procesos de negociación o subasta; la cercanía competitiva de los agentes concentrados; las características de los procesos de negociación; el impacto de reducir un competidor en las variables competitivas de los procesos de negociación, entre otros.

d. Mercados de innovación

En ciertos mercados donde la innovación es un elemento esencial de competencia, se pueden generar efectos unilaterales si la operación de concentración involucra a agentes que mejoran los productos existentes o crean nuevos productos que ejercerían presión competitiva importante, reduciendo esta forma la competencia por innovación⁷⁷. El análisis puede ser cualitativo o cuantitativo, dependiendo de la información disponible.

Asimismo, en su análisis, la Comisión considerará una serie de factores tales como: si es probable que los agentes involucrados hubieran generado presión competitiva con la innovación en ausencia de la operación, estado de avance de proyectos de innovación, el impacto de la operación de concentración sobre los proyectos de innovación, el comportamiento de los competidores actuales o potenciales del agente concentrado respecto a la presión competitiva a través de la innovación, la idoneidad de la empresa, entre otros.

Como parte del tipo de empresas que participan en estos mercados, se encuentran las empresas “*maverick*”, las cuales actúan de forma independiente y sin necesariamente seguir al líder del mercado, lo que las vuelve competidoras efectivas. Al respecto, una operación de concentración empresarial que involucre este tipo de empresa podría resultar en un daño a la competencia dado que se elimina una fuerza competitiva en el mercado.

Cabe resaltar que estos competidores suelen ser menos predecibles en su comportamiento y brindan beneficios a los consumidores, más allá de su propio suministro inmediato, al obligar a otros participantes del mercado a entregar productos mejores y más baratos. Por esta razón, la agencia se asegurará de que permanezcan presentes en los mercados involucrados.

⁷⁷ Se puede considerar si es probable que la empresa tras la concentración disminuya la competencia de innovación mediante la reducción de sus esfuerzos innovadores en comparación de ausencia de la concentración. Es decir, se debe considerar si existe una restricción inmediata o de corto plazo en los incentivos de implementar productos nuevos en desarrollo, lo cual es probable en caso uno de los agentes de la concentración realice esfuerzos por desarrollar nuevos productos previamente a la concentración. Asimismo, si existe un efecto de largo plazo en la restricción de innovación o desarrollo de nuevos productos, en cuyo caso es más probable si, al menos, uno de los agentes de la concentración tiene la capacidad para desarrollar nuevos productos en el futuro.

2.4.1.2. Efectos coordinados

Las operaciones de concentración empresarial también pueden facilitar la coordinación entre competidores limitando la competencia. Por tanto, el análisis que realizará la Comisión tendrá como objetivo evaluar si las operaciones pueden facilitar o fortalecer dicha coordinación⁷⁸.

Al respecto, la Comisión evaluará: (i) si las condiciones del mercado son propicias para la coordinación en los mercados relevantes afectados por la concentración; y (ii) cómo la operación de concentración empresarial afectaría las condiciones del mercado y la capacidad de los agentes económicos o los incentivos que harían más probable la coordinación después de la concentración. A continuación, se detallará cada una.

(i) Condiciones de mercado

Algunos factores que la Comisión analizará pueden incluir los siguientes, de forma no taxativa:

- La concentración de mercado y la participación de mercado⁷⁹.
- El grado de diferenciación de productos⁸⁰.
- La estabilidad de la oferta y la demanda⁸¹.
- La existencia de simetrías entre competidores en términos de costos, cuotas de mercados, niveles de capacidad o grado de integración.
- Participación cruzada⁸².
- Frecuencia y oportunidad de intercambio de información.
- Transparencia de la información y del comportamiento de las empresas competidoras.
- En mercados en los que la innovación es importante, la coordinación puede ser más difícil puesto que las innovaciones, en particular las trascendentes, pueden permitir que una empresa obtenga una ventaja sustancial sobre sus competidores.

⁷⁸ En el caso que los competidores coordinen estrategias que califiquen como actos de concertación, estos podrían ser sancionables por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, no siendo parte del análisis de efectos de operaciones de concentración.

⁷⁹ La coordinación es más efectiva cuando el número de participantes en el mercado es reducido. Por lo que el análisis debe centrarse en si la operación de concentración alterará materialmente la capacidad o los incentivos de las empresas para lograr y mantener la coordinación. Un examen del papel que desempeña cada competidor en la dinámica competitiva del mercado puede ayudar a determinar cómo es probable que la operación de concentración afecte a la probabilidad de coordinación posterior a la operación de concentración.

⁸⁰ En un mercado con productos no diferenciados es más probable que una coordinación entre competidores sea más exitosa cuando se realiza sobre un producto que concertar cientos de precios en un mercado con muchos productos diferenciados.

⁸¹ Es más fácil concertar un precio cuando las condiciones de la oferta y la demanda son relativamente estables que cuando varían continuamente. En este contexto, la volatilidad de la demanda, un crecimiento interno sustancial de algunas empresas en el mercado o la frecuente entrada de nuevas empresas pueden ser indicios de que la situación no es lo suficientemente estable para que la coordinación resulte probable.

⁸² El margen de colusión puede aumentar si una empresa tiene participación en el capital social de un competidor dado que el desempeño financiero de la empresa se ve afectado por las ganancias del competidor en el que la empresa tiene participación. Los vínculos entre competidores pueden facilitar la coordinación de políticas de precios y marketing, o el intercambio de información. Además, puede ser más costoso para una empresa desviarse de la coordinación.

(ii) Afectación a las condiciones de mercado

La Comisión tomará en consideración una serie de condiciones que deberán concurrir para hacer más probable la ocurrencia de efectos coordinados; estos son los siguientes:

- La capacidad de los agentes económicos para llegar a un entendimiento común de los términos de coordinación y monitoreo. En general, cuanto menos complejo y estable sea el entorno económico, más fácil será para los agentes económicos llegar a un entendimiento común.
- La coordinación debe ser internamente sostenible, es decir, los agentes económicos deben encontrar en su interés individual adherirse al resultado coordinado. La coordinación debe ser internamente sostenible, es decir, cuando el beneficio adicional de la coordinación es suficientemente alto y existe un mecanismo eficaz para sancionar la desviación.
- La coordinación debe ser sostenible externamente, es decir, deben existir pocas probabilidades de que la coordinación se vea socavada por la competencia externa al grupo coordinado. Para ello, se analizará tanto la competencia existente y la competencia dinámica.

La coordinación puede ser explícita o tácita. La coordinación explícita se logrará típicamente a través de la comunicación directa y un acuerdo explícito entre las partes involucradas. Por el contrario, la coordinación tácita se logrará mediante un entendimiento implícito entre los agentes económicos de la conducta que constituye un equilibrio coordinado, sin el uso de un acuerdo formal y sin comunicación directa, aun cuando la colusión tácita a menudo implica alguna forma de comunicación indirecta. Ambos tipos de coordinación pueden ser relevantes para evaluar los efectos de una operación de concentración.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante precisar que el hecho de que un mercado tenga condiciones propicias para la coordinación en sí mismo no es suficiente para concluir que es probable que una operación de concentración empresarial fomente o mejore la coordinación. Así, se debe determinar si la operación de concentración facilitará o hará más probable la coordinación, considerando las características específicas del mercado que afectan la capacidad y los incentivos del agente concentrado para ejercer el poder de mercado en coordinación con sus competidores.

2.4.2. Concentraciones no horizontales

Las concentraciones no horizontales se realizan entre agentes que no compiten directamente, pero que operan en mercados relacionados. Las concentraciones no horizontales se pueden diferenciar en concentraciones verticales y de conglomerado.

Las operaciones de concentración verticales, por su parte, se realizan entre agentes económicos que se encuentran en distintos niveles de la cadena de valor de un bien o servicio. Por ejemplo, una operación de concentración vertical ocurre cuando los agentes involucrados tienen una relación de proveedor-cliente. Es decir que, de manera previa a la transacción, los agentes se situaban en diferentes etapas de la cadena de valor; por ejemplo, uno producía el insumo que es utilizado por el otro agente. En este caso, los mercados involucrados en la operación de concentración tienen una relación vertical.

Por su parte, las operaciones por conglomerado son aquellas transacciones realizadas entre agentes que no participan en el mismo mercado (operaciones de concentración horizontales) ni tampoco se encuentran en distintos niveles de la cadena de valor de los bienes y servicios (operaciones de concentración verticales)⁸³.

Las operaciones no horizontales, a diferencia de las horizontales, no implican una reducción directa a la competencia. Las operaciones no horizontales pueden afectar la competencia si otorgan al agente concentrado la habilidad e incentivos de excluir competidores, incrementar el costo de los rivales (por ejemplo, aumentando el precio del insumo o reduciendo la calidad), acceder a información comercialmente sensible de sus competidores, o si reduce los incentivos a ofrecer nuevos productos. Asimismo, las operaciones no horizontales pueden generar efectos coordinados si facilitan o refuerzan los incentivos a coordinar entre competidores.

En general, a diferencia de las concentraciones horizontales, los efectos de las concentraciones no horizontales afectan en menor grado la competencia y a menudo implican mejoras en la eficiencia en el mercado involucrado en donde se analiza la concentración. Sin perjuicio de ello, pueden surgir preocupaciones que se detallan en la siguiente sección.

2.4.2.1. Efectos no coordinados o unilaterales

Los efectos no coordinados o unilaterales de una operación de concentración no horizontal pueden originarse cuando el agente económico concentrado genera por sí mismo restricciones a los competidores. Ello puede manifestarse principalmente a través de: (i) exclusión de insumos; (ii) exclusión de cliente; y, (iii) efecto de conglomerado.

a. Exclusión de insumos

Cuando la concentración involucra a un agente económico en el mercado aguas arriba y a un agente económico que provee de insumos a rivales en el mercado aguas abajo; el agente económico concentrado puede restringir el acceso al insumo a otros agentes rivales que operan en el mercado aguas arriba. De esta manera se afecta la competencia aguas abajo ya que se podrá incrementar los costos de las empresas rivales aguas arriba (aumentando el precio o disminuyendo la calidad del insumo) o negando la provisión del insumo.

El marco que generalmente se utilizará para evaluar el riesgo a la competencia consiste en analizar si el agente concentrado tiene la habilidad de excluir a sus rivales, los incentivos de hacerlo, y si la exclusión genera un efecto en la competencia.

Este análisis puede aplicarse en contextos donde la entidad concentrada está presente en mercados que tienen una relación de proveedor-cliente, y en mercados relacionados que no pertenecen a la misma cadena de valor (por ejemplo, productos complementarios).

La habilidad del agente económico concentrado para excluir está relacionada a la capacidad de restringir el acceso al insumo a sus competidores aguas abajo, afectando la rivalidad competitiva que estos últimos pueden ejercer. La exclusión se puede realizar

⁸³ Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas 2008/C 265/07, numeral 5.

a partir de distintos mecanismos tales como: la negativa o restricción de provisión de insumo, el incremento de precio de los insumos, la reducción de calidad o los niveles de servicio, entre otros. Esta condición, generalmente se analizará a partir de:

- (i) El grado de dificultad de cambiar de proveedores (aguas arriba) por parte de los competidores de la empresa aguas abajo. Entre los aspectos que se pueden evaluar en el mercado aguas arriba se encuentra la estructura de mercado; las características del mercado que limiten la competencia⁸⁴; y, la posible respuesta de proveedores competidores ante intentos de exclusión.
- (ii) La importancia del insumo respecto a su capacidad de excluir a competidores en el mercado aguas abajo. Se puede considerar la importancia del insumo en los costos de los competidores y en la calidad del producto final.
- (iii) La existencia de contratos que protegen los términos de provisión del insumo.
- (iv) La posibilidad de renegociación o de que se finalice la relación contractual.

Los incentivos para que el agente económico concentrado excluya de insumos a los agentes económicos rivales aguas arriba se presentan en tanto los beneficios (por ejemplo, mayores ventas de la empresa fusionada aguas abajo) son mayores que las pérdidas (por ejemplo, dejar de vender a los competidores aguas abajo) que se obtendrían producto de la exclusión de los insumos. Adicionalmente, el análisis de incentivos puede considerar la estrategia del negocio⁸⁵, los márgenes de ganancias⁸⁶ y otros costos y beneficios⁸⁷ de los agentes participantes de la concentración.

Los efectos en la competencia están vinculados al impacto significativo en la competencia en el mercado aguas abajo producto de la exclusión a las empresas rivales. En general, cuando la exclusión genera un perjuicio a las empresas rivales, y se genera un impacto a la competencia en el mercado, la exclusión impacta de manera significativa el proceso competitivo en el mercado aguas abajo.

Los efectos significativos en la competencia se pueden presentar cuando uno de los agentes concentrados cuenta con poder de mercado aguas abajo y enfrentan poca presión competitiva antes de la operación de concentración. Asimismo, es menos probable que se puedan presentar dichos efectos cuando existen competidores que ejercen importante presión competitiva (por ejemplo, competidores verticalmente integrados).

b. Exclusión de clientes

Cuando la concentración involucra un agente económico en el mercado aguas abajo que compra insumos de empresas rivales en el mercado aguas arriba, la entidad

⁸⁴ Por ejemplo, economías de escala, costos de cambio, efectos de red, reputación de la marca, altos costos fijos, derechos de propiedad intelectual, acceso a información, y la posible respuesta de proveedores competidores ante intentos de exclusión.

⁸⁵ En este punto se trata de entender el comportamiento de las empresas.

⁸⁶ La estrategia de exclusión será más probable si los márgenes de ganancia en el mercado aguas abajo son relativamente más grandes que aquellos obtenidos en el mercado aguas arriba.

⁸⁷ En mercados complejos y dinámicos, las empresas tienen como objetivo maximizar sus beneficios en el largo plazo, por lo que el análisis no debería estar enfocado en márgenes de ganancia de corto plazo.

concentrada podrá restringir o excluir dichos rivales del acceso a los clientes, afectando la competencia aguas arriba.

El enfoque que se utilizará para evaluar este riesgo sobre la competencia será el de habilidad, incentivos y efectos.

- (i) Habilidad: La habilidad para excluir por parte de la entidad concentrada dependerá de si el agente concentrado puede restringir el acceso de clientes y si afecta la competencia considerando los siguientes elementos:
- **Tamaño del cliente**: Si la empresa concentrada aguas abajo es un cliente que representa una proporción importante de las compras de los rivales, el impacto en los rivales podría ser importante. Se analizará las alternativas de venta que tienen las empresas rivales, los diferentes canales de venta, los segmentos de clientes, entre otros.
 - **Importancia de la escala en el mercado de aguas arriba**: En caso las economías de escala sean importantes, una disminución de las ventas de los competidores llevaría a un incremento en sus costos de producción o a una reducción en la calidad.
- (ii) Incentivos: Estos dependerán de si los beneficios adicionales como resultado de la exclusión de empresas rivales en el mercado aguas arriba superan el costo de las pérdidas de ingresos por ventas en el mercado aguas abajo, resultado del deterioro de la oferta (al excluir a los rivales). En el análisis de incentivos se considerará la estrategia de negocios⁸⁸, los márgenes de ganancia aguas arriba⁸⁹, las pérdidas de ventas aguas abajo⁹⁰, los márgenes aguas arriba respecto a los márgenes aguas abajo, entre otros.
- (iii) Efectos: Estos están vinculados con el impacto significativo en la competencia en el mercado aguas arriba producto de la exclusión a las empresas rivales. En general, cuando la exclusión genera un perjuicio a las empresas rivales y estas tienen un rol importante en el mercado aguas arriba, se genera un impacto negativo a la competencia. Se considerará la importancia de las empresas excluidas y el potencial incremento de las barreras a la entrada para potenciales empresas entrantes.

⁸⁸ Es más probable que se trate de excluir a los rivales si la empresa concentrada tiene la estrategia de auto proveerse, o si ha utilizado estrategias exclusorias en el pasado.

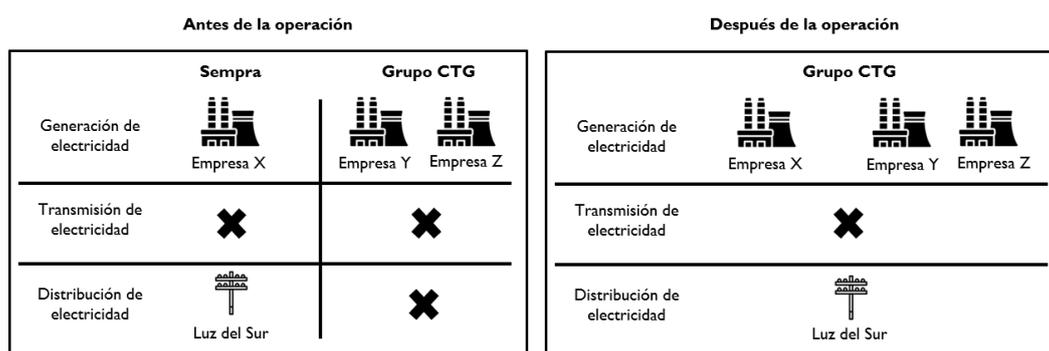
⁸⁹ La estrategia de exclusión será más beneficiosa si los márgenes en el mercado de aguas arriba son grandes.

⁹⁰ La empresa concentrada aguas abajo al excluir a los proveedores rivales puede reducir su competitividad (si, por ejemplo, los rivales ofrecen insumos a menores costos o una mayor calidad), lo cual podría generar una pérdida de clientes.

Cuadro 3

En el marco del Expediente 002-2019/CLC-CON, la Comisión evaluó la operación de concentración empresarial entre el Grupo China Three Gorges (en adelante, Grupo CTG) y Sempra Energy (en adelante, Sempra), la cual consistió en una concentración vertical que involucraba la integración de la actividad de generación eléctrica desarrollada por el Grupo CTG y la actividad de distribución eléctrica desarrollada por Sempra, a través de su empresa vinculada Luz del Sur S.A.A. (en adelante, Luz del Sur).

Para mejor entendimiento de la operación, ver el siguiente gráfico:



Al analizar posibles restricciones verticales, la Comisión evaluó que, como consecuencia de la concentración, las empresas de generación vinculadas podrían tener preferencia para celebrar contratos con la empresa distribuidora vinculada para el suministro de sus usuarios regulados; lo cual podría limitar el acceso a generadores competidores.

Cabe señalar que Luz del Sur representaba alrededor del 30% de la energía destinada a usuarios regulados, la que podría ser contratada con su generación vinculada mediante contratos bilaterales, dejando de contratar con empresas no vinculadas.

En ese sentido, se determinó que la empresa concentrada tendría la habilidad de excluir a las empresas generadoras competidoras.

En relación con incentivos para dirigir las compras hacia sus empresas vinculadas, se identificó que los beneficios totales que una empresa verticalmente integrada podría obtener se incrementarían si esta contrata todos sus requerimientos de energía para el suministro de usuarios regulados con su empresa vinculada a través de contratos bilaterales. Asimismo, se encontró que Luz del Sur ya contaba con contratos bilaterales suscritos con empresas vinculadas con una duración promedio de 19 años.

Finalmente, en relación con el impacto perjudicial significativo en los consumidores de la empresa vinculada, se encontró que este cierre de clientes podría reducir los incentivos para el ingreso de nuevas centrales de generación y limitar la competencia, afectando los precios resultantes de las licitaciones de suministro de energía y al precio de generación que pagan todos los usuarios regulados.

c. Efecto de conglomerado

Las operaciones de conglomerado son aquellas transacciones realizadas entre agentes que no participan en el mismo mercado (operaciones de concentración horizontales) ni se encuentran en distintos niveles de la cadena de valor de los bienes y servicios (operaciones de concentración verticales)⁹¹.

Este tipo de operaciones pueden generar efectos unilaterales al permitir que el agente concentrado aproveche su posición dominante en el mercado atando o empaquetando bienes o servicios⁹², restrinja el acceso de competidores al rango o portafolio de bienes o servicios que valoran los consumidores⁹³, u obtenga ventajas importantes en los recursos financieros o específicos necesarios para competir en el mercado⁹⁴.

Del mismo modo, las operaciones de concentración por conglomerado pueden facilitar conductas coordinadas. Por ejemplo, extender el alcance de los acuerdos a los mercados involucrados en la operación; generar contactos multi mercado que puedan aumentar la facilidad para sancionar a quienes incumplan un acuerdo; o, crear barreras de entrada a nuevos competidores en los casos en que se necesite ser multi mercado para lograr ser más competitivo⁹⁵.

El enfoque que se utilizará para evaluar el riesgo sobre la competencia de este tipo de operaciones de concentración será el de habilidad, incentivos y efectos.

(i) Habilidad: A fin de identificar la habilidad de la entidad concentrada para generar el riesgo en la competencia, se tomarán en cuenta los siguientes factores:

- Poder de mercado en un mercado adyacente: En la medida que la entidad concentrada cuente con una participación importante en un mercado adyacente, el impacto sobre la competencia sería importante.
- Viabilidad de una oferta combinada: Para ello se considerará si desde el punto de vista de la oferta y/o demanda los productos pueden o son comercializados de manera conjunta.
- Pérdida de venta de sus rivales: Es más probable que ello ocurra si un número suficientemente grande de clientes en el mercado, producto de la operación de concentración, son o podrían ser clientes de la empresa

⁹¹ Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas 2008/C 265/07, numeral 5.

⁹² La atadura puede generar daños en el mercado del bien o servicio atado o en el mercado del bien o servicio que ata. El empaquetamiento puede generar exclusión al reducir la demanda e ingresos de los competidores e incrementar el poder de la empresa concentrada que empaqueta los bienes o servicios. En: Jeffrey Church (2004), *The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition*. Brussels: European Commission, pp. xxiii-xi

⁹³ Entiéndase dichos efectos como aquellos derivados de la preferencia de los consumidores por un competidor que tenga una amplia gama de productos en el mercado. En: OECD (2001), *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAF/COMP (2002)5, pp. 22-23.

⁹⁴ Bundeskartellamt (2012), *Guidance on Substantive Merger Control*, pp. 61-62 Disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20-%20Substantive%20Merger%20Control.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (última visita: 9 de junio de 2020).

⁹⁵ Bundeskartellamt (2012), *Guidance on Substantive Merger Control*, pp. 63 Disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20-%20Substantive%20Merger%20Control.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (última visita: 9 de junio de 2020).

concentrada en el mercado adyacente, y si su comportamiento puede verse fácilmente influenciado por la combinación de los productos.

- **Importancia de escala:** Una pérdida de clientes en el mercado, producto de la operación, solo resultaría en la medida que los competidores sean menos efectivos y exista un vínculo entre los volúmenes y la competitividad.
- (ii) **Incentivos:** Se ponderará los beneficios potenciales de la exclusión de los competidores en el mercado del producto afectado por la operación de concentración respecto a las potenciales pérdidas en el mercado adyacente. Para ello, se considerará la estrategia de negocios⁹⁶, las ganancias en el mercado afectado por la operación⁹⁷, las pérdidas de ventas en el mercado adyacente⁹⁸, el margen relativo entre el mercado afectado por la concentración y el adyacente, entre otros.
- (iii) **Efectos:** Se determinará si la exclusión generará una restricción significativa sobre la competencia en el mercado vinculado a la operación de concentración, lo cual puede ser visto desde la exclusión de los competidores quienes desempeñan un papel importante en dicho mercado.

2.4.2.2. Efectos coordinados

Las concentraciones no horizontales pueden permitir al agente concentrado excluir a competidores potenciales, lo que facilita la coordinación entre competidores o refuerza la coordinación preexistente a la operación de concentración.

En el caso de las operaciones verticales, la Comisión tomará en consideración los siguientes elementos para identificar la existencia de efectos coordinados:

- (i) **Facilidad para llegar a acuerdos:** Una concentración vertical puede facilitar la coordinación entre empresas en el mercado de aguas arriba o aguas abajo para llegar a un acuerdo. Por ejemplo, la concentración vertical que genera exclusión de rivales reduce el número de empresas rivales en el mercado, lo cual hace más sencilla la coordinación.
- (ii) **La fusión o adquisición de una empresa *maverick*:** Estas empresas son usualmente firmas pequeñas, que actúan de forma independiente y sin necesariamente seguir al líder del mercado, lo que las vuelve competidoras efectivas. Este tipo de concentración vertical elimina al agente económico que no está dispuesto a aceptar un resultado coordinado y compite de manera agresiva.
- (iii) **Monitoreo de desviaciones:** La concentración vertical facilita la coordinación al incrementar los niveles de transparencia en el mercado. Ello, en la medida que las empresas tendrán acceso a información de sus rivales, y facilita el monitoreo de precios.

⁹⁶ Es más probable que la empresa concentrada ofrezca productos de manera conjunta si su estrategia de negocio involucra este enfoque e históricamente lo ha realizado en productos similares.

⁹⁷ La estrategia de exclusión será más probable si la empresa concentrada tiene una oferta más atractiva en el mercado de producto (no adyacente) de la operación y si compite estrechamente a los competidores que pueden ser excluidos.

⁹⁸ Es probable que estos sean mayores si muchos clientes del producto adyacente tienen poco interés en comprar el producto afectado por la operación y si la empresa concentrada necesita seguir una estrategia agresiva para excluir a los competidores.

- (iv) Mecanismos de disuasión: La concentración vertical mejora la posición de la empresa y su capacidad de castigar a las empresas rivales que escogen desviarse de los términos del acuerdo.
- (v) Reacciones de terceros: La concentración vertical reduce las posibilidades de que terceros desestabilicen la coordinación y elimina a empresas disidentes. Asimismo, se analiza si la empresa en el mercado aguas arriba considera que las ventas de un comprador tercero son importantes, o el caso en el cual el comprador de insumos tiene gran poder adquisitivo. En ambos casos, las empresas tratan de desviarse del acuerdo, ya sea para vender únicamente a este comprador tercero o para no respetar el acuerdo.

Por su parte, en el caso de las operaciones por conglomerado, estas podrán facilitar los efectos coordinados al incrementar el grado de exposición a mercados múltiples entre empresas al afectar a mercados relacionados. En particular, se puede facilitar la coordinación si los competidores de la empresa concentrada en un mercado también son competidores en al menos uno de sus otros mercados, y si otros factores que facilitan la colusión en un mercado también están presentes en estos mercados.

2.5. Factores compensatorios

En algunos casos, pueden existir factores compensatorios que contrarresten, mitiguen y/o reduzcan los efectos negativos de una operación de concentración. Estos factores pueden ser, entre otros: (i) la generación de eficiencias; (ii) la entrada o expansión de otros agentes económicos rivales; (iii) el poder de negociación de clientes, y/o (iv) la recuperación de una empresa en crisis.

2.5.1. Eficiencias de las concentraciones empresariales

El numeral 7.2 y 7.4 del artículo 7 de la Ley 31112 establece que, además de los posibles efectos restrictivos que pudiera generar una operación de concentración empresarial, la Comisión deberá evaluar la generación de eficiencias económicas a fin de contrarrestar los potenciales riesgos a la competencia que pudiera representar una determinada operación de concentración empresarial⁹⁹.

Al respecto para que dichas eficiencias cumplan con esta finalidad, deberán cumplir de manera concurrente con los siguientes requisitos recogidos en los numerales 7.5 y 7.6 del artículo 7 de la Ley 31112¹⁰⁰:

⁹⁹ **Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial**
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:
 (...) h. La generación de eficiencias económicas.
 (...) 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:
 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.

¹⁰⁰ **Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial**
Artículo 7. Análisis 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.

- (i) Deben ser demostradas por los agentes económicos solicitantes: La carga de la prueba respecto a la naturaleza, magnitud y probabilidad de las eficiencias económicas corresponde a los agentes económicos involucrados en la operación de concentración.
- (ii) Tener un carácter inherente a la operación: Esta condición exige a las partes demostrar a la autoridad que las eficiencias propuestas son inherentes a la operación de concentración. Esto es, las eficiencias no pueden alcanzarse mediante alternativas menos restrictivas a la competencia.
- (iii) Estar dirigidas a compensar los efectos restrictivos a la competencia identificados y mejorar el bienestar de los consumidores: Este requisito implica que la autoridad debe analizar si las eficiencias señaladas por las partes compensan los efectos restrictivos a la competencia identificados por ella. Así, por ejemplo, si la autoridad ha identificado que la operación es riesgosa pues podrían observarse efectos unilaterales al aumentar los precios o reducir la producción, las eficiencias planteadas por las partes deberían acreditar que estas compensarían dichos efectos restrictivos identificados, ya sea mostrando que dichas eficiencias podrían incrementar la producción o reducir los costos y por lo tanto los precios a los consumidores.
- (iv) Ser susceptibles a ser transferidas al consumidor: Este requisito implica que la autoridad debe adoptar el enfoque estándar del bienestar del consumidor. No basta con que las empresas demuestren que la operación podría generarles eficiencias, sino que estas eficiencias puedan ser trasladables a los consumidores, por ejemplo, mediante una reducción de precios. En esa línea, una eficiencia que refleje una reducción de costos variables o marginales será mejor considerada que una eficiencia que refleje una reducción de costos fijos; ello, debido a que la primera tiene mayor probabilidad de ser trasladada a los consumidores.
- (v) Ser verificables por la autoridad: Las eficiencias son difíciles de verificar y cuantificar, en parte porque gran parte de la información relacionada con las eficiencias está únicamente en posesión de los agentes económicos involucrados en la operación. Además, las eficiencias proyectadas de manera razonable y de buena fe por las empresas que se fusionan podrían no realizarse.

En esa línea, la Ley 31112 establece que corresponde a los agentes económicos involucrados en la operación de concentración empresarial sustenten sus afirmaciones sobre las eficiencias generadas por la operación, para que la autoridad pueda verificar por medios razonables la probabilidad, la naturaleza y la magnitud de cada eficiencia declarada. Asimismo, es importante identificar el momento y la forma en la que se lograría cada una de ellas. En este sentido, las eficiencias deben ser oportunas, probables y suficientes para evitar una restricción significativa de la competencia.

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.

2.5.2. Tipos de eficiencias

El numeral 7.5 del artículo 7 de la Ley 31112, establece que *“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”*.

En ese sentido, en la presente sección definiremos el alcance de cada una de dichas características:

- (i) Eficiencia productiva: Esta eficiencia se presenta cuando, como consecuencia de la operación de concentración empresarial, se genera un determinado nivel de producción con el menor costo posible o, alternativamente, si cualquier combinación dada de insumos genera la máxima producción posible.

La eficiencia productiva dependerá de la tecnología existente y los precios de los recursos, es decir, las eficiencias de producción incluyen ahorros que están asociados con la integración de las actividades de las dos empresas y la transferencia de tecnología existente pero superior de una parte a la otra. Las operaciones de concentración tienen el potencial de aumentar la eficiencia productiva de varias formas¹⁰¹, incluso mediante el fomento de sinergias, economías de escala, economías de ámbito y economías de densidad.

- (ii) Las eficiencias dinámicas o innovativas: Esta eficiencia se manifiesta cuando, como consecuencia de la operación de concentración empresarial, se genera la introducción óptima de nuevos productos, el desarrollo de procesos más eficientes y la actividad innovadora a lo largo del tiempo que pueden producir bienes más baratos, mejores, o incluso nuevos productos que brindan a los consumidores más satisfacción que las opciones de consumo anteriores¹⁰².

Asimismo, es importante señalar que, a diferencia de las eficiencias productivas, las eficiencias dinámicas tienen mayor probabilidad de realizarse en el largo plazo. En ese sentido, es probable que estas eficiencias actúen de manera indirecta en la mitigación de los riesgos creados por la operación de concentración. Así, se ponderará cualitativamente las eficiencias dinámicas producto de la operación que en el largo plazo podrían compensar los efectos identificados como riesgosos a la competencia.

2.5.3. Entrada o expansión de agentes económicos rivales

La entrada o expansión de agentes económicos rivales no necesariamente se deriva de la operación de concentración empresarial. Sin embargo, cualquier respuesta directa a

¹⁰¹ Un ejemplo de este tipo de eficiencia sería la eliminación de la doble marginación que suele ocurrir en fusiones verticales y permitir que la empresa concentrada internalice cualquier doble margen preexistente. Estos márgenes dobles surgen cuando, antes de la operación de concentración, las empresas que suministran el insumo y las que producen el producto final fijan sus precios de forma independiente y ambas cobran un margen superior al costo marginal. Lo anterior tiene como resultado que los precios para los clientes del producto final sean más altos de lo que convendría a los intereses comunes de ambas empresas. Una operación de concentración vertical puede permitir y proporcionar incentivos para que la empresa fusionada internalice este doble margen, dando lugar a una disminución del precio del producto final.

¹⁰² Un ejemplo de este tipo de eficiencia sería la creación de una "ventanilla única" que puede equivaler a una eficiencia cuando los productos de las partes que se fusionan son complementarios y los clientes prefieren comprar una gama de productos de un solo proveedor. Así, la operación de concentración genera beneficios para el cliente al actuar como "ventanilla única". Esto podría deberse, por ejemplo, a que comprar a un solo proveedor reduce los costos de transacción o porque asegura una mejor compatibilidad del producto o garantía de calidad. Esto se relaciona con economías de alcance en la compra, antes que en la producción de bienes.

la operación de concentración por parte de agentes económicos rivales, potenciales competidores y clientes puede mitigar el daño derivado de la operación de concentración y, en algunos casos, incluso puede prevenir un impacto negativo en la competencia¹⁰³.

La entrada o expansión de un agente económico rival solo es eficaz para restringir los riesgos a la competencia en la medida que sea concurrentemente probable, oportuna y suficiente, conforme a lo siguiente:

- (i) **Probable:** Depende de los incentivos que tiene el agente económico para entrar o expandirse en el mercado, lo cual está asociado, por lo general, a los beneficios que espera obtener.

La entrada es probable si es rentable. Para determinar la rentabilidad se deberán evaluar ciertos factores del agente económico rival tales como activos, capacidad, capital necesario y los riesgos involucrados, incluida la necesidad de que el entrante incurra en costos que no se recuperarían si el entrante sale posteriormente del mercado. Asimismo, el análisis de rentabilidad de la entrada está asociada a la dinámica de cada mercado, por lo que el análisis dependerá de cada caso.

- (ii) **Oportuna:** La entrada o expansión del agente económico rival debe ser lo suficientemente oportuna y sostenida para restringir el posible poder de mercado que obtendrá la entidad concentrada como consecuencia de la operación de concentración empresarial.

El periodo de ingreso o expansión se evalúa en cada caso en concreto y depende de las características y dinámica de cada mercado, aunque lo usual es considerar un plazo de dos (2) años para la entrada o expansión desde que la operación de concentración empresarial surtiera efectos. Al respecto, para disuadir los efectos anticompetitivos de la concentración, la entrada debe ser lo suficientemente rápida para que, de manera generalizada, no sean rentables las acciones que causan dichos efectos.

- (iii) **Suficiente:** La entrada o expansión de la empresa debe tener un alcance y extensión suficiente para poder mitigar los potenciales efectos anticompetitivos asociados a la operación de concentración. La entrada de una o más empresas puede ser suficiente en escala si puede ejercer presión competitiva a la empresa concentrada y contrarresta los efectos anticompetitivos de la operación de concentración.

2.5.4. Barreras de entrada y expansión

La concentración de poder de mercado como consecuencia de una operación de concentración empresarial puede dar lugar a barreras de entrada y expansión de agentes económicos competidores.

Las principales barreras de entrada que se considerarán dentro del análisis pueden ser legales, estructurales y/o estratégicas, las cuales se caracterizan por lo siguiente:

¹⁰³ Algunos ejemplos de estas acciones incluyen la inversión en nueva capacidad o conversión de la capacidad existente para un nuevo uso; entrada utilizando nueva tecnología que permite nuevos métodos de producción; inversiones en marketing y diseño de productos para reposicionar las marcas existentes de modo que compitan más directa o eficazmente con las de la empresa fusionada; patrocinio, por parte de clientes, a un nuevo entrante con garantías de negocio; o inversión en capacidad por parte de los clientes para hacer sus propios insumos, de modo que ya no necesiten comprar a la empresa fusionada.

- (i) Legales: Son todo obstáculo que tenga por fundamento una norma jurídica que impida el ingreso o expansión de competidores o genere una ventaja de costo para las empresas establecidas en el mercado.

Al respecto, constituyen este tipo de barrera algunas regulaciones sectoriales, derechos de propiedad intelectual, las licencias o permisos para el ejercicio de determinadas actividades, entre otras.

- (ii) Estructurales: Son aquellas condiciones propias del mercado que restringen la entrada o expansión de los competidores. Al respecto, se analizará, principalmente, la presencia de costos hundidos, los cuales pueden estar representados en inversiones en activos específicos, costos de innovación tecnológica, servicios de posventa, entre otros.

Constituyen este tipo de barrera las siguientes situaciones:

- Los costos iniciales de instalación y otros costos incurridos – asociados con la inversión en activos específicos – tienen más probabilidades de disuadir la entrada o la expansión cuando una proporción significativa de ellos son costos hundidos.
 - La tecnología y los métodos de producción utilizados en el mercado pueden presentar obstáculos para un agente económico entrante. Por ejemplo, es posible que dichos agentes deban tener en cuenta los derechos de propiedad intelectual de los rivales y los requisitos de interoperabilidad.
 - La presencia de economías de escala puede impedir que la entrada en pequeña escala actúe como una presión competitiva efectiva en el mercado. Además, en presencia de economías de escala, la entrada o expansión a gran escala generalmente tendrá éxito solo si expande el mercado total de manera significativa o reemplaza sustancialmente a una o más empresas existentes; y si el agente económico entrante puede afrontar el riesgo que supondrá dicha inversión, especialmente en términos de costos irre recuperables. Muchos mercados exhiben economías de escala.
 - Los clientes pueden otorgar un gran valor a la reputación y al historial de los proveedores, esto puede ser especialmente cierto cuando el producto o servicio que se proporciona es importante para el cliente y cuando es difícil determinar de antemano la calidad del producto.
 - Efectos de red: la necesidad de atraer un gran número de clientes a uno o ambos lados de la plataforma del entrante a fin de ejercer una presión efectiva puede hacer que la entrada y la expansión suficientes sean costosas y riesgosas, particularmente en presencia de incumbentes más grandes. Muchos mercados digitales – y no digitales – se caracterizan por efectos de red considerables.
- (iii) Estratégicas: Son acciones creíbles de la entidad concentrada que tengan la finalidad de dificultar o inhibir el ingreso o expansión de los competidores. Para ello se evalúa acciones como la sobreinversión en capacidad instalada o en marketing, conductas de acaparamiento, cláusulas de no competencia o exclusividad, entre otras.

Constituyen este tipo de barrera las siguientes situaciones:

- Los consumidores pueden demostrar un alto nivel de lealtad a la marca, estar vinculados a contratos prolongados o acuerdos de exclusividad, o enfrentar otros costos de cambio significativos, que pueden dificultar la entrada o la expansión y requerir una inversión.
- Ventajas de pioneros (*early movers*): la entidad concentrada puede tener ventajas de precursores/pioneros derivados de la marca o la creación de costos de cambio. Los datos en poder de muchos agentes económicos del mercado digital permiten a éstas perfeccionar, mejorar y personalizar sus productos y servicios, lo que puede ser difícil de replicar, de manera oportuna, para un entrante. Las ventajas de los pioneros pueden verse reforzadas por la operación de concentración empresarial.

2.5.5. Poder de negociación de clientes

Los clientes con poder de negociación tienen la capacidad de limitar los riesgos a la competencia de las operaciones de concentración en la medida que podrían generar presión competitiva al agente concentrado para limitar la habilidad de este último de incrementar sus precios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando los clientes pueden integrarse verticalmente (autoabastecimiento); respaldar la entrada o la expansión de agentes económicos competidores; o, si la existencia de grandes compradores no facilita la coordinación entre el agente concentrado y sus competidores.

En el análisis del poder de negociación de los clientes se considerarán los siguientes elementos:

- (i) La importancia relativa del producto que adquiere el cliente a la entidad concentrada. Al respecto, una mayor incidencia del producto comercializado por la entidad concentrada genera mayores incentivos en los clientes para utilizar su poder de negociación.
- (ii) La probabilidad de que los clientes pueden prescindir de los productos de la empresa concentrada a través de incentivar el ingreso o expansiones de empresas competidoras.

Cabe señalar que el poder de negociación de los clientes se realizará de forma particular en cada caso. Asimismo, de determinarse la existencia de poder de negociación por parte de un cliente o de un grupo de clientes, ello no necesariamente implica que se contrarreste el impacto negativo sobre la competencia. Finalmente, no es suficiente que simplemente exista poder de negociación antes de la concentración, sino que este debe seguir siendo eficaz tras la concentración.

2.5.6. La recuperación de una “empresa en crisis”

Se denomina “empresa en crisis” a un agente económico que ha fracasado financieramente; es decir, que no es capaz, con sus propios recursos financieros, de continuar participando en el mercado y, por tanto, se encuentra en proceso de salida del mercado.

Al respecto, en el caso de una operación de concentración empresarial que involucre la adquisición de una empresa en crisis, la Comisión verificará la ocurrencia de los siguientes criterios a fin de determinar su impacto en la competencia:

- (i) Si la empresa en crisis o potencialmente en crisis y sus activos, hubiesen salido del mercado si no se hubiera llevado a cabo la operación de concentración empresarial.

En este caso, la Comisión podrá tomar en cuenta para su análisis, entre otros factores, el cumplimiento de las obligaciones financieras en el futuro próximo o si un escenario de reestructuración de dicha empresa tendría éxito.

- (ii) Que no exista otra opción que sea menos dañina para la competencia, habiéndose realizado esfuerzos por encontrarla.

Al respecto, la Comisión podrá evaluar los efectos negativos sobre la competencia de la operación de concentración notificada comparándola con una opción alternativa, como, por ejemplo, llevar a cabo una operación de concentración en la que participe otra empresa como agente adquirente.

Asimismo, podrá tomar en consideración el efecto competitivo de la concentración, comparado con el efecto competitivo de la salida del mercado de la empresa a ser adquirida y la dispersión de sus ventas.

Síguenos en: **Indecopi Oficial**



 **Indecopi**

**#Ciudadanos
al Centro**

 **Siempre
con el pueblo**