

LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE LA LEY DE CONTROL PREVIO DE FUSIONES, LEY 31112

THE AFFECTION OF THE FREEDOM OF CONTRACT THROUGH THE PRIOR MERGER CONTROL LAW, LAW 31112

Giovana Lisbeth Simpe Romero

Alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO

- Planteamiento del problema
- Marco teórico
- Hipótesis
- Metodología
- Referencias

RESUMEN

El derecho de la Libre Competencia surge como una necesidad de regular el mercado económico, especialmente frente a los excesos de grandes industrias. En el Perú, este derecho se establece en la década del 90, destacando el control de conductas empresariales. Sin embargo, hasta el 2019, la normativa peruana carecía de regulaciones sobre fusiones y adquisiciones, una recomendación hecha por la OCDE. En respuesta, se promulga la Ley 31112 en el 2021, que establece la necesidad de autorización previa al INDECOPI para llevar a cabo fusiones y adquisiciones. Esta ley plantea una problemática respecto a la limitación del derecho a la libre contratación, consagrado en la Constitución y la Ley General de Sociedades. El presente estudio se enfoca en analizar cómo esta ley afecta la libertad de contratación en el país, considerando criterios y procedimientos establecidos.

PALABRAS CLAVE

Libre Competencia, Fusiones y Adquisiciones, INDECOPI, Libertad de Contratación

ABSTRACT

The right to Free Competition emerges as a necessity to regulate the economic market, particularly against the excesses of large industries. In Peru, this right was established in the 1990s, focusing mainly on controlling business behaviors. However, until 2019, Peruvian regulations lacked provisions regarding mergers and acquisitions, a recommendation made by the OECD. In response, Law 31112 was enacted in 2021, requiring prior authorization from

INDECOPI to carry out mergers and acquisitions. This law poses a problem regarding the limitation of the right to freedom of contract, enshrined in the Constitution and the General Law of Companies. This study aims to analyze how this law affects freedom of contract in the country, considering established criteria and procedures.

KEYWORDS

Free Competition, Mergers and Acquisitions, INDECOPI, Freedom of Contracting

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Descripción de la realidad problemática.

El derecho de la Libre Competencia nace en Estados Unidos y Europa como una respuesta a la necesidad de regular proporcionar al estado un instrumento que permita controlar los excesos en materia de producción y distribución de los bienes económicos (Olaechea, 1988, p41).

En el siglo XIX Estados Unidos y Reino Unido promulgan sus primeras leyes antimonopolio impulsados por el crecimiento y poder que iban teniendo grandes industrias en el mercado que comenzaban a establecer acuerdos que limitaban la competencia. En el siglo XX y XXI el derecho de la competencia siguió evolucionando, haciendo frente al crecimiento de las grandes industrias y los retos que traía consigo la globalización.

En el Perú El Derecho a Libre Competencia surge en la década del 90 ya que durante los años anteriores los gobiernos se habían caracterizado por su conducta intervencionista donde el Estado controlaba el mercado.

Sin embargo, con la llegada del Análisis Económico del Derecho y los nuevos conocimientos respecto al derecho ordenador del mercado surge en el Perú la necesidad de normar la libre competencia y las conductas empresariales es por ello por lo que surge el Decreto Legislativo N°701 publicado el 5 noviembre de 1991 que se centra en el análisis y sanción de la figura del abuso de posición de dominio mediante las prácticas colusorias o prácticas restrictivas de la competencia. Luego de esta normativa surgen nuevas regulaciones orientadas en la misma línea al control de conductas, tal como el Decreto Legislativo 1034 “Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”.

Es por ello por lo que hasta el 2019 en el derecho de la libre competencia peruano solo conocía la normativa del control de conductas. Lo cual era muy cuestionable para ese entonces dado que muchos intelectuales consideraban que debía implementarse una normativa respecto al control

de estructuras conocida como control de fusiones y adquisidores. Es más, una de las observaciones y recomendaciones que hizo la OCDE para poder ser parte de su organización fue la implementación de la normativa que regulase las fusiones y adquisiciones en el derecho de la libre competencia peruano.

Por ello que en el año 2019 atendiendo a los requerimientos de la OCDE, a los intelectuales y a un grupo político-económico se promulgó en un inicio el Decreto de Urgencia N° 013-2019 que no pudo ser aplicado por el inicio de la pandemia en el 2020 razón por la cual dio pase a la Ley 31112 que entró en vigor en el 2021.

Dentro de esta ley se establece que las empresas interesadas en realizar fusiones, adquisición de derechos, adquisición de actividad o reorganizarse en empresas comunes deberían solicitar previamente a la celebración del acto una autorización al INDECOPI que será evaluada por la comisión.

Sin embargo, en este procedimiento de autorización es el cual se centra la problemática que pretende estudiar el presente trabajo dado que unas principales características de los contratos celebrados en el mercado peruano se caracterizan por la libertad de contratar, sin embargo, al establecer este tipo de control aparentemente se estaría limitando ese derecho.

La libertad de contratar se encuentra regulada en el Art. 59 de la Constitución que la reconocer como un derecho inherente. Asimismo, la Ley General de Sociedades, Ley 26887 en sus artículos 344 al 316 ya regulan los procedimientos de fusiones en relación con el derecho de la libertad de contratar de las partes intervinientes.

En ese sentido la nueva ley de control de fusiones y adquisidores al establecer un límite como el solicitar una “autorización” estaría yendo en contra del derecho a la libre contratación.

Formulación del Problema

Problema General

¿En qué medida la Ley de Control Previo de Fusiones afecta a la libertad de contratación en el Perú?

Problemas específicos

- ¿Cómo la libertad de contratar se ve afectada por supervisión del INDECOPI en los contratos de fusión en el Perú?

- ¿De qué manera los criterios determinados por la Ley de Control Previo de Fusiones al momento de solicitar la autorización de fusión vulneran el derecho a la libertad de contratación?
- ¿De qué manera el solicitar la autorización para poder fusionarse vulnera el derecho a la libre contratación?

Objetivos de la Investigación

Objetivos Generales

Determinar en qué medida la Ley de Control Previo de Fusiones afecta a la libertad de contratación en el Perú.

Objetivos Específicos

- Determinar como la libertad de contratar se ve afectada por la supervisión del INDECOPI en los contratos de fusión en el Perú.
- Determinar si los criterios determinados por la Ley de Control Previo de Fusiones al momento de solicitar la autorización de fusión vulneran el derecho a la libertad de contratación.
- Determinar si el solicitar la autorización para poder fusionarse vulnera el derecho a la libre contratación.

Justificación de la Investigación

Importancia de la investigación

La importancia de la presente investigación radica en su contenido y objetivo dado que actualmente varios autores han criticado duramente a la ley de Control de Fusiones por la misma razón de afectar a la libertad de contratación en el mercado peruano. Ello en sentido que dentro del contenido de la ley se establece que las empresas a fusionarse, adquirir parte del patrimonio importante de otra empresa o adquirir el control conjunto sobre otros agentes económicos del mercado, previamente, tienen que solicitar una autorización al INDECOPI de lo contrario serían sancionadas. Sin embargo, ello va en contra de lo establecido por nuestra Constitución y la Ley General de Sociedades.

Por otro lado, hay un sector importante que considera que esta legislación era la cual le faltaba al Perú para poder tener un sistema de Libre Competencia Completo.

Entonces a través del presente trabajo a partir de las críticas y opiniones de los diferentes autores va a identificar la vulneración al derecho de la libre contratación. Lo cual va a ser u gran a porte a la bibliografía que pueda existir correspondiente al análisis de la Ley de Control de Fusiones.

Viabilidad de la investigación.

Se considera que durante el desarrollo de la realización del trabajo de investigación si se encontraran limitaciones como la poca bibliografía, artículos de opinión que pueden existir en la red. Sin embargo, más allá de un limitante va a ser un punto de partida para poder valorar los artículos, bibliografía correspondiente a la Ley de Control Previo de Fusiones y a partir de ello generar mediante la investigación un nuevo material que servirá de estudio a futuras generaciones.

MARCO TEÓRICO

Antecedentes de la investigación

Los antecedentes de la presente investigación datan de anteriores investigaciones que se han realizado sobre la conveniencia de la aplicación de una normativa de control de fusiones y adquisidores en de la regulación internacional y peruana. Asimismo, muchos de ellos abarcan el tipo de contrato que regula esta normativa y sus limitantes que, para ese entonces, no era una realidad sino una propuesta en la que vamos a poder evidenciar que se desarrollan las misma cuestiones y preguntas que una parte de la doctrina se sigue realizando respeto a la libertad de contratar.

Antecedentes Internacionales

Roquet Palma, S. (2009). *Fusiones y adquisiciones. La integración y su impacto cultural*. [Tesis de Máster, Universidad de Barcelona]. <http://hdl.handle.net/2445/144000> .

- En la presente investigación tuvo un enfoque cualitativo con un carácter descriptivo. Desarrolló el impacto de las fusiones y adquisidores desde la perspectiva de la integración, es decir como es que se produce la integración tras el realizar una fusión y/o adquisición.
- A través del desarrollo de la investigación la autora llegó a la conclusión e identificación de puntos de negativos luego del desarrollo del proceso de fusión. Al respecto podemos

mencionar los muchos problemas de integración cultural entre las compañías participantes, soluciones mixtas, sobreestimación de sinergias, precios excesivos, conclusiones que serán útiles para el desarrollo de nuestra investigación.

Bohada Correa, M. (2019). *Fusiones y Adquisiciones en América Latina y el Caribe: Una revisión de la literatura para el periodo 2007-2018*. [Tesis Maestría, Universidad Pontificia Bolivariana].

- La presente investigación ha sido de tipo descriptiva, a través de un análisis sistemático de las diferentes normas y literatura sobre la regulación de las fusiones y Adquisidores en América Latina y el Caribe. A través de ella se ha podido evidenciar como ciertos países tienen ciertas líneas de pensamiento en relación con las fusiones y adquisidores, asimismo se ha podido identificar los aciertos y fracasos en relación con las normativas aplicadas.
- La investigación concluye que las fusiones y adquisiciones en América Latina y el Caribe en su mayoría se aplican para económicas industrializadas. Sin embargo, las economías centralizadas en experiencias de otras economías desarrolladas cuentan con mayor concentración de empresas. Por otro lado, señala a importancia de las Fusiones y adquisidores en el PBI de los países, así como también el valor agregado que se genera luego de la concretización de una fusión.

Antecedentes Nacionales

Callampa, M. (2017). *Las Fusiones y Adquisiciones en el Perú Importación de cláusulas del Derecho Norteamericano y su implementación en las operaciones de adquisición empresariales*. [Tesis de Maestría, Universidad ESAN]. <https://hdl.handle.net/20.500.12640/1180>. En la presente investigación, tuvo como principal estudio:

- El enfoque del estudio fue cuantitativo de tipo descriptivo y se analizó los conceptos que son propios del derecho corporativo y de competencia desde una perspectiva norteamericana respecto a los contratos de fusiones y adquisidores. Asimismo, determino que era necesario la aplicación de una normativa que regulase las fusiones y adquisidores en el Perú.

- Se señaló que se debe implementar figuras institucionales que son propias de ordenamiento jurídico estadounidense al ordenamiento peruano. En la misma línea definió la naturaleza de los contratos de fusiones y su estructura dentro de la negociación empresarial.

Vigo, L. (2029). *Apuntes sobre el control previo de concentraciones empresariales y su posible incorporación al ordenamiento peruano*. [Tesis de Grado, Universidad de Piura]. <https://hdl.handle.net/11042/3815> .

- En la presente investigación el enfoque del estudio fue cuantitativo de tipo descriptivo se discutió como la concentración empresarial puede distorsionar la competencia en el mercado. Sin embargo, resalto el rol del ordenamiento jurídico peruano respecto al derecho de la competencia que garantiza los derechos de los intervinientes brindando protección en los procesos de competencia, protegiendo el modelo.
- Determina que el control previo de fusiones y adquisidores empresariales es un arma intervencionista del estado y que el mismo es un mecanismo compatible con el marco jurídico actual.
- Se propuso la implementación de la normativa que regule el control previo de fusiones y adquisidores con elementos importantes como los umbrales de notificación, el mecanismo de consulta previa, el procedimiento bifásico y el silencio administrativo respecto a las solicitudes.

Vallenas Gaona, J. (2008). Necesidad de la Ley de Control de Fusiones en el sistema de defensa de la competencia peruana. *Diálogo con la jurisprudencia Vol. 14* (119), 351-354. En la presente investigación, tuvo como principal estudio:

- El enfoque del estudio fue cuantitativo de tipo descriptivo Resalta la importancia de los criterios a utilizarse en una futura Ley de Control e Fusiones y Adquisiciones ya que las fusiones en si no son un peligro para el mercado. Por ello insta a que se debe establecer los volúmenes de venta anuales o criterios que determinen la posición del mercado de un agente económico.
- Concluye que es muy importante valorar los procesos de fusión dado que deben atender a las exigencias de la libre competencia con el fin de mejorar el crecimiento del país. Sin embargo, refiere que se debe tener en cuenta que las futuras fusiones no deben ser

un punto de inflexión la competencia y que el legislador debe disponer de normativas que regulen las fusiones pero que no sean un obstáculo para la libre competencia.

Salinas Rivas, S. (2006). La Ley de control de fusiones ¿sobreregulando el mercado? *Do ut des*, 1 (1), 6-7. En la presente investigación, tuvo como principal enfoque:

- Presento un tipo de investigación analítica donde detalla que la política regulatoria tiene efectos significativos en el desarrollo de las actividades económicas por lo que es necesario que se evalúe su implementación con prudencia. Asimismo, determina que la implementación de este régimen eleva los costos de transacción de quienes participan en el contrato libremente (privados) así como también por parte del estado.
- Resalta la controversia de la aplicación de esta normativa en otras naciones como en Estados Unidos y en la Unión Europea donde diversos autores a nivel académico determinan que este tipo de norma supone mayores costos de transacción, frenan el libre flujo de la economía y la ineficiencia al impedir la generación de economías a grande escala.

Chávez Gutiérrez, S. Y. d. C., Che León Chueng, J. L., & Rojas Luján, V. W. (2022). Eficacia de la Ley 31112 para controlar las concentraciones empresariales 2019-2021. *SCIÉND0*, 24(4),413-420. <https://doi.org/10.17268/sciendo.2022.052>

Chavez, S. Sara Chavez & Jose León (2022) Eficacia de la Ley 31112 para controlar las concentraciones empresariales 2019-2021. En su investigación realizaron un análisis de campo, mediante una muestra de profesionales entrevistados quienes a partir de su experiencia detallaron cuan eficiente ha sido la aplicación de la Ley 31112 en sus primeros años.

- Determina un aspecto importante del mercado el cual es la eficiencia económica, resalta la importancia de esta para garantizar el bienestar de los consumidores. Asimismo, se puede distinguir que casi el 30% de sus entrevistados han destacado un punto muy interesante respecto a que una sola norma no sería suficiente para alcanzar el objetivo que se persigue detrás de la promulgación de la Ley 31112, es decir que el legislador debía ir más allá.
- Asimismo, es pertinente resaltar los resultados obtenidos en dicha investigación ya que de sus resultados también se puede distinguir que solo el 20% considera que la nueva ley es eficaz para cumplir con su objetivo, la mayor parte considera que son

estrategias que se van a ir desarrollando poco a poco en el Perú por cual determina que debe seguirse trabajando con el fin de buscar su eficacia.

Bases teóricas

En este apartado de la investigación se analizará las bases teóricas del presente trabajo haciendo referencia a diversos autores respecto a las variables de estudio que se han planteado que son La libertad de contratar y la ley de control de fusiones, Ley 31112.

Conceptualización de la libertad de contratar

La libertad de contratación esta conceptualizada como un derecho subjetivo garantizado por nuestra constitución Política de 1993 que se entiende como la autodeterminación de las personas titulares de derechos y obligaciones para poder suscribir un acuerdo mediante un contrato donde los mismos los regulen y establezca su contenido.

En ese sentido las partes gozan de la capacidad de contratar libremente según la normativa que se encuentre vigente y, partir de ello los que suscriben el contrato pueden determinar el mismo contenido que tendrá su contrato.

Empezando con una definición para términos dogmáticos algunos autores define que el contrato y la libertad de contratación desde una perspectiva liberal como Jassir Álvarez (2013, Pág. 61) quien lo define como “un acuerdo de voluntades por medio del cual las personas se obligan jurídicamente”.

Desde una perspectiva normativista para de Puente y Lavalle (1969) señala respecto:

La autonomía privada es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento jurídico, el cual, para no entorpecer el tráfico económico-jurídico, confía a los particulares la autorregulación en sus intereses, dentro de los cauces que señala dicho ordenamiento. Personalmente considero que la tesis normativista responde mejor a la naturaleza de la autonomía privada. No encuentro razón de peso alguna que justifique que la libertad individual tenga en sí la potencialidad suficiente para crear relaciones obligatorias, porque precisamente esa misma libertad permitiría al hombre deshacer lo que creó. (Pág. 8)

Respecto a una teoría Tradicional para De la Puente y Lavalle (1969) señala que:

Parecería a primera vista que la prohibición constitucional de modificar por leyes los términos contractuales, al reconocer de este modo la santidad del contrato, se orienta hacia la teoría tradicional de la autonomía de la voluntad que deriva la fuerza obligatoria del contrato de la libre voluntad. Sin embargo, nada impide que dentro de la teoría normativa vista el Estado, pese a su poder de imponer reglas y establecer limitaciones al contenido de los contratos, se autolimite este poder renunciando a la facultad de modificar un contrato ya celebrado. (Pág. 11)

Todas las teorías son validadas, de hecho, nuestro ordenamiento se acoge más hacia una teoría liberal con cierta intervención del estado regulador es decir optando también por una teoría normativista.

La libertad contractual

La libertad de contratación tiene su nexo directo con la libertad de contratar en el sentido que ambos forman parte de la autonomía privada, es decir de la capacidad del ser humano, del ciudadano, de poder tomar decisiones libremente y determinar de esa manera el contenido que desea plasmar en el contrato.

Como sostiene Carlos Soto (2003):

Mediante el ejercicio de esta libertad, las partes acuerdan libremente cómo va a ser el contrato, adecuándolo a los intereses que buscan satisfacer mediante la conclusión de este. Es pues, la libertad que tienen los contratantes para determinar entre sí la forma y el contenido del contrato que han convenido en celebrar. (Pág. 530)

De esta manera el Código Civil Peruano reconoce en su articulado 1354 que las partes que celebran un contrato pueden establecer con libertad cual sería la materia, la sustancia de lo que iría a tratar.

Artículo 1354.- Libertad contractual

Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

La libertad de contratar en el ordenamiento peruano

La libertad de contratar es uno de los pilares que cimentan la economía social de mercado reconocida en nuestro ordenamiento. Con ello nos referimos a nuestra Constitución de 1993 a la fecha sigue vigente y que parte de la premisa que la única forma de generar riqueza y que los estados puedan llegar al bienestar básicamente cumpliendo tres funciones básicas, el respeto de la libre competencia, el respeto al derecho de la propiedad y el respeto y la libertad para contratar.

Nuestra Constitución parte de una economía de libre mercado en la que se entiende que hay una puerta abierta para que los empresarios puedan entrar al mercado tendiendo a la normativa vigente.

De esta manera, debemos referirnos, en primer lugar, a la libertad de contratar en el derecho ordenador peruano es un pilar fundamental de la economía social de mercado consagrado en la Constitución Política del Perú.

De esta manera como refiere Soto (2003):

en el artículo 62° el constituyente peruano ha regulado lo que en doctrina se conoce como el “principio de la inmutabilidad o santidad de los contratos”, al prescribir que los términos contractuales pactados válidamente por las personas, naturales o jurídicas no podrán ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, como ordenanzas, resoluciones, entre otras normas legales. (Pág. 524)

De la descripción anterior, podemos destacar que la libertad de contratar es un pilar importante de la economía social de mercado y del respeto de la libertad para contratar libremente. Por ello no se puede esperar el fomento de la competencia, no se puede esperar la creación de riqueza ni la evolución de los mercados si no existe libertad para contratar.

A través del artículo 62 de la Constitución, el estado nos garantiza que no se va a intervenir en acuerdos celebrados voluntariamente entre las partes. Los contratos suscritos voluntariamente entre los individuos son inmutables, el Estado no puede modificarlos como regla general, evidentemente hay excepciones como lo contrario a la persona evidentemente el Estado puede intervenir (en temas como drogas, corrupción, etc.).

En consecuencia, los contratos permiten alcanzar la finalidad máxima de las personas al satisfacer los intereses con los cuales los suscriben. Asimismo, permite el tráfico jurídico de derechos, bienes y servicios, así como también genera obligaciones en las partes intervinientes.

Límites de la libertad de contratación

Límites legales

Son los límites establecidos por el ordenamiento jurídico mediante sus normativas, leyes que se promulgan para poder determinar el comportamiento de los ciudadanos.

Los límites internos establecidos por nuestra constitución se orientar a determinar la finalidad de contratación es decir que ella deba ser lícita y permitida dentro de nuestro ordenamiento. En ese sentido nuestra Constitución en su artículo 2º, inciso 14) nos dice que todas las personas tienen derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Complementariamente, en virtud de la libertad contractual contemplada en el artículo 1354º del Código Civil, se puede determinar libremente el contenido del contrato sobre la base de la autonomía privada.

Límites de Mercado

La libertad de contratar también puede ser limitada por las mismas negociaciones celebradas por los interesados, dado que al poder determinar la voluntad y contenido del contrato celebrado alguna de ellas puede determinar el contenido unilateralmente y la otra parte puede solamente limitarse a aceptarlo.

En ese sentido para Soto (2003)

La libertad contractual también se ha visto limitada por la estandarización del tráfico patrimonial. En la contratación masiva las partes ya no negocian el contenido del contrato y, por el contrario, una de ellas elabora, parcial o íntegramente, el contenido del contrato, limitándose la otra a aceptarlo o rechazarlo. (Pág. 535)

Contratos de fusiones y adquisidores

La presente investigación tiene como variante independiente la Ley 31112 misma que regula los contratos de fusiones y adquisiciones en el ordenamiento peruano. Por ello en este apartado analizaremos más a profundidad las teorías respecto a este tipo de contratos, su naturaleza y el contexto en el cual surge su normativa.

En primer lugar, contratos de fusiones y adquisidores son contratos legales de reorganización societaria que permiten unir los patrimonios de las empresas, configurándolos en una sola. Dichos tipos de contrarios encuentran su normativa en la Ley General de Sociedades (Ley N°26887), misma que en su artículo 344 las define como la reunión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola.

Para Callampa & Vargas (2017)

Esta norma define a la Fusión como aquella operación mercantil mediante la cual se crea un convenio entre las partes que, en un solo acto, transfieren todo su patrimonio (en bloque y a título universal) a una empresa preexistente (fusión por absorción) o a una nueva entelequia jurídica (fusión por incorporación). (Pág.25)

Entonces, un contrato de fusión se da cuando las empresas se unen ya sea mediante absorción o incorporación para poder lograr un objetivo y así desarrollarse en el mercado de acuerdo con sus exigencias.

Del mismo modo, para Hector Lama (2007) la fusión puede adoptar alguna de las siguientes formas:

- I. La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante, en la cual se extingue la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y se da la transmisión en bloque y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad.
- II. 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. (Pág.272)

Por ello en un contexto de mercado una fusión y adquisición es un mecanismo de unión de varias sociedades para lograr un objetivo determinado, puede darse a través de tres mecanismos ya sea la compra a compra de participaciones, la compra de una parte o también de todos sus activos.

Tanto las fusiones como los adquisidores se realizan con el fin de poder lograr en el mercado mejores resultados que beneficien al empresario y al consumidor a partir del aprovechamiento de los recursos de las empresas participantes.

Sin embargo, en la actualidad ha sido considerado como un mecanismo de concertación empresarial, ya que se pretende hacer ver que detrás de ello hay estrategias para llegar a ostentar de la posición de dominio y luego ejercer un abuso con fines netamente exclusorios.

Motivos para aplicar una ley de fusiones y adquisidores en el derecho ordenador de mercado

El Derecho a Libre Competencia surge en el Perú en la década del 90 ya que durante los años anteriores los gobiernos militares se habían caracterizado por tener una conducta intervencionista donde el Estado controlaba el mercado.

Por ello, con la llegada del Análisis Económico del Derecho y los nuevos conocimientos respecto al derecho ordenador del mercado surge en el Perú la necesidad de normar la libre competencia y las conductas empresariales. En ese sentido en 1993 surge el Decreto Legislativo N°701 publicado el 5 noviembre de 1991 que se centra en el análisis y sanción de la figura del abuso de posición de dominio mediante las prácticas colusorias o prácticas restrictivas de la competencia. Luego de esta normativa surgen nuevas regulaciones orientadas en la misma línea al control de conductas, tal como el Decreto Legislativo 1034 “Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”.

Sin embargo, durante ese tiempo surgieron cuestiones si era pertinente o no introducir en nuestro ordenamiento una normativa de control de estructuras, es decir una normativa orientada al control de fusiones y adquisiciones. Por ello, diversos autores especialistas en derecho de la competencia recomendaban y satanizaban la introducción de este tipo de normativa pues el único campo normado era el sector eléctrico con la ley 26876 “Ley Antimonopolio y Anti-oligopolio del Sector Eléctrico” que regulaba los supuestos de fusiones y adquisiciones directas o indirectas que puedan generar una alarma con respecto a la concentración del mercado.

De esta manera Teresa Tobar (2005) nos señala que

Dado que nuestra Constitución consagra un régimen de economía social de mercado, no podemos convertir el régimen de control de concentraciones en una forma indirecta de lograr una planificación económica intervencionista que quisiera diseñar mercados a la medida de sus deseos (o buenas intenciones). (Pág. 79)

En ese sentido la presente investigación guarda relación con la línea de pensamiento y teoría que postula la Dra. Teresa Tobar dado que el régimen de control de concentraciones es una herramienta intervencionista que no guarda relación con el régimen de economía social de mercado en sus tres pilares mencionados en literales anteriores, ni con la libertad de contratación que es materia de estudio.

Siguiendo con la línea de Tobar (2005):

En una economía social de mercado, son los agentes privados los que definen el destino de sus iniciativas empresariales, estando Estado limitado a impedir que se viole o restrinja la libre competencia “diseñar el funcionamiento del mercado” o crear mercados de laboratorio [...] sino respetar y tratar de preservar en lo posible las decisiones empresariales de los agentes. No otro es el propósito de permitir, por ejemplo, imponer condiciones, pero permitir la fusión estas deben ser las mínimas indispensables para asegurar el mantenimiento de la competencia De hecho, la posibilidad de imponer condiciones está prevista en el proyecto de Ley de Indecopi. (Pág. 79)

Por ello el estado no debe restringir la competencia al intentar imponer condiciones que delimiten los contratos de fusiones y adquisidores, que limitan la autonomía privada, la libertad de contratar.

Sin embargo, en contra de esta posición hay teorías que claramente manifestaban en su momento la necesidad de una normativa que regulase el control de fusiones en el Perú.

Para Durand (2009)

El Indecopi ha ganado experiencia en la aplicación de este mecanismo de control previo gracias a su aplicación en el sector eléctrico y se encuentra en la capacidad de proponer un regulación justa y eficaz para este tema. El desarrollo de un proyecto razonable, sin trámites engorrosos, ni onerosos, pero salvaguardando las condiciones esenciales con las que debe contra el mercado para su óptimo funcionamiento, sin distorsiones de ningún tipo. (Pág. 67)

En líneas anteriores se ha explicado que ya en nuestro ordenamiento había una normativa que regulaba el control previo de fusiones en el sector eléctrico que fue positivo para el mercado, consumidor y la libre competencia dada la gran cantidad de beneficiarios que tenía este sector. En aplicación a esta experiencia Durand nos propone continuar con el sector del mercado más

general, sin embargo, considerando sus necesidades, porque no solo es aplicarlo sino también establecer un plan de acción, una normativa, un reglamento eficiente que pueda considerar aspectos como el volumen de ventas anuales o criterios de posicionamiento en el mercado que determinen cuales son las empresas obligadas a presentar sus proyectos de fusión.

Entrada en vigor de la Ley 31112

La Ley de Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, Ley N° 31112 entró en vigor en marzo 2021 en medio de un panorama caótico dado que hubo un intento de normarla en noviembre del 2019 mediante el Decreto de Urgencia N° 013-2019 que fue emitido por el ejecutivo en un escenario de crisis política cuando el congreso estaba disuelto.

En esa línea los especialistas en derecho de la competencia la emisión del Decreto de Urgencia N° 013-2019 fue emitido sin cumplir los requisitos para poder normar una situación extraordinaria e imprevisible que determina la Naturaleza de un Decreto de Urgencia.

No obstante, el Decreto de urgencia no entró en vigor dada la coyuntura de la pandemia originada por el COVID-19. Sin embargo, en inicios del 2020 el legislativo emitió el decreto Legislativo N° 1510 que pretendía postergar la vigencia del Decreto de Urgencia para marzo del 2021. Posteriormente, en enero del 2021 el congreso promulga la Ley 31112 y reemplaza el decreto inicial.

Es ahí donde la normativa a analizar tiene sus primeros cimientos que no pudo entrar en vigor luego de su promulgación por la falta de un reglamento que tardo en emitirse hasta el 4 de marzo del 2021 y luego de 15 días sería vigente. Es así como en medio de un escenario lleno de expectativas y desasosiego entra en vigor la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

Bases legales

Las normas legales de las cuales versa la investigación son las siguientes:

Principalmente se centrará en el estudio de la Ley 31112, Ley que establece el Control Previo de operaciones de concentración empresarial que está vigente desde junio del 2021. En su capítulo III respecto a las concentraciones empresariales autorizadas. Capítulo IV respecto a la autoridad competente para realizar el control previo de operaciones de concentración empresarial. Capítulo V y el más importante para la presente investigación dado que nos

establece el procedimiento del Control Previo de Operaciones de Concentraciones Empresariales, se va a encontrar aspectos como la consulta previa, los agentes económicos que pueden presentar la solicitud, cuáles son los derechos cobrados por la tramitación, el procedimiento del trámite

Asimismo, la libertad de contratación reconocida en el artículo 2 inciso 14 de la Constitución

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho: [...]

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Siendo que complementariamente se encuentra reconocida en su artículo 62 donde se establece que:

Artículo 62.- Libertad de contratar

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

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

Asimismo, en la norma específica respecto al Código Civil regula en el Libro de Contratos y en el Libro de Acto Jurídico regulan la libertad de celebrar actos jurídicos, contratos en virtud de la libertad de contratar.

Definición de términos básicos

Según La ley 31112, agente económico es:

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.

En la misma línea la Ley 31112 señala que el Control es:

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.

Hector Lama (2007) señala que Fusión es:

Cuando dos o más sociedades se fusionan para construir una nueva sociedad incorporante o cuando una sociedad existente absorbe a una o más sociedades originando la extinción de su personalidad jurídica. 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. (Pág. 272)

De la Puente y Lavalle (2017) señala que el Contrato es:

El contrato, como acto jurídico, es una manifestación de voluntad cuya razón de ser es crear la relación jurídica. Una vez cumplido este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los contratos consensuales), el contrato deja de existir, porque ha terminado su rol. (Pág. 33)

De la Puente y Lavalle (1996) Señala que Libertad de contratar es:

El primer concepto contenido en el artículo 62 de la Constitución es la declaración de que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, que constituye una nueva versión de lo dispuesto por el artículo 1354 del Código Civil, de acuerdo con el cual las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. (Pág 8).

El Decreto Legislativo 701 señala que las empresas gozan de posición de dominio cuando:

Pueden actuar de modo independiente, con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico de los bienes o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a los de distribución.

HIPÓTESIS

Formulación de hipótesis principal y derivadas

La presente investigación es de naturaleza cualitativa por lo cual se prescindirá del planteamiento de la hipótesis ya que se busca indagar y analizar a través de la percepción las concepciones que pueden explicar la realidad problemática planteada.

Variables y definición operacional

En la presente investigación se distinguen las siguientes variables:

X: Ley de Control Previo de Fusiones, Ley 31112 (Variable Independiente)

Y: Afectación a la Libertad de Contratación (Variable dependiente)

En ese sentido se tiene como **variable X** a la Ley de Control Previo de Fusiones, Ley 31112, Interpretándola como el nuevo régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial, la cual se ha dividido en dos dimensiones:

Dimensión 1: contenido de la norma, que será desglosada en 3 indicadores:

Indicador 1: respecto al objeto de la norma

Indicador 2: respecto al ámbito de aplicación e

Indicador 3: respecto a los principios que rigen la norma.

Dimensión 2: plan de aplicación de la Ley cuyos indicadores serán:

Indicador 1: Nivel de cooperación entre las empresas y el INDECOPI e

Indicador 2: Evaluación de la aplicación de la Ley.

Por otro lado, se ha señalado como **variable Y** Afectación a la Libertad de Contratación, conceptualizada como un derecho fundamental para elegir y determinar libremente las partes y contenido del contrato, la cual para el presente estudio se ha dividido en dos dimensiones tales como

Dimensión 1: El principio contractual de la autonomía privada, cuya definición comprende la voluntad del Estado, en ejercicio del *ius imperium*, para facultar a los particulares a crear sus propias normas privadas a partir de su autodeterminación. En ese sentido se va a analizar la dimensión 1 mediante 2 indicadores:

Indicador 1: la autonomía privada como un principio contractual y constitucional e

Indicador 2: los elementos que comportan la autonomía privada; asimismo, se ha señalado la

Dimensión 2: Limitaciones de la autonomía privada que será analizada mediante 2 indicadores.

Indicador 1: Limitaciones legales entendiéndolo como las impuestas por el estado a partir de normas e

Indicador 2: Limitaciones del mercado definidas como las impuestas por los particulares para facilitar el fluido del tráfico patrimonial.

Por ello, para un mejor entendimiento se ha construido la Tabla 1 donde se encuentran las variables y dimensiones debidamente organizadas de acuerdo con el proyecto de investigación.

Tabla 1*Cuadro de operacionalización de variables*

TEMATICA	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
“La ley de Control Previo de Fusiones, Ley 31112 y la afectación a la libertad de contratación el Perú en el año 2022”	Ley de control previo de fusiones, Ley 31112	Contenido de la norma	<ul style="list-style-type: none"> • Objeto de la Ley • Ámbito de aplicación • Principios del procedimiento
		Plan de aplicación	<ul style="list-style-type: none"> • Nivel de cooperación entre las empresas y el INDECOPI • Evaluación de aplicación de la ley
	Libertad de contratación	El principio contractual de la autonomía privada	<ul style="list-style-type: none"> • Principio • Elementos de la autonomía privada
		Limitaciones a la autonomía privada	<ul style="list-style-type: none"> • Limitaciones legales • Limitaciones del mercado

Nota: Fuente y elaboración propia

METODOLOGÍA

Diseño de investigación

Para Hurtado Talavera, F. J. (2020) la metodología permite al investigador abordar el enfoque investigativo que requiere aplicar, tomando en cuenta el contexto, situación, recursos, objetivos y problemas de estudio. Por ende, el uso adecuado de los fundamentos metodológicos de la investigación científica es determinante en el éxito de una investigación. (pg.99)

En ese sentido considerando la importancia de la metodología de la investigación este apartado desarrollará el tipo de metodología del presente trabajo. Para ello es pertinente precisar que el enfoque de estudio es cualitativo por lo que se otorga principal importancia a la recolección y análisis de datos para poder determinación la relación entre las variables estudiadas.

Tipo

La investigación es de tipo básica ya que tiene como finalidad principal generar más información con respecto a la afectación de a la libertad de contratación el Perú en el año 2022 a través de la ley de Control Previo de Fusiones, Ley 31112. Es decir, apoyará a generar mayor conocimiento en un futuro.

Nivel

Considerando la naturaleza cualitativa de la investigación, de acuerdo con su nivel es calificada como un estudio descriptivo y explicativo. Es decir, se va a describir las dimensiones de la ley 31112 y la libertad de contratar para luego explicar porque habría una afectación a la libertad de contratar y determinar si la existe esa afectación.

Diseño

El tipo de diseño a realizar es no experimental, porque no se manipulará las variables. Se va a estudiar las variables.

Método

Análisis:

Este método se ha utilizado para analizar la documentación recabada minuciosamente, en el sentido que nos permita generar un mayor entendimiento y determinar si verdaderamente existe una afectación a la libertad de contratación a través de la ley de Control Previo de Fusiones.

Técnica de recolección de datos

La técnica que se utilizará es la documental a través del análisis documental de información a través de fichas, computadoras y sus unidades de almacenaje y análisis de contenido a través de cuadros de registro y clasificación de sus categorías. Para ser efectiva esta técnica se ha recabado esta información documental a través de diferentes ejemplares de revistas facilidades por la Universidades San Martin de Porres físicamente.

Aspectos éticos

Durante el proceso de elaboración del presente trabajo se ha cumplido con todos los estándares requeridos para garantizar su elaboración de acuerdo con la normativa de la institución y parámetros internacionales.

Es así como durante su redacción y revisión se ha tenido en consideración los estándares éticos determinados por la Universidad.

Asimismo, la redacción se ha realizado bajo el estilo APA citando adecuadamente a cada autor que ha contribuido a su desarrollo. Por tanto, es un trabajo original que cumplirá el programa de control anti-plagio.

REFERENCIAS

- Álvarez, A. (2013). El contrato: del individualismo liberal a la masificación de las relaciones económicas. *Justicia Juris*. Vol. 9, N° 1, p. 56-69.
- Bohada Correa, M. (2019). *Fusiones y Adquisiciones en América Latina y el Caribe: Una revisión de la literatura para el periodo 2007-2018*. [Tesis Maestría, Universidad Pontificia Bolivariana].
- Callampa, Manuel & Manuel Vargas (2017). *Las Fusiones y Adquisiciones en el Perú Importación de cláusulas del Derecho Norteamericano y su implementación en las operaciones de adquisición empresariales*. [Tesis presentada para obtener el grado de Maestro en Finanzas y Derecho Corporativo]. Universidad ESAN. Facultad de Derecho. Repositorio digital de tesis y trabajos de investigación. <https://hdl.handle.net/20.500.12640/1180>
- Chávez Gutiérrez, S. Y. del C. ., Che León Chueng, J. L. ., & Rojas Luján, V. W. . (2022). Eficacia de la Ley 31112 para controlar las concentraciones empresariales 2019-2021. *SCIÉND*O, 25(4), 413-420. <https://doi.org/10.17268/sciendo.2022.052>
- De La Puente, M. (1996). La libertad de Contratar. *THEMIS - Revista de Derecho*. 33, 7-14. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11856/12424>
- De La Puente, M. (2017). *El contrato en general*. Primer Tomo. Palestra Editores
- Durand, J. (2006). Construyendo un sistema de control de fusiones para evitar distorsiones en la libre competencia. *Vox Iuris*. Vol 17, p. 59-74.
- Hector Lama. (2007). El control previo de fusiones. *Actualidad Jurídica*–Vol. Ago, N° 165, p. 271-279
- Hurtado Talavera, F. J. (2020). *Fundamentos Metodológicos de la Investigación: El Génesis del Nuevo Conocimiento*. Revista Scientific, 5(16), 99–119. <https://doi.org/10.29394/Scientific.issn.2542-2987.2020.5.16.5.99-119>
- Landa Arroyo, C. (2014). La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THEMIS Revista De Derecho*, (66),

309-327. Recuperado a partir de
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12702>

Olaechea, J. (1988). El surgimiento del derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas (Segunda parte). *THEMIS Revista De Derecho*, (12), 40-45.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9300>

Puente y Lavalle, M. de la. (1996). La libertad de contratar. *THEMIS Revista De Derecho*, (33), 7-14. Recuperado a partir de
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11856>

Roquet Palma, S. (2009). *Fusiones y adquisiciones. La integración y su impacto cultural*. [Tesis de Máster, Universidad de Barcelona]. <http://hdl.handle.net/2445/144000>

Soto Coaguila, C. A. (2003). La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. *Vniversitas*, 52(106), 519-562. Recuperado a partir de
<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14830>

Teresa Tovar. (2005). A propósito del control de fusiones. Algunas lecciones de la experiencia norteamericana. *Ius et veritas*. Vol 15, N° 30, p. 61-84.

Vallenas, J. (2008). Necesidad de la Ley de Control de Fusiones en el sistema de defensa de la competencia peruano. *Diálogo con la jurisprudencia* -Vol 14, N° 119, p. 351-354

Vigo, L. (2019). *Apuntes sobre el control previo de concentraciones empresariales y su posible incorporación al ordenamiento peruano* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú. Repositorio digital de tesis y trabajos de investigación.
<https://hdl.handle.net/11042/3815>