

JAIME DELGADO
DIRECTOR

¿COMPETIDORES O MONOPOLISTAS?



Jaime Delgado Zegarra

Congresista de la República, Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos y Presidente de la Comisión de Servicios Públicos y Defensa del Consumidor del Parlamento Latinoamericano.

Promotor de la defensa del consumidor en el Perú. Creó la primera asociación de consumidores (APROC) en el año 1984 en la ciudad de Arequipa.

Autor del proyecto de la primera ley de protección del consumidor (1989) e impulsor de su promulgación. Miembro de la Comisión encargada de redactar el nuevo Código de Consumo (2010). Fundador y Ex Presidente de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios ASPEC (1994 - 2010).

Ha sido profesor de diversas universidades, San Agustín de Arequipa, Villarreal, Pacífico y actualmente de la Universidad San Martín de Porres. Ha conducido programas de radio y televisión en Perú desde hace 15 años.

Condecorado con la Medalla Cívica del Jurado Nacional de Elecciones, la Medalla de Honor del Congreso en el Grado de Comendador, Medalla al Mérito de la Producción por PRODUCE, premio Campodónico.

Abogado y administrador de empresas. Ha publicado diversos libros sobre temas de consumo, tales como, Publicidad, Régimen Jurídico y Práctica Comercial, Consumo al Desnudo, Manual de Educación del Consumidor y Fondos de Pensiones ¿Qué futuro nos espera?, entre otros.

JAIME DELGADO
DIRECTOR

¿COMPETIDORES O MONOPOLISTAS?

GACETA
JURIDICA

AV. ANGLAMARSH 6030, SURCOCHES - LIMA - PERÚ
T: 011 4100 / TELEFAX 241-2325
www.gacetajuridica.com

Diego Carrillo Purín - Perú | Santiago Dávila - Perú | Luis Diez Canseco - Perú | Pierre M. Homa - UNCTAD
Fernando Furlan - Brasil | Francisco Marcos - España | Eduardo Pérez Motta - México
José I. Távora - Perú | Glen Weyl - USA | Tania Zúñiga Fernández - Perú

Jaime Delgado Zegarra

¿COMPETIDORES O MONOPOLISTAS?

Director

Jaime Delgado Zegarra

Editor

Gaceta Jurídica S.A.
Av. Angamos Oeste N° 526 Miraflores
Central telefónica: (01) 710-8900

Colaboradores

Francisco Marcos
Diego Carrillo Purín
Glen Weyl
José I. Távora
Pierre M. Horna
Santiago Dávila
Luis Diez Canseco
Fernando Furlan
Tania Zúñiga Fernández
Eduardo Pérez Motta

Corrección de estilo

María Carmen Trevejo López

Diseño de carátula

Jhojan Poma Asto

Primera edición mayo 2012

Registro de proyecto editorial: 11501221200360

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2012-05705

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

ISBN N° 978-612-4113-67-3

Agradecimientos

Agradezco a cada uno de los colaboradores nacionales y extranjeros que han contribuido con sus artículos para esta publicación, porque permite enriquecer la visión sobre este tan importante tema. Agradezco también el apoyo de Gonzalo Wurst, Martín Cabrera, Jorge Mejía y Jhojan Poma por su contribución en la organización y edición de esta publicación.

Tiraje: 1,000 ejemplares

Impreso en Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

ÍNDICE

I.	Presentación	7
II.	Necesidad de una Ley Antimonopolio <i>Jaime Delgado Zegarra - Perú.</i>	9
III.	¿Necesita el Perú un control de concentraciones? <i>Francisco Marcos - España</i>	33
IV.	¡Basta de mitos! ¿El control de conductas sustituye las labores del control de fusiones? <i>Diego Carrillo Purín - Perú</i>	43
V.	Retos para un Mercado de Libre Competencia <i>Glen Weyl - USA</i>	51
VI.	El control de concentraciones empresariales en el Perú <i>José I. Távara - Perú</i>	61
VII.	¿Es necesario un control general de fusiones efectivo para el desarrollo de economías emergentes? <i>Pierre Horna - UNCTAD</i>	77
VIII.	Reflexiones en torno al control de concentraciones empresariales <i>Santiago Dávila - Perú</i>	91
IX.	El control de concentraciones empresariales y sus parámetros de aplicación <i>Luis Diez Canseco - Perú</i>	97

IX. El control de concentraciones empresariales en la Unión Europea	109
<i>Tania Zúñiga Fernández - Perú</i>	
X. Aspectos generales del control de concentraciones en México	121
<i>Eduardo Pérez Motta - México</i>	
XI. Anexos	131
1. <i>Los regímenes antitrust de notificación de fusiones en el mundo</i>	<i>133</i>
2. <i>Proyecto de ley</i>	<i>183</i>

PRESENTACIÓN

No hay cosa que fastidie más a los consumidores que el monopolio, pues ello no solo atenta contra sus derechos, especialmente el de elegir libremente entre diversas alternativas del mercado, sino que lo somete a una situación generalmente de abuso y prepotencia.

Las leyes antimonopolio son esenciales en una economía de libre mercado, y más aun en una economía social de mercado. Fueron precisamente los países con las economías y mercados más desarrollados del mundo que nos demostraron que la mejor forma de preservar el sistema de competencia es combatiendo las prácticas y acuerdos monopolistas.

Lamentablemente en nuestro país es muy poco lo que se ha avanzado en este tema, pues solo hicimos el intento de controlar determinadas conductas, pero obviamos los acuerdos y concertaciones dirigidas a crear monopolios. Y curiosamente quienes se oponen avanzar en este tema se atreven a hablar en nombre de la libre competencia.

Esta publicación sirve precisamente para poner en evidencia las deficiencias de nuestra legislación sobre libre competencia y poner al tanto a los lectores de lo que viene sucediendo en el resto del mundo.

Agradezco a cada uno de los colaboradores, autores de los diversos artículos que hemos incluido en esta publicación, porque con los diferentes matices y formas de abordar el tema, nos permiten formar criterio sobre un campo esencial para el desarrollo de nuestra economía, el fortalecimiento de las políticas de competencia y el control de las prácticas y acuerdos monopolistas.

JAIME DELGADO ZEGARRA
Mayo de 2012

NECESIDAD DE UNA LEY ANTIMONOPOLIO

Para garantizar la libre competencia y cumplir el mandato constitucional

Jaime Delgado Zegarra, Congresista de la República

El afán de competencia, de compararse y superar a los demás es una actitud innata del hombre y probablemente haya acompañado a los seres humanos desde sus primeros días. Los más fuertes, hábiles o inteligentes han tratado de imponerse sobre los demás. El liderazgo es algo que las personas saben reconocer. Pero al mismo tiempo, las sociedades entendieron que por más liderazgo que exista, no pueden entregar todo el poder en una sola mano, porque esto sería nefasto y la historia lo demuestra. Las dictaduras son el ejemplo más claro de hegemonía total, no solo en el plano político, sino también económico. Los monopolios son las dictaduras del mercado, es por ello que la mayoría de gente los rechaza.

Pero al mismo tiempo la competencia sana y leal permite que todos se esfuercen por ser los mejores, en el deporte, las artes, la literatura, los estudios, el ejercicio de la actividad pública, etc. Por eso, en ese sentido hay que promover la competencia.

En los mercados abiertos a la libre competencia las empresas tienen que esforzarse por ser las más eficientes y en consecuencia brindar sus productos y servicios en las mejores condiciones de calidad y precio en favor de los consumidores. La competencia no es una fiesta de amigos, como algunos quisieran, por el contrario es una guerra, una confrontación sangrienta, como cualquier otra competencia. En esta guerra los actores se golpean, se hacen daño y hasta se eliminan. La ley y el sistema de economía de mercado no solo permiten esta situación, sino que la promueve y estimula, siempre que se cumplan determinadas reglas.

Gracias a la libre iniciativa y libre competencia, cualquier ciudadano o empresa puede atreverse a ingresar a casi cualquier mercado, con solo su deseo de hacerlo, y claro, con los recursos que esto requiera.

El artículo 61 de la Constitución Política del Perú establece que **“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolios. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)”**

La libre competencia implica la existencia de diversos ofertantes que disputándose un mismo mercado luchan entre si para ganar el favor de los consumidores.

Cuando hay un solo ofertante o muy pocos, la competencia se ve debilitada y los consumidores terminan pagando precios más altos y probablemente gozando de menor calidad que en aquellos escenarios en donde la eficiencia y competencia podrían permitir.

Atendamos a que nuestra constitución dice que el Estado **facilita y vigila** la libre competencia, es decir que debe ejercer un rol activo frente a aquellas prácticas que puedan afectarla de alguna manera, especialmente en aquellas situaciones donde los daños resulten sustanciales.

Pero no solo dice que facilita y vigila la libre competencia, sino que es mucho más contundente al precisar toda energía que **combate toda práctica que la limite**, es decir todas aquellas situaciones producidas, ya sea por una conducta o un acuerdo que la afecte, que la limite, es decir que reduzca los niveles de confrontación o competencia en un determinado mercado. Y finalmente concluye en que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

Bajo este precepto es claro que nuestra constitución otorga facultades al Estado para que persiga, combata y sancione aquellas con-

ductas anticompetitivas, entre ellas podemos mencionar las prácticas colusorias, tales como la concertación de precios, el reparto del mercado y otras, así como las fusiones o concentraciones empresariales que afecten la competencia en el mercado y puedan derivarnos a un monopolio.

Luego la Constitución se refiere a combatir **el abuso de posiciones dominantes o monopolios**. La posición de dominio se produce cuando una empresa, que gozando de una porción o participación importante en el mercado realiza conductas abusivas, es decir impone situaciones, condiciones o precios que no lo podría hacer si hubiera competencia real en dicho mercado.

Es decir, nuestra Constitución es sumamente clara respecto del régimen de libre competencia y del mandado que le dio al Estado para que lo garantice.

Volviendo al texto del artículo 61 de la Constitución Política, “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolios. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”, se desprenden los siguientes mandados imperativos.

El Estado facilita la libre competencia, es decir brinda las oportunidades para que cualquier ciudadano o empresa, nacional o extranjera pueda ingresar o incursionar en cualquier mercado o actividad económica lícita. En consecuencia, no pueden existir privilegios, ni trabas que le impidan su acceso y si las hubiera, el Estado tiene el deber de eliminarlas.

El Estado vigila la libre competencia, es decir, se convierte en el supervisor, en el inspector del mercado, a fin de evitar que las empresas puedan realizar prácticas que puedan atentar contra la libre competencia.

El Estado combate toda práctica que limite la competencia, es decir que debe asegurarnos a todos los ciudadanos que el mercado se desenvuelva en un régimen de competencia, en una situación de confrontación permanente, donde las empresas se peleen, luchan, y estén en guerra permanente tratando de conseguir el favor de los consumidores. Entonces, las prácticas contrarias a este *animus* competitivo, y más bien dirigidas a eliminarla, deben ser sancionadas con toda severidad.

El Estado combate el abuso de posiciones dominantes o monopolios, es decir debe luchar frontalmente para evitar y corregir aquellas situaciones en que las empresas, aprovechando de su situación privilegiada, ya sea por el dominio de una gran porción del mercado o por su situación de exclusividad monopolio, realice prácticas abusivas, que como dijimos, son aquellas que no les serían posible aplicar si tuviera una real competencia en el mercado.

Ninguna ley puede autorizar ni establecer monopolios, lo cual significa que el Estado queda impedido que crear un régimen de exclusividad en una actividad económica determinada.

Ninguna concertación puede establecer monopolios, lo cual implica que ningún acuerdo, alianza, decisión, pacto o consenso de voluntades entre dos o más empresas, puede derivar en una situación de monopolio. La Constitución no puede ser más clara.

Sin embargo, pese a la claridad del mandato constitucional, algunos entendieron que el monopolio no está prohibido y lo único que se puede sancionar es el abuso de posición de dominio de mercado, sin diferenciar que hay diferentes situaciones por las que se puede llegar al monopolio, unas lícitas y otras no, veamos:

- a) Cuando una empresa es innovadora y la única en el mercado porque inventó el producto o servicio y fue la primera en ponerlo en el mercado, claro que es un monopolio, pero eso no

significa que el Estado la va a sancionar, por el contrario, habría que premiarla por su innovación, y de hecho se hace así otorgándole un régimen de exclusividad para su explotación a través de las patentes de invención.

b) Cuando una empresa es la única que se establece en el mercado. Por ejemplo, si alguien instala una fábrica de helicópteros en el Perú, sería monopolio, ya que no existe otra. Esto tampoco está prohibido, ni podría ser sancionado, por el contrario, ojalá tuviéramos la oportunidad de que alguna de estas fábricas se instale en nuestro país.

c) Una empresa que gracias a su esfuerzo, su profesionalismo, eficiencia, calidad de sus productos, la excelente atención post venta, sus precios apropiados, llega a convertirse en la líder del mercado y eventualmente en un monopolio. Esto tampoco podría ser sancionado por nadie, ya que llegó a ese lugar por sus propios méritos y seguramente estando en esas condiciones estará apta para competir y conquistar nuevos mercados internacionales.

d) Una empresa, que debido a su poder económico y a la estrategia que utiliza para anular a sus competidores, por ejemplo, mediante acuerdos para la adquisición de ellas, sus acciones o fusiones empresariales, llega a dominar todo o gran parte del mercado para luego convertirse en un monopolio. Solo este tipo de prácticas o concertaciones si tienen que ser vigiladas por el Estado y eventualmente evitadas o sancionadas.

Lamentablemente la legislación peruana que desarrolló el artículo 61 de la Constitución (decretos legislativos 701 y 1034) se limitó a prohibir los acuerdos entre empresas dirigidos a fijar precios o repartirse el mercado, pero obviaron desarrollar aquellas conductas de las empresas dirigidas a alterar la estructura del mercado mediante determinadas fusiones y concentraciones.

El resultado es que nuestra legislación y la autoridad de competencia (INDECOPI) pueden sancionar a dos empresas cuando se coluden para fijar precios o repartirse el mercado, pero no cuando una se compra a la otra o ambas se asocian mediante una fusión para acabar con la competencia y constituir un monopolio.

Resulta irónico entonces, que mientras nuestra Constitución Política encomendó al Estado que combata toda práctica que limite la competencia, la legislación que se encargó de desarrollar el concepto, se pasó por alto el control de fusiones y concentraciones que limiten la competencia.

Por supuesto que no todas las fusiones o concentraciones limitan la competencia, seguramente la mayoría de ellas no tiene ningún efecto sobre la ella, pero algunas otras sí. Entonces, quien es sino el Estado, el encargado expresamente por el artículo 61 de la Constitución, de evaluar aquellos casos en que determinadas fusiones o concentraciones, sobre todo aquellas de gran envergadura, pueden limitar la competencia y ser perjudiciales para el mercado, los consumidores y el resto de empresarios.

Entonces, bajo este escenario, nos debemos hacer la siguiente pregunta ¿Por qué las empresas deseosas de acabar con la competencia se van a coludir en un acuerdo de fijación de precios, si con ello se arriesgan a ser sancionadas, cuando la salida legal perfecta es comprar a la empresa competidora o asociarse con ella mediante una fusión?

Bajo esa premisa, el lema en nuestro mercado es "Si no puedes contra tu competencia, cómpratela o asóciate con ella". Es decir, esta es la sacada de vuelta a nuestro régimen constitucional.

Y eso es precisamente lo que ha venido sucediendo a lo largo de los últimos 20 años en nuestro mercado, en el que luego de tremendas confrontaciones empresariales, por ejemplo en el rubro cervecero, cuando en la década de los 90 se declaró la guerra de las rubias entre Backus y Compañía Nacional de Cerveza y pocos años después la

la empresa Backus decidió comprarse a ambas y constituir un absoluto monopolio (100%) en el mercado cervecero nacional. Y esto se hizo bajo la complacencia de las autoridades de competencia, que no dijeron ni pio.

En los años 90 el argumento para evitar la evaluación de las fusiones y concentraciones era que nuestra economía recién se abría al mercado internacional y que era necesario que las estructuras del mercado se reacomoden a los tiempos modernos. Han pasado 20 años y ahora dicen que no puede hacer control de fusiones o concentraciones porque la Autoridad de Competencia se podría equivocar al evaluar o eventualmente rechazar o no autorizar una concentración empresarial. Entonces, para evitar equivocarse hay que aprobar todas, automáticamente, sin trámites de ningún tipo y sin distinguir si se trata de una pequeña fusión o de una gran concentración que constituya monopolio. Total, dicen, si se llegara a constituir un monopolio, ya vendrá alguien después (no se sabe si en un año o en veinte) que se anime a hacerle competencia a dicha empresa.

Esa es una lógica perversa por las siguientes razones:

- a) No distingue si se trata de un mercado con amplias facilidades de acceso al mercado en el que efectivamente el monopolio puede ser efímero en tanto cualquiera en cualquier momento y con mucha facilidad puede hacer competencia. Por ejemplo, poner un restaurante, una fábrica de zapatillas, confección de uniformes, etc. Frente a industrias con fuertes barreras de entrada, debido a diversos factores legales, licencias, acceso a fuentes de agua, a complejas redes de distribución, a fidelidad de marcas, etc.
- b) No diferencia si se trata de una fusión que vaya a concentrar una porción pequeña del mercado, frente a otra que prácticamente signifique monopolizar el 100% de la actividad.
- c) No considera el daño que pueden sufrir los consumidores al tener que soportar a un monopolio durante los años que perdure

al tener que soportar a un monopolio durante los años que perdure hasta que venga alguna otra empresa a competir.

d) No considera que otros empresarios, pequeños y medianos, tienen derecho a incursionar en los mercados, sin que existan estructuras dominantes tan rígidas que no les permitan ingresar.

Es por esta razón que la mayoría de países del mundo cuentan con leyes que protegen y defienden la libre competencia y combaten las prácticas monopólicas con toda su fuerza. Los Estados Unidos de Norteamérica es el país líder en este tema porque ellos defienden el funcionamiento de una economía de mercado, para lo cual es imprescindible garantizar el derecho de competir de cualquiera.

Setenta países del mundo cuentan con legislación para controlar y aprobar previamente fusiones o concentraciones económicas que pongan en peligro la libre competencia. Esto no significa que todas las fusiones o concentraciones son prohibidas, ni que todas las operaciones empresariales de este tipo deban pasar por autorización previa, sino solo aquellas que por su gran volumen o participación de mercado evidencien un riesgo para la competencia, labor que además debe desarrollarse con muchísimo profesionalismo por la autoridad de competencia.

Si el Perú no desarrolla a nivel legislativo este mandato constitucional, ni fortalece a su Autoridad de Competencia, con facultades para evaluar y vigilar estas conductas anticompetitivas y monopolistas, se corre el riesgo de que se vayan formando grandes monopolios y oligopolios, a vista y paciencia de todos, como los que ya se han formado en algunos mercados, que dañen las estructuras competitivas y que desincentiven a inversionistas nacionales y extranjeros a incursionar en dichos mercados.

Quienes vamos a pagar las consecuencias, sino las estamos pagando ya, somos los consumidores y usuarios, los pequeños y medianos empresarios y el país en su conjunto.

En el contexto internacional es habitual que las empresas cuando pretenden realizar fusiones o concentraciones, especialmente las de gran envergadura, pasen por un proceso de evaluación de las autoridades de competencia. Es más, cada vez que alguna empresa extranjera quiere hacer una operación de esta naturaleza en el Perú, pregunta a sus abogados o asesores cual es el procedimiento para acogerse al sistema de evaluación y se encuentra con la respuesta que en el Perú todas las fusiones, adquisiciones o concentraciones, de cualquier tipo, de cualquier tamaño, están aprobadas automáticamente, sin importar si con ellos se forma un monopolio al 100%. Por su puesto que los empresarios extranjeros se sorprenden de tal permisibilidad.

En los mercados internacionales, fastidia mucho que los países no cuenten con mecanismos eficientes de control monopólico, fastidia porque no se les da certeza a los empresarios de que cuando estén operando, luego de haber realizado importantes inversiones, no vaya a venir un todopoderoso a apropiarse del mercado y monopolizar todo mediante prácticas vedadas, a vista y paciencia de las autoridades de competencia.

Una muestra de ello es la condición que ha fijado el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, que establece en el Título VIII, artículo 259 relativo a los objetivos y principios de la competencia que:

1. Reconociendo la importancia de la libre competencia y que las prácticas anticompetitivas tienen el potencial de distorsionar el adecuado funcionamiento de los mercados, afectar el desarrollo económico y social, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor y menoscabar los beneficios resultantes de este Acuerdo, las Partes aplicarán sus respectivas políticas y leyes de competencia.
2. Las Partes acuerdan que las siguientes prácticas son incompatibles con el presente Acuerdo en la medida que dichas prácticas puedan afectar el comercio y la inversión entre las Partes:

- (a) cualquier acuerdo, decisión, recomendación, o práctica concertada que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia de conformidad con lo dispuesto en sus respectivas leyes de competencia;
- (b) el abuso de una posición dominante de conformidad con lo dispuesto en sus respectivas leyes de competencia; y
- (c) concentraciones de empresas, que obstaculice significativamente la competencia efectiva, en particular como resultado de la creación o fortalecimiento de una posición dominante de conformidad con lo dispuesto en sus respectivas leyes de competencia.

Este inciso c) es muy claro, pero la pregunta es ¿qué mecanismos legales (aparte de nuestro mandato constitucional) tenemos para asegurar el cumplimiento de este compromiso de vigilar y declarar incompatibles aquellas concentraciones de empresas que obstaculicen significativamente la competencia, en particular como resultado de la creación o fortalecimiento de una posición dominante?

Los mercados deben tener estructuras adecuadas que promuevan y faciliten la competencia. Es por esta razón que en la mayoría de los sistemas legislativos de competencia existentes en el mundo, se complementan dos funciones del Estado, el ex post, es decir aquel que se realiza ya cuando los agentes económicos ya están actuando en el mercado y un control ex ante, previniendo, con anticipación a que se concreten los hechos, por ejemplo las fusiones, un daño al mercado que sería irreversible. A este tipo de controles se les denomina control de conductas –abuso de posición de dominio y acuerdos colusorios–; y un control de estructuras, cuyo objetivo es evitar la formación de estructuras de mercado nocivas para la competencia.

La legislación de libre competencia en nuestro país, optó solo por el control ex ante, es decir control de conductas, obviando el control de estructuras, con lo cual se hizo caso omiso al mandato constitucional

de vigilar que mediante acuerdos empresariales (fusiones, adquisiciones, sociedades, etc...) se constituyan monopolios. Solo existe una excepción, en noviembre de 1997 durante el proceso de privatización de los servicios públicos de electricidad, fue dictada la norma que hasta nuestros días representa la única disposición sobre evaluación de fusiones y concentraciones o control de estructuras por parte del Estado, se trata de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Anti oligopolio del Sector Eléctrico. Esta ley establece lo siguiente:

Artículo 1°.- Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

Artículo 2°.- Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión, la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiere el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación *-joint venture-*, asociación en participación, o uso usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

Actualmente en el Perú se están incrementando las concentraciones en el mercado, lo cual influye en los niveles de precio. Un ejemplo lo tenemos en el mercado previsional con las Administradoras de Fondos de Pensiones AFP, que cobran a los afiliados comisiones por administrar sus fondos en niveles mucho más altos que los que se cobran en otros países.

Estos procesos de concentración económica producen el menoscabo de la competencia efectiva en los mercados. En este sentido, es necesario reformar nuestra legislación de competencia para proteger y salvaguardar el sistema de economía social de mercado, evitando que uno de los competidores en el mercado adquiera el control suficiente sobre otro sin que INDECOPI pueda determinar a través de una evaluación previa si dicho acto es compatible con el mercado o si puede ocasionar un daño grave al proceso competitivo afectando la libre competencia y la libre elección de los consumidores.

El control de estructuras es un complemento al control de conductas. La evaluación previa y de ser el caso la aprobación de dicho acto de concentración o fusión, responde a la lógica de que es mucho más complicado y costoso que una vez realizada la concentración se intente revertir sus efectos.

El siguiente gráfico con el informe elaborado por la consultora MAXIMIXE, da cuenta de los grandes niveles de concentración de mercado en determinados sectores de la economía de nuestro país.

MERCADOS ALTAMENTE CONCENTRADOS

Mercado de :	IHH	Empresa 1	%	Empresa 2	%
Cerveza	9,100	UCPBJ	95	Ambev	5
Soda cáustica	7,200	Quimpac	85	Pequeños importadores	
Jabón de lavar	7,100	Alicorp	84	Pequeños importadores	
Gas natural	5,500	Pluspetrol	73	Aguaytis	12
Lácteos	4,900	Gloria	68	Nestlé	13
Combustibles	4,600	Petroperú	51	Repsol	45
Detergentes	4,300	Procter & Gamble	60	Alicorp	26
Gaseosas	4,200	Corp. J.R. Lindley	61	Ajeper	21
Aceites comestibles	3,800	Alicorp	46	SAO	20
Fideos	3,700	Alicorp	46	Molitalia	20
Avícola	3,300	San Fernando	54	Chimú Agropecuaria	12
Harina de Trigo	3,000	Alicorp	45	Molitalia	19
GLP	3,000	Pluspetrol	50	Repsol	19
Petróleo	2,700	Pluspetrol	37	Repsol	32
Cemento	2,600	Cementos Lima	40	Cemento Andino	21
Hierro y acero	2,100	Aceros Arequipa	38	Siderperú	25

MERCADOS MODERADAMENTE CONCENTRADOS

Mercado de :	IHH	Empresa 1	%	Empresa 2	%
Azúcar	1,700	Paramonga	21	Cartavio I	9
Siembras de caña de azúcar	1,400	CasaGrande	26.5	Pomalca	14.3
Útiles de escritorio	1,300	Faber Castell	30	Carvajal	17
Embutidos	1,300	Razzeto	20	Supemsa	16

Fuente: Informe Consultora Maximixe

Leyenda:

- IHH: Índice de Herfindahl-Hirschman (valores superiores a 1,800 corresponden a un mercado altamente concentrado, entre 1,000 y 1,800 a uno moderadamente concentrado).
- Índice de Herfindahl-Hirschman: El IHH tiene en cuenta el tamaño y la distribución de las empresas en un mercado.

Tal como se puede observar en las gráficas presentadas, en nuestro país existen algunos mercados con alto grado de concentración y curiosamente son sectores, que por la naturaleza de sus productos, afectan directamente la economía de los consumidores y sus hogares, como son los lácteos, fideos, aceites comestibles, huevos, azúcar, embutidos y pollos; o en otros que afectan a consumidores, industrias y transportistas, como son los combustibles.

El control de estructuras (*ex ante*) debe ser visto como un mecanismo de seguro que se verá activado en el eventual caso que una fusión pueda conllevar efectos negativos a la sociedad, en perjuicio de los consumidores y usuarios. El costo de dicho seguro se ha previsto en el presente proyecto de una manera razonable en tanto que el umbral se ha determinado en un nivel relativamente alto comparado con países de similar tamaño al de la economía peruana.

No todo acto de concentración o fusión debe pasar por evaluación previa, sino solo aquellos de gran envergadura, por ejemplo los que sobrepasen, en volúmenes de venta anuales 100 mil UIT (365 millones de soles, aproximadamente 137 millones de dólares). Lo cual significa que muy pocas operaciones pasarían por evaluación, solo aquellas de gran volumen de concentración.

De acuerdo al siguiente gráfico el número de empresas con ingresos mayores al umbral objetivo propuesto apenas sería de 200 empresas; en la tabla se muestra información para otros umbrales en términos de UIT.

Umbral (UIT)	Número de empresas con ingresos sobre el umbral
150,000	130
100,000	200
50,000	400

Fuente: (Perú: *The Top 10 000 companies*) International Competition Network (INC)

Siguiendo esta estadística, en el 2011, según "Perú: The Top 10 000 companies" del estudio realizado por el INC, se identificaron 17 operaciones de concentraciones "importantes" con transacciones mayores a US\$ 55 millones. De estas operaciones, al menos 11 superaron el umbral de 100 000 UIT de ingresos reportados en el 2010.

Estas cifras ratifican que con un umbral de 100 mil UIT de volúmenes de venta anual no se afectaría a un número de operaciones de concentración muy significativo.

Dicho esto, debemos mencionar que la experiencia internacional nos indica que, de no contar con un control de estructuras (ex ante) la pérdida económica es importante y la posibilidad de implementar medidas remediales desaparece¹.

Es preciso mencionar que no todos los actos de concentración producen efectos anticompetitivos, por el contrario, hay muchas fusiones que son necesarias para enfrentar con mayor eficiencia y capacidad competitiva al mercado nacional o extranjero. Al Estado no le debe preocupar este tipo de operaciones que se dan frecuentemente y que muchas de ellas son exitosas. Pero si atender a aquellas operaciones que conllevan a la monopolización de un mercado que opera en circunstancias especiales, como los que poseen altas barreras comerciales o legales de entrada, que hace imposible que un competidor real o potencial pueda influir en los precios.

Una de las observaciones que se han escuchado frente a la posibilidad de implementar mecanismos de control de fusiones y concentraciones es que esto podría generar mayores costos de adaptación por parte del Estado, es decir el INDECOPI, ya que esto demanda un incremento de personal especializado y con experiencia y una capacitación especial. Esto es verdad, pero eso es parte del cumplimiento de los deberes del Estado para poner en práctica el mandato constitucional.

1. INDECOPI. Control previo de fusiones y adquisiciones en el Perú en el marco del proyecto de Ley de la Competencia. Lima; Gerencia de Estudios Económicos, 2005

Sin embargo, debemos tener en cuenta que si no se preserva la libre competencia en los mercados, y más bien por la inercia se permiten estructura monopólicas u oligopólicas, los perjuicios que están sufriendo los consumidores y en consecuencia el país son muy altos, son millonarios e incalculables en este momento en que no existen mecanismos de evaluación de los impactos que le están significando al país tener que aceptar de manera silenciosa y sin quejarse los precios más altos que tenemos que pagar por bienes y servicios que provienen de proveedores monopólicas.

Corresponderá a la agencia de competencia determinar los términos y/o medidas que deberán ser adoptados para la reorganización o reestructuración de la institución y al Congreso y el Poder Ejecutivo brindarle los recursos o instrumentos legales necesarios para que cumplan su labor con eficacia a fin de preservar la libre competencia en el Perú.

También se dice que las partes sometidas a una evaluación de concentración deben asumir costos para sustentar su posición ante la autoridad de competencia. Esto es cierto, pero dichos costos son pequeñísimos respecto de los volúmenes de la operación. Estos costos se resumen en los siguientes conceptos, (A) tasas de notificación, (B) costos indirectos asociados con la tramitación de la notificación (gastos en asesoría legal y económica) y (C) costos indirectos asociados con el tiempo de evaluación por parte de la autoridad.

A) De acuerdo con el proyecto, el costo de notificación será de 0,1% del valor total de la operación que tendrá **como máximo** 50 UIT (S/. 182,500). Dicho costo se encuentra plenamente justificado en el costo que supondría para el agente de competencia, en este caso el INDECOPI, para implementar la norma, entre otros, la contratación de personal experto en Derecho y Economía de la Competencia.

A modo de ejemplo, en el caso de una concentración de empresas cuyo volumen de ingresos en conjunto supera las 500,000 UIT la tasa máxima representaría sólo el 0.1% del volumen de negocio involucrado en la transacción, monto que claramente no implica-

un barrera administrativa al desarrollo de la fusión.

B) Los gastos administrativos indirectos están relacionados al costo de la asesoría que las empresas contratarían para realizar la notificación y sustentar los argumentos económicos y legales. El tiempo que puede tomar a la Autoridad de Competencia en resolver la solicitud de concentración, también sería un costo indirecto para las partes. Sin embargo, el proyecto plantea importantes provisiones para reducir estos costos indirectos. En primer lugar, el umbral de notificación contemplado es sustantivamente elevado, lo que reduce la necesidad de notificación (y con ello el costo indirecto) a solo un grupo reducido de empresas cuyas operaciones de concentración superan el umbral previsto.

En principio, las empresas que superarían el umbral de 100,000 UIT de facturación anual y que podrían requerir notificar una operación de concentración (siempre que la otra parte de la operación supere los 10,000 UIT) son cerca de 200, pero de estas sólo 11 operaciones de concentración hubieran sido notificadas ante el INDECOPI.

C) Se ha considerado plazos cortos para reducir el costo del tiempo de tramitación para las partes de acuerdo a la mejor práctica internacional: un plazo corto de 30 días para casos simples y un plazo más extenso de 90 días adicionales (en total 120 días para el caso de actos de concentración que por su magnitud y complejidad requieran una mayor profundidad de análisis y de información por parte de la Comisión.

De acuerdo con la práctica internacional, es común que sólo un porcentaje reducido de notificaciones requieran ser analizadas en el plazo extendido. Ello implica que el costo de tiempo de tramitación sólo sería asumido por un número reducido de empresas, es decir, 1 o 2 de las 11 potenciales concentraciones en un año.

En cambio, los beneficios de prevenir concentraciones monopólicas, y así evitar los daños que se puedan generar en el mercado, son inmensamente mayores que los costos que puedan implicar las evaluaciones previas por parte de la autoridad de competencia.

Sobre el particular, existe un amplio consenso en la literatura económica respecto a que, en ausencias de eficiencias económicas, las concentraciones pueden derivar en situaciones de ejercicio de poder de mercado, que reducen el bienestar económico de la sociedad, sobretudo de los consumidores. Además, la necesidad urgente de que el Perú cuente con un control de concentraciones ha sido recomendada en la revisión sobre políticas de competencia en el Perú que efectuó una misión de expertos del Organismo de Cooperación para el Desarrollo (OECD) en el año 2004:²

Según la Recomendación 6.3 de la OECD respecto de la Ley de Libre Competencia, se debe enmendar para proveer un control de fusiones y aclarar el criterio jurídico que se debe aplicar a los cárteles y otros acuerdos horizontales.

Algunos sectores se han vuelto significativamente menos competitivos a partir de las fusiones ocasionadas en los últimos años, por lo que se puede deducir que los mecanismos de control de fusiones habrían evitado esos problemas. A modo de ejemplo, lo que ocurrió en la adquisición de Telefónica con Bell South, el INDECOPI ni el OSIPTEL en ese momento contaba con facultades específicas (salvo el mandado constitucional) para evaluar el probable impacto de la dicha adquisición.

2. OECD (2004), Competition Law and Policy in Peru. A peer review. p.69

El análisis de las fusiones pueden ser complejos, pero la Comisión de Libre Competencia cuenta con 20 años de experiencia y debidamente reforzado puede estar preparado para un proceso de esta naturaleza.³ . Además existen muchísimas instituciones públicas y privadas a nivel internacional con gran experiencia en estos temas, que estarían gustosas de apoyar a la Autoridad de Competencia a reforzar sus equipos técnicos para ejercer estas funciones con mucha eficacia. A modo de ejemplo mencionamos el Artículo 264 del Acuerdo Comercial entre el Perú y la Unión Europea respecto de la asistencia técnica. Este señala claramente lo siguiente:

1. Con el propósito de lograr los objetivos de este Título, las Partes reconocen la importancia de la asistencia técnica y promoverán iniciativas con miras a desarrollar una cultura de competencia.
2. Las iniciativas realizadas de conformidad con el párrafo 1 se enfocarán, entre otras, en fortalecer las capacidades técnicas e institucionales en lo que respecta a la aplicación de política de competencia y el cumplimiento de las leyes de competencia, la capacitación o formación de recursos humanos y el intercambio de experiencias.

3. "(...) Recommendation 6.3. The Free Competition Law should be amended to provide for merger control and to clarify the legal standard to be applied to cartels and other horizontal agreements; there is no apparent reason to amend the law to cover excessive pricing.

This proposal should be made and accepted. Peru has witnessed increasing concentration in quite a few industries. Some of the markets in which Indecopi has found or is investigating price fixing and abuse of dominance have recently become significantly more concentrated because of mergers, and it is arguable that merger control would have prevented these problems. Moreover, neither Indecopi nor Osiptel has the authority to assess the likely impact of Telefonica's recent acquisition of Bell South. The arguments against merger control are for the most part either wrong or outdated. The argument that small, open economies do not need merger control or that such control could interfere with domestic firms' realisation of scale economies has been thoroughly discredited. Merger analysis can be complex, but the Free Competition Commission's ten years of experience have prepared it for the process. And the cost of merger control can be managed by giving Indecopi the authority to set thresholds for pre-merger reporting (...)"

Para concluir diremos que en el juego democrático, el precepto constitucional es la ley de leyes, la de más alto rango. Toda la legislación queda subordinada a ese mandato. En consecuencia, ya no está en discusión si el Estado debe evitar o no que mediante acuerdos empresariales se formen estructuras monopólicas, eso lo discutió el constituyente y concluyó que por encima de cualquier interés empresarial en particular, debe primar el principio de la libre competencia y combatir las prácticas monopólicas. Es hora entonces de poner en práctica el mandato constitucional del artículo 61 que volvemos a repetir.

“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolios. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)”

¿NECESITA EL PERÚ UN CONTROL DE CONCENTRACIONES?



FRANCISCO MARCOS - ESPAÑA

Doctor en Derecho por el Colegio de España en Bolonia (1998) y Máster en Derecho por la Universidad de California en Berkeley (1995), así como profesor de IE Law School desde 2003. Experto en análisis económico del Derecho, ha desarrollado una intensa actividad investigadora y docente en universidades tan prestigiosas como Harvard, Georgetown, Berkeley (California) y Bolonia (Italia).

Entre 2006 y 2009 fue Director General del Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid. Su área de especialización es el Derecho de la empresa y el análisis económico del Derecho en materias sobre las que ha impartido conferencias y publicado más de medio centenar de artículos en revistas especializadas (sociedades, auditoría de cuentas, mercado de valores, propiedad intelectual, defensa de la competencia, publicidad y competencia desleal). Es autor de los libros "La negociación cruzada en mercados de valores extranjeros. Las "Depository Shares" y "El Coste de la muerte".

¿NECESITA EL PERÚ UN CONTROL DE CONCENTRACIONES?

Francisco Marcos¹ - España

INTRODUCCIÓN

La ausencia de control de concentraciones empresariales en el Perú puede ser una de las causas del elevado grado de concentración que muestran algunas de sus industrias y sectores de actividad económica². Como es sabido, para la defensa de la competencia la excesiva concentración en un mercado no es mala, ni condenable *per se*, pero suele ser un terreno fértil en el que florezcan prácticas anticompetitivas y de abuso de poder de mercado³.

De hecho, de haber existido control de concentraciones en el pasado, es innegable que seguramente este instrumento hubiera jugado algún papel relevante en algunas transacciones empresariales que tuvieron lugar en los últimos años, condicionando o incluso impidiendo su realización en la medida que disminuían significativamente la competencia en el mercado. Se alude como ejemplos claros a la adquisición en 2000 por la UNIÓN DE CERVECERÍAS BACKUS Y JOHNSTON S.A.A. del 97,85% de las acciones de la COMPAÑÍA CERVECERA DEL SUR DEL PERÚ, S.A.A. (CERVESUR)⁴,

1. IE Law School, Madrid (España), francisco.marcos@ie.edu

2. En la completa memoria que acompaña al Proyecto se habla de concentraciones inusuales en los mercados de la cerveza, la sosa cáustica, los detergentes, el gas natural y los productos lácteos, véase CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Proyecto de Ley n° 972/2011-CR, Ley de promoción de la libre competencia y la eficiencia en los mercados para la protección de los consumidores, 28 de marzo de 2012, págs. 9-10 (disponible <http://jaimedelgado.pe/wp-content/uploads/2012/04/PL00972020412.pdf>)

3. "Los mercados concentrados generan más riesgo a la concertación entre los agentes económicos y hacen que las prácticas abusivas puedan ser más efectivamente desarrolladas", como dice ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ, Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales, 2ª ed., Palestra, Lima 2006, pág. 1008.

4. Evidencia significativa de la intensa y agresiva competencia que existía entre ambas, en JOSÉ A. EXPURUA y LUIS SÁNZ, "Cervesur", Revista Latinoamericana de Administración, Cladea 27 (2001) 79-115 (<http://revistaacademia.uniandes.edu.co/index.php/Cladea/article/view/133/137>). El propio INDECOPI tuvo ocasión de pronunciarse, si

lo que le convirtió en el único productor nacional de cerveza, y también a la adquisición en 2004 por TELEFÓNICA de los activos celulares en Latinoamérica de BELL SOUTH⁵.

La lógica sobre la que reposa el mecanismo control de concentraciones económicas busca actuar anticipadamente -con carácter preventivo- sobre aquellas adquisiciones o fusiones de empresas que seguramente vayan disminuir la competencia efectiva en el mercado, porque den lugar o consoliden posiciones de poder de mercado que puedan conducir a restricciones a la competencia. Un control de concentraciones eficaz filtrará ese tipo operaciones, sin actuar sobre el resto, que podrán realizarse libremente tras superarse, en su caso, un breve trámite administrativo. En su caso, aquellas operaciones que se detecten y que se considere que conducirían a una disminución significativa de las condiciones de competencia en el mercado deben ser analizadas con detalle, permitiendo su realización sólo con condiciones o requisitos que permitan salvaguardar adecuadamente las condiciones de competencia. Excepcionalmente, las autoridades de competencia impedirán que se ejecuten y lleven a cabo aquéllas transacciones que ineludiblemente llevarían a la desaparición de la competencia en el mercado⁶.

Es cierto que, para ser respetuoso con la libertad de empresa, cualquier sistema de control de concentraciones debe establecer un marco jurídico estable, previsible y cierto, que proporcione seguridad y certidumbre jurídica a las empresas sobre las obligaciones de notifi-

quiera de pasada, sobre los problemas derivados de la posición de la compañía resultante en el mercado en varias resoluciones relativas a la negativa de acceso a AMBEV al sistema de intercambio de envases de cerveza, véanse Resoluciones de 10 de marzo de 2004, N° 010-2004-INDECOPI/CLC; de 25 de marzo de 2004, N° 014-2004-INDECOPI/CLC (y N° 015-2004-INDECOPI/CLC) y de 2 de julio de 2004 N° 0282-2004/TDC-INDECOPI, Exp. N° 001-2004-MC1/CLC.

5. Entre los que se encontraba la operadora Bell South Perú, lo que le permitió a Telefónica del Perú consolidar una posición de dominio en los distintos mercados en los que operaba la compañía, véase AUGUSTO HIDALGO SÁNCHEZ, "Estado de la telefonía en el Perú al año 2005", Gestión en el Tercer Milenio, Rev. de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas, UNMSM, Vol. 9, n° 18, dic. 2006, págs. 48-49 (disponible en http://200.62.146.19/bibvirtualdata/publicaciones/administracion/n18_2006/a06.pdf).

6. Digo "excepcionalmente" porque en la práctica esto suele ocurrir en muy pocas ocasiones. Baste reseñar, por ejemplo, que en la historia del procedimiento comunitario de control de concentraciones sólo se han prohibido 22 operaciones de las 4925 que se han notificado desde 1990 hasta el 31 de marzo de 2012 (<http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>).

cación, los parámetros o criterios de control y las consecuencias del mismo. De igual manera, el procedimiento ha de ser rápido y transparente (aunque salvaguarde los aspectos confidenciales de la actividad de las empresas implicadas) y libre de interferencias políticas.

Es también imprescindible que los criterios de decisión de las autoridades sean de carácter técnico y derivados del análisis económico y de la organización industrial, y que sean aplicados por autoridades especializadas e independientes. Algunas de estas características se predicen ya de los procedimientos de aplicación de las típicas prohibiciones *antitrust*, lo que conduce a que sean normalmente los propios órganos encargados de esta tarea los que se encarguen de la llevanza y tramitación del procedimiento control de concentraciones.

El control de concentraciones: impacto en el bienestar del consumidor

Como ocurre con el resto de las normas de defensa de la competencia (la prohibición de acuerdos y conductas anticompetitivas y la prohibición de abuso de posición dominante) es discutible cuál sea el impacto del control de concentraciones en el bienestar del consumidor⁷. Alternativamente, puede considerarse en qué medida el mecanismo de control de concentraciones produce decisiones o intervenciones administrativas erróneas.

De nuevo, el parámetro del error sería el impacto de la intervención de las autoridades sobre la concreta operación en el bienestar del consumidor. Así, en lo que al control de concentraciones atañe, la

7. JONATHAN B. BAKER, "The case for Antitrust Enforcement", *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 17, nº 4, otoño 2003, pág. 42, considera que los beneficios de la aplicación de las normas de defensa de la competencia (incluyendo el control de concentraciones) superan los costes que dicha aplicación engendra, aunque "cualquier cálculo cuantitativo es altamente especulativo". No obstante, tanto la Federal Trade Commission como la Office of Fair Trading y la Comisión europea han cuantificado (y publicitado después) ya en alguna ocasión el ahorro para los consumidores que se deriva de la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Así, por ejemplo, la OFT estima que la aportación al bienestar del consumidor de su intervención en el control de concentraciones (entre 2008 y 2011) es de 90 millones de libras esterlinas, véase OFFICE OF FAIR TRADING, *Positive Impact 10/11. Consumer benefits from the OFT's work*, July 2011, OFT1354 (disponible en http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/Evaluating-OFTs-work/OFT1354.pdf).

En cambio, otro estudio considera un cierto impacto negativo de la aplicación de las normas antitrust en el bienestar del consumidor, aunque referido a los Estados Unidos de Norteamérica, con las particularidades que el control de concentraciones tiene en ese país, véase ROBERT W. CRANDALL y CLIFFORD WINSTON, "Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence", *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 17, nº 4, otoño 2003, págs. 16-20.

autoridad debe ocupar su tiempo exclusivamente en las operaciones potencialmente restrictivas de la competencia, analizándolas con detalle, prohibiendo las claramente perjudiciales para la competencia y, en otras, eventualmente imponiendo condiciones que la salvaguarden⁸. Las transacciones que son eficientes desde un punto de vista empresarial pero no tienen un impacto previsiblemente negativo en los consumidores deberían dejarse transcurrir sin mayor dilación.

De un lado, debe evitarse a toda costa tanto el exceso de celo que supongan los errores tipo I o falsos negativos (cuando se interviene sobre una operación que tendría efectos pro-competitivos, prohibiéndola o condicionándola). En este caso, los consumidores se verían perjudicados porque no se beneficiarían de la reducción de precios y de las ventajas que se derivarían de una concentración eficiente y pro-competitiva.

De otro lado, debe evitarse la pasividad de las autoridades y los errores tipo II o falsos positivos (cuando se autoriza y deja pasar una operación con efectos previsiblemente anticompetitivos). En este caso, el bienestar del consumidor disminuiría por el aumento en los precios o la menor calidad consecuencia del mayor poder de mercado.

Por tanto, el propósito del sistema debe ser evaluar el impacto potencial en la competencia de las concentraciones empresariales en las condiciones de competencia en el mercado, evitando y condicionando las que previsiblemente conduzcan a una restricción en la competencia, pero sin retrasar el resto de las operaciones, y con los menores errores posibles.

Ciertamente, ningún sistema es infalible y, como ocurre con las prohibiciones de prácticas anticompetitivas, es posible que las autoridades de defensa de la competencia se equivoquen. Tanto por exceso, como

8. Con todas las cautelas que deben tomarse este tipo de estudios, en su análisis de la experiencia holandesa entre 1998 y 2002, BAS POSTEMA, MARIE GOPPELSROEDER y PETER A.G. VAN BERGEIJK, "Costs and Benefits of Merger Control: An Applied Game Theoretic Perspective", *Kyklos* Vol. 59, nº 1, 2006, págs. 85-98, apuntan que las operaciones prohibidas en ese período hubieran conducido a una elevación de precios en los cuatro mercados afectados. Otro tanto cabe decir del trabajo de TOMASO DUSO, K. GUGLER Y B. B. YURTOGLU, 2011, How effective is European merger control?, *European Economic Review*, Vol. 55 (7), 980-1006, que alcanza conclusiones análogas utilizando los datos de cotización de las compañías partícipes en concentraciones examinadas por la Comisión Europea entre 1990 y 2002.

por defecto, por la información empleada o por el análisis desarrollado, las autoridades pueden adoptar decisiones erróneas. No hay nada que haga el ejercicio de valoración para la aplicación de las prohibiciones de abuso de posición de dominio menos especulativo que respecto del control de concentraciones⁹.

La reciente experiencia europea ofrece evidencia sobre la detección de algunos errores del control de concentraciones, que normalmente en este caso suelen ser de tipo I (falsos negativos)¹⁰. Cualquier análisis sobre el particular tiene el sesgo de que por definición, naturalmente, los errores por inactividad o pasividad -tipo II- son más difíciles de detectar (*underenforcement*), lo que no significa que no existan o que, incluso, puedan ser los más frecuentes¹¹.

En suma, el sistema debe diseñarse de tal manera que se minimice el riesgo de error y que prevea, en su caso, adecuada compensación a las empresas afectadas si se les ocasiona un daño. Finalmente, la eficacia del control de concentraciones al margen de la transacción

9. Por eso parece un tanto exagerado concluir que “el control de fusiones [sea] un acto de adivinación, en el que el conjunto de funcionarios públicos tiene que predecir los efectos positivos o negativos de la operación. Esa decisión se toma con información limitada y pobre y el margen de error es muy alto”, como considera BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, pág. 952. Parece más bien –como él mismo atinadamente reconoce algunas páginas antes en su magnífico libro– que las hipótesis y la información incompleta con las que opera el control de concentraciones no han de implicar necesariamente una menor certidumbre que las decisiones *ex post* de las autoridades (“Buena parte de las decisiones que toman las agencias de competencia se basan en lo que creen que ocurrirá en el futuro”), pág. 908 (n.7).

10. Los tres casos reseñados de errores tipo 1 (falso negativo –overenforcement–) son las decisiones en 1999 y 2001 de prohibir las operaciones AIRTOURS/FIRST CHOICE (COMP/M.1524); SCHNEIDER/LEGRAND (COMP/M.2283) y TETRA LAVAL/SIDEL (COMP/M.2416); y el Tribunal General de la UE (a la sazón de primera instancia) decretó en 2002 que la Comisión europea se había equivocado (respectivamente, T 342/99, T-310/01 y T-77/02; T-5/02 y T-80/02). Adicionalmente, respecto de una de estas operaciones la Comisión tuvo que resarcir a las empresas de los daños causados (T-51/03, aunque véase C-439/09). Sobre las causas de fondo de los errores, con referencias a otros trabajos suyos, véase ARMANDO E. RODRÍGUEZ y ASHOK MENON, *The Limits of Competition Policy. The Shortcomings of Antitrust in Developing and Reforming Economies*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2010, págs. 112-114.

11. Como consideran, en su análisis de la primera década en la experiencia comunitaria del sistema de control de concentraciones, DAMIEN J. NEVEN y LARS-HENDRICK RÖLLER, “Discrepancies between markets and regulators: An analysis of the first ten years of EU Merger control”, en *The Pros and Cons of Merger Control. 10th Anniversary of the Swedish Competition Authority*, Swedish Competition Authority, ed., Stockholm, 2002 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=361761> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.361761>), págs. 13-38. Ciertamente, en la praxis comunitaria el único error de tipo 2 (falso positivo –underenforcement) detectado es la concentración SONY/BMG (COMP/ M.3333), aprobada por la Comisión sin condiciones y en primera fase el 19 de julio de 2004, que fue anulada por el Tribunal General el 13 de junio de 2006 (T-464/04), de manera que la Comisión europea volvió a analizarla (en particular en los aspectos relativos a la consolidación de una posición de dominio colectiva en el mercado), aprobándola –de nuevo– el 3 de octubre 2007.

concreta se proyecta sobre la conducta futura de las empresas en el mercado y se producirá en la medida que disuada a las empresas de acometer operaciones que susciten problemas para la competencia. La evidencia obtenida en aquellos países en los que este instrumento existe desde hace tiempo permite acreditar el carácter disuasorio de las prohibiciones de operaciones de concentración por las autoridades, lo que lleva a las empresas a no proponer operaciones que potencialmente susciten riesgos para la competencia en el mercado¹².

Por otro lado, una vez establecido el sistema, la eficacia del control de concentraciones estará también relacionada con la eficacia de las condiciones o remedios que eventualmente se puedan imponer a las operaciones de concentración que susciten problemas para la competencia. Tampoco las decisiones de las autoridades de defensa de la competencia sobre este particular están exentas de errores y el tipo de remedios que se acuerden e impongan condicionará tanto la eficacia del control de concentraciones como la estrategia de las empresas¹³.

Una referencia somera a las razones normalmente alegadas para rechazar el control de concentraciones en el Perú

Para fundamentar que el Perú no necesita un control de concentraciones normalmente se ha aludido al reducido tamaño de la economía peruana, con un crecimiento empresarial que se vería limitado por las escasas fuentes de financiación y por una posibilidad limitada de acudir al mercado de capitales, lo que justificaría la utilización de la concentración empresarial como estrategia eficiente de crecimiento empresarial y de competencia en el mercado¹⁴.

12. Véase JOE SELDESLACHTS, JOSEPH A. CLOUGHERTY y PEDRO P. BARROS, "Settle for Now but Block for Tomorrow: The Deterrence Effects of Merger Policy Tools", *The Journal of Law and Economics*, vol. 52, n° 3, 2009, págs. 607-634.

13. Véase ELEANOR MORGAN, "Steering Mergers Through the EU's Regulatory Rocks: Remedies under the EU Merger control regulation", *European Management Journal*, vol. 20, n° 5, 2002, págs. 549-561.

14. Véase GONZALO RUIZ, "Control de concentraciones versus regulación de conductas: ¿Complementos o sustitutos?", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 5, 1998, págs. 65-66 (disponible en http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_5_2_es.pdf).

Adicionalmente, aunque íntimamente relacionado con lo anterior, se ha afirmado que, dado el significativo grado de apertura al exterior de la economía y de los mercados peruanos, la concentración de empresas podría ser un elemento necesario para permitir a las empresas competir en los mercados globalizados y superar las barreras de entrada en mercados extranjeros¹⁵.

Lo anterior es cierto, y debería condicionar sustancialmente el diseño del instrumento de control de concentraciones. El sistema que se articule debería permitir a las empresas alcanzar una escala mínima eficiente, evitando que se perpetúe una estructura ineficiente en los mercados. La dificultad del empeño es considerable, pues para distinguir unos casos de otros será necesario que el procedimiento de control de concentraciones sea lo suficientemente flexible como para incorporar notables dosis de racionalidad en el análisis de las eficiencias que se puedan derivar de las operaciones de concentración. Pero la dificultad no debe ser excusa para obviar esta herramienta en la legislación de defensa de competencia, ya que *“se trata del arma más poderosa disponible en el arsenal de la política de competencia para combatir la colusión tácita o el comportamiento cooperativo [anti-competitivo]”*¹⁶.

Es cierto que, con carácter inicial, cuando se adopta por primera vez la legislación de defensa de la competencia¹⁷, es frecuente que no se prevea el control de concentraciones entre los mecanismos de intervención y control público sobre los mercados. También lo es que a medida que el sistema adquiere cierta madurez y experiencia, y au-

15. Véanse ARMANDO E. RODRÍGUEZ, “El rol de las políticas de fusiones en economías de reciente liberalización”, en Políticas de competencia y el proceso de reformas económicas en América Latina, INDECOPI, Lima 1998, pág. 162 y BEATRIZ BOZA DIBÓ, ¿Por qué no es conveniente para el Perú contar con una política general de fusiones?, en Políticas de competencia y el proceso de reformas económicas en América Latina, pág. 159 [no he podido consultar estos trabajos, tomo la idea y referencia del Informe de INDECOPI de 12 de agosto de 2003 n° 084-2003/GEE, Proyecto de Ley 6136/2002-CR, que propone modificar el artículo 346° de la Ley n° 26887, Ley General de Sociedades (disponible <http://www.bvindecopi.gob.pe/inftec/2003/i03084.pdf>), ¶155]

16. Traducción propia de MICHAL S. GAL, Competition Policy for Small Market Economies, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-Londres, 2003, pág. 195.

17. BULLARD GONZÁLEZ, Derecho y Economía, págs. 945-948 consideraba estas dos últimas razones entre las que explicaban que en 1991 el Decreto Legislativo 701 no previera un control de concentraciones.

mentan los recursos dedicados a la política de competencia , la utilización de este instrumento se torna ineludible. Por ello, y a la vista del rico bagaje que la experiencia de INDECOPI en las pasadas dos décadas aporta, el establecimiento de un sistema de control de concentraciones cobra todo el sentido¹⁸.

Naturalmente, las consideraciones anteriores ponen de relieve que el sistema no puede ser el mismo que se utilice en economías más grandes y jurisdicciones más consolidadas, sino que ha de prever las adaptaciones y cautelas necesarias al entorno y a las instituciones del Perú. Sin embargo, se ha de ir más allá de un mero reconocimiento retórico de la singularidad de la economía peruana en el desarrollo de este instrumento. Es probable que la "mano invisible" del mercado sea más débil en algunos casos. Además, las (elevadas) barreras de entrada y los niveles mínimos de eficiencia productiva (en relación con la demanda doméstica) pueden explicar la concentración en determinados sectores empresariales y algunas ineficiencias. Por eso, el diseño del sistema de control de concentraciones y, sobre todo, su aplicación práctica, debe tener en cuenta todas estas circunstancias, lo que necesariamente excluirá las reglas fáciles y las soluciones simplistas.

18. Lo identifica como uno de los retos del sistema de defensa de la competencia peruana el propio Presidente de INDECOPI, HEBERT TASSANO VELAOCHAGA, "Retos y desafíos en la aplicación de las políticas de competencia en el Perú", Revista de Competencia y Propiedad intelectual, n° 12 (2011) pág. 14 (disponible en aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2011/HebertTassanoVelaochaga.pdf). Necesariamente ha de ir acompañado, en su caso, de un incremento de los recursos materiales y humanos que la CLC tiene (id., págs. 15-16).

**!BASTA DE MITOS!
¿EL CONTROL DE CONDUCTAS SUSTITUYE LAS LABORES DEL
CONTROL DE FUSIONES?**



Diego Carrillo - Perú

Asociado del Estudio Lazo De Romaña & Gagliuffi Abogados.
Abogado por la Universidad de Lima. Asistente al Programa Especial Integrado (PEI) en la Universidad de
Salamanca – España.
Autor de la tesis: titulada “El moderno control de fusiones económicas en la defensa de la libre compe-
tencia. Una necesaria revisión de los argumentos que se oponen a su implementación en el Perú”.

!BASTA DE MITOS! ¿EL CONTROL DE CONDUCTAS SUSTITUYE LAS LABORES DEL CONTROL DE FUSIONES?

Diego Carrillo - Perú

Hace pocos días fue presentada una iniciativa legislativa (PL) que propone implementar un mecanismo de control de fusiones que permitiría a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI estudiar los efectos que tendrían tales operaciones en la competencia en los mercados cuando las partes involucradas superen un umbral de ventas superior a 100 000 UIT. Si bien como toda propuesta normativa, el PL resulta perfectible, es útil anotar ciertas ideas que no se deben ahogar en el tintero.

Así, recordemos que la economía social de mercado representada en la libre competencia se basa en el proceso por el cual los agentes económicos acceden a los mercados con el objetivo de ganar la preferencia de los consumidores mediante la oferta de productos o servicios a una mejor calidad y a menores precios. Dicha dinámica competitiva puede representarse a través de la generación de diversas eficiencias: (i) *eficiencia asignativa*, relacionada con la asignación de los recursos a quienes le otorgan un mayor valor por un menor precio; (ii) *eficiencia productiva*, manifestada en menores costos de producción y mejor asignación de sus *inputs*; y, (iii) *eficiencia dinámica*, vinculada con la capacidad de generar innovadores productos que mejoren los estándares del mercado.

En ese contexto, el PL pretende que el Estado, en línea con la aplicación del liberalismo económico adoptado, revise previamente ciertas fusiones con el único objetivo de vigilar el equilibrio competitivo, permitiendo escenarios favorables a dichas eficiencias. Aunque lo dicho podría colocar a los miniarquistas en medio de una clásica

escena de *suspense* de alguna película de Alfred Hitchcock, no hay de qué preocuparse. Ello pues el control de fusiones consiste en una de las políticas de defensa de la libre competencia más liberales que existe (en tanto facilita el libre mercado) y que permitiría completar las políticas *antitrust* peruanas que hasta hoy se limitan al control de conductas (Decreto Legislativo 1034).

A ello responderán (los partidarios del *laissez-faire* que, por cierto, sólo resulta verificable en tiempos superados por el hombre allá en el pleistoceno, pues más acá, guste o no, el mundo no va de *lui-même*) que basta con el control de conductas *ex post*. Nada más falso. El control de fusiones es un mecanismo complementario al control de conductas y de ningún modo sustituto como se pretende (y, advertimos, se pretenderá) hacer ver.

Nos explicamos. ¿Cuáles son los efectos negativos que se procuran evitar con el control de fusiones?

El primer caso resulta de las fusiones que generan *monopolios o refuerzan la posición de dominio* de una empresa, permitiéndole luego de la misma influir en los precios sea por vía directa (p.e. modificando el precio) o indirecta (modificando el *output* o reduciendo su calidad –*quality adjusted price*–). Aquí se procura evitar lo que los economistas llaman el principio ingreso marginal = costo marginal que incentiva al monopolista a elevar los precios de sus productos.

Aquí encontramos una de las principales razones para aplicar el control de fusiones, pues cuando una empresa obtiene un considerable poder de mercado que desequilibra el balance competitivo, facilita la generación de altas barreras comerciales que dificultarán el ingreso de nuevos competidores (nuevas inversiones) que es precisamente lo que un país que promueve el libre mercado como el Perú quiere evitar (podrían verificarse las dificultades que tienen los inversionistas en el ingreso al mercado cementero cuyas altas barreras comerciales generan un *foreclosure* del mercado o investigarse el desempeño de los inversionistas al intentar ingresar en el mercado cervecero –América Economía Perú, Julio 2011, p. 52–).

El segundo caso es el de los *efectos no coordinados* de una fusión que se vinculan con una estructura de mercado oligopólica en la que tras eliminar una importante presión competitiva se ocasiona el aumento de los precios o la restricción de la cantidad ofertada al modificarse el equilibrio estratégico (interdependencia). Es similar a lo que ocurre en un juego de ajedrez. Existen reglas básicas que todos consideramos antes de mover una pieza (alfil realiza un movimiento sin restricciones por las casillas en diagonal), pero también existen reglas que son impuestas por la situación estratégica en la que nos encontramos (si sabemos que el alfil de nuestro rival tiene la posibilidad de moverse a la casilla situada a la derecha de nuestra torre, difícilmente decidiremos mover la torre a esa casilla). Unas variables son estáticas (reglas básicas de juego) y otras dinámicas (reglas de la situación estratégica).

En el mercado ocurre algo similar, cuando una empresa en un mercado con tendencia oligopólica toma su decisión comercial no sólo revisa las reglas estáticas que le serán aplicables (p.e. impuestos) sino las dinámicas que intentarán prever cual será la reacción de su competidor (siguiente movimiento en el tablero de ajedrez) si se aumenta el precio o modifica la calidad producida. Entonces, cuando se elimina un competidor importante por una fusión, es posible prever que la empresa post fusión actuará prescindiendo de dicha variable, pudiendo, como dijimos, afectar el valor del producto (todo lo que, claro está, dependerá del análisis del mercado en el que se producirá dicha fusión).

El último caso, de fuerte influencia en el desarrollo a nivel mundial del control de fusiones en los últimos años es el de los *efectos coordinados*. En este caso lo que se pretende es evitar que una fusión modifique las relaciones de competencia de un mercado oligopólico al punto de permitir que éste pase a poseer condiciones idóneas (que no existían) para la coordinación estratégica entre los competidores sin que sea necesario arribar a un acuerdo formal (colusión tácita). e inmunidad por altas barreras de entrada. Para ello, se revisa si la estructura post fusión presentará los incentivos económicos necesarios

para que los competidores actúen de tal manera, para lo cual se investigan variables como la transparencia del mercado, mecanismos de castigo (guerras de precio disciplinadoras) e inmunidad por altas barreras de entrada.

Aquí el ejemplo más claro sería el de un mercado en el cual una fusión busca eliminar a un competidor especialmente agresivo y contrario a las reglas del oligopolio dominante (lo que se denominan *mavericks*). Por ejemplo, hace pocos días el operador de telefonía vietnamita, Viettel, ha anunciado que en su ingreso al mercado de telefonía móvil peruano se proyecta un impacto en la reducción de precios de alrededor del 50% , la cuestión es, qué ocurre si el precio se llega a reducir (y aquí los que gustan de usar el término "costos del control de fusiones" están invitados a calcular lo que significa en ahorro social dicha reducción de precios) pero luego algún antiguo operador decide (algo que sería totalmente racional) que continuar compitiendo con dicho nuevo competidor resulta difícil por lo que le propone su adquisición.

¿Es posible prever que el cambio que producirá afectaría la competencia en el mercado? Es evidente que sí. Y es allí donde la agencia de competencia podría ingresar a analizar hasta qué punto podría ser eficiente y estaría justificada dicha fusión o, en todo caso, analizaría los mecanismos para convertirla en compatible con el mercado.

Ahora, ¿alguno de los efectos anticompetitivos que hemos revisado puede evitarse con un control de conductas? No. De hecho, la normativa de control de conductas persigue sólo dos clases de actos anticompetitivos: (i) abuso de posición de dominio; y, (ii) colusión.

Respecto al primer caso, aunque puede confundirse con el caso de fusiones que generan monopolios o refuerzan la posición de dominio, lo cierto es que el abuso de posición de dominio no puede evitar que una empresa post fusión aumente considerablemente sus precios por las altas barreras comerciales que pueden existir y la reducida o

inexistente competencia conseguida luego de la misma, pues están referidos, valga la redundancia, a revisar una "conducta" y no determinada "estructura" donde se pueden producir ciertas decisiones empresariales de forma natural.

De igual modo, el caso de la colusión perseguida no debe confundirse con fusiones que generan *efectos coordinados* pues en los procedimientos de paralelismo una empresa puede probar que la estructura de mercado es marcadamente oligopólica y, por tanto, dicho comportamiento paralelo investigado resulta lícito (por natural) mientras que en el caso del control de fusiones (estructuras) es precisamente ello lo que debe probar la agencia de competencia para demostrar que resulta conveniente condicionar o declarar incompatible una fusión.

En todo caso, aunque el debate debería permanecer en el plano técnico (ojalá así sea), será inevitable que los mitos que se crearán a alrededor del PL lo lleven inevitablemente a un plano político en el que se deberá tener claridad suficiente para verificar cuando un argumento (a favor o en contra) es coherente con los postulados del libre mercado. Y, hoy, por paradójico que suene, dicho sistema debe cuidarse más de quienes alzando su bandera llevan detrás el mercantilismo que pone en riesgo el sistema de libre mercado de quienes podrían confundir su aplicación con una absurda herramienta anti empresa (lo que no es de ninguna manera). En fin, tendremos debate para rato.

RETOS PARA UN MERCADO DE LIBRE COMPETENCIA

El Control de Fusiones y Carteles



GLEN WEYL - USA

Economista (2007), con la tesis "La teoría del precio de las dos caras del Mercado". M.A., Ph.D. en Economía (2008), con la tesis: "Ensayos en Organización Industrial y Metodología Económica" Profesor Asistente en el Departamento de Economía de la Universidad de Chicago (2011-presente).

Miembro del Chicago Center for Jewish Studies, de la Universidad de Chicago (2011-presente). Afiliado del Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Chicago (2011-presente). Asesor invitado, Ministerio de Hacienda, Superintendencia de Industria y Comercio, y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Bogotá, Colombia (2011). Profesor Visitante Asistente del Departamento de Economía, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia (2011). Asesor visitante del INDECOPI en Lima, Perú (2011). Post-doctoral del Departamento de Economía de la Universidad de Harvard (2008-2011). Profesor invitado del Instituto Milton Friedman para la Investigación en Economía (2010). Visitante del Centro de Investigación Económica del Instituto Tecnológico Autónomo de México (CIE-ITAM) (2009). Asesor invitado del Ministerio de la Hacienda, Santiago de Chile(2008).

RETOS PARA UN MERCADO DE LIBRE COMPETENCIA

El Control de Fusiones y Carteles

Glen Weyl, Universidad de Chicago - USA

Empezando con una pasantía al Departamento de Justicia durante mis años universitarios, un foco importante de mi investigación académica ha estado el análisis de fusiones, he escrito sobre la metodología práctica de decidir cuales fusiones son problemáticas y cuales no son peligrosas. Ahora me encuentro trabajando sobre la justificación del control de fusiones y carteles como políticas. Durante los mismos años, he trabajado al nivel práctico con los gobiernos estadounidense, Gran Británico y europeo sobre la revisión de sus lineamientos de fusiones horizontales. Esto significa fusiones entre empresas que compiten en el mercado.

Con la elección de este gobierno en el Perú, decidí que el nuevo gobierno tiene una gran oportunidad para fortalecer la competencia y entonces escogí trabajar con INDECOPI durante la visita para ver si podía ayudar en este proceso, pero descubrí que el INDECOPI no tiene los recursos, legales, técnicos y administrativos, que necesitan para proteger el sistema competitivo de la nación. Espero que, con este artículo también se den cuenta de este problema y su importancia para el desarrollo y la inclusión social en el Perú; pienso que usando una combinación de voluntad política, ideas sencillas pero profundas y la cooperación internacional se pueden construir un Perú más emprendedor y competitivo. La meta de este artículo es darles el por qué, cómo, cuándo, dónde y quién es el encargado de velar por las políticas de competencia.

Voy a empezar con lo que debe ser su pregunta principal: ¿por qué son las políticas de competencia bastante importante para Perú?

El argumento tradicional es que la prevención de competencia por fusiones y carteles sube los precios y baja la calidad de productos. Pero voy a enfatizar dos argumentos menos comunes: primero, los beneficios de empresas con origen en las fusiones incentivan la generación de productos muy parecidos a los que ya existen y, en esta manera, son derroches de recursos sociales; y segundo, desgraciadamente el poder económico muchas veces puede comprar el poder político. Entonces las fusiones que concentran el poder económico también concentran el poder político y socavan la democracia.

Espero que les haya persuadido sobre la importancia de la política de competencia, ahora voy a hablar de su implementación. Voy a abogar por tres medidas: primero, romper los monopolios que ya existen a causa de las fusiones de los últimos años; segundo, implementar una nueva ley y una nueva gestión de control de fusiones, usando las innovaciones metodológicas de los últimos años en los Estados Unidos y Gran Bretaña, los cuales tuve el honor de contribuir; y finalmente, aumentar las sanciones, civiles y criminales, contra los cárteles que hoy en día son muy altos.

Después, voy a formular las razones por las que en este momento en particular es ideal construir una política de competencia en el Perú. En primer lugar, Perú ha llegado al nivel de desarrollo cuando todos otros países exitosos implementaron sus políticas de competencia; segundo, en todos los países las políticas de competencia han sido un proyecto importante de reforma para los gobiernos. Para definirse como gobierno de cambio en Latinoamérica, pienso que no hay ninguna cosa mejor que el nuevo presidente podría hacer que implementar una política fuerte de competencia; tercero, por muchas razones, este es un momento en el que van a haber muchos recursos internacionales, gubernamentales, privados y académicos, disponibles para ayudar al Perú en esta meta.

Pues, empecemos con la lógica tradicional de las políticas de competencia, esa lógica que les enseñé a mis estudiantes en Chicago. En un mercado competitivo, todos los precios reflejan los costos marginales de producción, pero cuando una empresa tiene concentrado gran parte del mercado, tiene un interés por reducir la cantidad de sus productos suministrados al mercado para subir el precio, y de esta manera, sus beneficios. Esta estrategia transfiere el dinero de los consumidores al monopolio pero también baja la cantidad suministrada al mercado y de esta manera disminuye la eficiencia social. Aquí está la sabiduría popular: prevenir monopolios para evitar la pérdida del peso muerto a causa de la reducción de producción y la redistribución de dinero de los consumidores al monopolio.

Entonces, una política de competencia es fundamental para el desarrollo económico y político de la sociedad Peruana. Si estamos de acuerdo con esta proposición, ¿cómo podemos implementar esta política? Yo propongo tres medidas: primero, tenemos que limpiar la casa, es decir diez años de crecimiento rápido sin ninguna protección de libre competencia ha generado muchos monopolios en el Perú. Estas circunstancias se parecen mucho a la situación en los Estados Unidos durante el movimiento progresivo al fin del siglo 19 cuando se instituyó el Act de Sherman y empezó la política de competencia, puesto que se necesitaba romper esos monopolios y hacer borrón y cuenta nueva.

Yo no abogo por la eliminación de todas las empresas dominantes; un plan así no sería práctico ni deseable, sin embargo hay muchas conglomeraciones que son resultados de fusiones de los últimos años y estos deberían ser analizados y quizás reorganizados. Un ejemplo que me parece muy obvio es la cerveza. Hoy en día una conglomeración controla más del 90% del mercado peruano de la principal bebida alcohólica del país; y este dominio no fue establecido por la introducción de un nuevo producto que les gusta a los peruanos ni por una bajada de precios, sino muy por el contrario, simplemente fue por adquisiciones empresariales. Este tipo de casos posiblemente ayuda

a los beneficios de algunas empresas grandes, pero no ayuda al desarrollo nacional. Esto es sólo un ejemplo, pero por supuesto que hay otros como el azúcar, la harina, los pollos y los combustibles. Una tarea importante es establecer una comisión que pueda hacer una investigación para descubrir todos los casos así.

Durante este proceso, el nuevo gobierno debería construir las instituciones de libre competencia para prevenir la vuelta de este tipo de concentraciones. Estas tendrían dos partes: el control de fusiones legales y las sanciones efectivas contra los cárteles ilegales. En los últimos años los Estados Unidos y Gran Bretaña también se han modernizado los lineamientos para el control de fusiones horizontales. Este proceso, en el que yo participe como asesor académico, generó ideas importantes que pueden servir como fundamentos para las políticas de competencia en el Perú. Por supuesto estas ideas tienen aspectos bien complejos y yo sólo quiero transmitir la idea básica de los nuevos lineamientos, que me parecen bastante simples e intuitivos.

La medida final, después de romper las concentraciones y controlar fusiones legales, es prevenir y castigar cárteles, es decir las fusiones ilegales. Oficialmente los cárteles ya son ilegales en el Perú, pero de hecho esta ley ha sido más un chiste que una política, debido a la falta de un control de concentraciones puesto que si no se tiene, las prohibiciones de cárteles no podrían funcionar, porque si algunas empresas quieren coludirse, simplemente pueden hacer una fusión. Prohibir cárteles y no regular fusiones es como prohibir fumar la cocaína pero permitir aspirarla.

Finalmente, y más importante, las sanciones contra los cárteles son muy bajas. En este sentido, un colega de Chicago y mi mentor Gary Becker tienen una teoría simple de las multas y señalan que debería ser el daño causado por la violación dividido por la probabilidad que esta violación sea detectada por las autoridades. En los Estados Unidos suponemos que esta probabilidad es uno por tres, es decir está es seguramente demasiado alta, pero es más o menos el orden de mag-

nitud correcto. ¡Pero INDECOPI hoy en día supone que la probabilidad es 100% aquí en Perú! Esto me parece una locura de proporciones monumentales; pienso que la probabilidad de detección es más parecido a uno por veinte y a lo máximo uno por diez, peor aún no hay ninguna sanción criminal por las actividades colusorias en el Perú.

La mala noticia es que estos tres problemas juntos hacen las leyes contra los cárteles un chiste. Pero la buena noticia es que, con unos cambios sencillos en estas tres áreas, se puede construir una política de competencia eficaz. Además, con estas reformas las multas subirían más para compensar la inversión en el control de fusiones y también los recursos adicionales que INDECOPI necesite para implementar una mano dura contra los cárteles.

Lo que es más, esto es un momento ideal para implementar estas reformas en el Perú. Cuando el Congreso Estadounidense aprobó la segunda ley de competencia, el *Clayton Act*, que incluía un sistema de control de fusiones, el PIB real per cápita del país era 6000 dólares. Cuando el gobierno de Lula (Brasil) en el año 2003 empezó sus reformas de política de competencia para fortalecer y racionalizarla, el PIB real *per cápita* a la paridad del poder adquisitivo era 8000 dólares. Hoy en día lo del Perú es más o menos lo mismo, esto significa que el Perú ha llegado a un nivel de desarrollo en el que la mayoría de países avanzados llegó y justo ahí implementaron y reforzaron sus políticas de competencia.

En varios países, el fortalecimiento de la competencia ha sido prioridad de reforma de varios gobiernos. Una de las bases más importantes, pero menos conocidas, del gobierno de Lula ha sido el vigor de su política de competencia. En este caso, las multas en el gobierno de Lula contra los cárteles crecieron 200 veces más y el número de fusiones que los Brasileños investigan, y como resultado prohíben, han crecido más de diez veces. Del mismo modo, uno de los puntos principales del último gobierno de Concertación en Chile, en el que yo colaboré un poco, fueron las políticas de competencia.

De hecho dentro del manifiesto escrito por Andrés Velasco y Francisco Díaz, el Ministro de Hacienda y el jefe político del gobierno de Michele Bachelet, respectivamente, dentro de los puntos principales es que los gobiernos de la izquierda moderna latinoamericanos deberían fortalecer sus políticas de competencia. En este sentido, me parece que si el nuevo gobierno peruano quiere mostrarse como un gobierno de cambio, no hay ninguna política que puede decir esto más claramente.

Concretamente, hay actividades necesarias para construir una política eficaz de competencia en el Perú y de esta manera un país emprendedor y competitivo. Primero, se necesita una ley que evalúe las fusiones a través de políticas administrativas y legales o ambas, que suban las multas y se instituyan penalidades por los cárteles. Segundo, INDECOPI requiere más recursos, especialmente recursos humanos; esta es una cuestión no sólo de cantidad sino también de calidad. INDECOPI no tiene ningún economista con un PhD a tiempo completo. Los DOJ, FTC, FCC, USPTO, o sea las agencias encargadas de temas de competencia en los Estados Unidos, tienen juntos más de 200 con PhD de las universidades más importantes de los Estados Unidos. Un control de fusiones es una gran operación técnica y administrativa y requiere una inversión en el desarrollo de capacidad técnica.

Finalmente, la cooperación internacional es muy importante para mejorar la capacidad técnica necesaria para la implementación de una política así. Esto tiene dos niveles: académico e intergubernamental. Una base importante del crecimiento de la calidad de políticas económicas en Chile ha sido la fuerza de la economía académica en ese país. Hay muchos economistas académicos dispuestos a compartir las mejoras prácticas y experiencias internacionales. La cooperación intergubernamental también puede ser muy útil: las agencias FTC y DOJ tienen programas de ayuda a países globales para el crecimiento de sus capacidades técnicas en las cuales funcionarios con mucha experiencia viajan y ayudan con algunos detalles en la implementación de nuevas políticas y la educación de las principales políticas de competencia.

En conclusión, el reforzamiento de las políticas de competencia es fundamental para el desarrollo económico nacional porque forman la base de una economía y sociedad emprendedora y competitiva. Hay tres ejes en la implementación de estas políticas: romper los monopolios existentes, instaurar un sistema moderno de control de concentraciones y fortalecer la prevención de cárteles a través de multas más altas y penalidades criminales.

Este es el momento, en el que el nivel de desarrollo del Perú y las posibilidades de contar con la cooperación internacional, obliga al país a complementar la legislación sobre competencia implementando un control de concentraciones con el fin de reforzar la competencia en beneficio de los consumidores.

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL PERÚ



JOSÉ I. TÁVARA - PERÚ

Profesor Principal y Director Académico de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Miembro del Comité Asesor de las Maestrías en Regulación de los Servicios Públicos, y en Gestión y Política de la Innovación y la Tecnología. Vocal del Tribunal de Apelaciones y Sanciones en Temas de Energía y Minería.

Doctor en Economía (Ph.D.) en la Universidad de Massachusetts, Amherst, EE.UU. Graduado en el Magister en Economía de la Universidad Católica y en Ingeniería Industrial en la Universidad Nacional de Ingeniería.

Ha presidido el Consejo Directivo del Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES), como Vicepresidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIP-TEL), miembro del Consejo Consultivo de Radio y Televisión (CONCORTV), Viceministro de Comunicaciones y Defensor Adjunto para los Servicios Públicos en la Defensoría del Pueblo del Perú.

Ha sido investigador visitante en el Saint Antony's College, University of Oxford, Economista Principal en Macroconsult, investigador del Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO).

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL PERÚ

José I. Távara - Perú

“Si no toleramos a un rey como poder político, tampoco deberíamos tolerar a un rey de la producción, el transporte y las ventas de cualquiera de los bienes necesarios para la vida. Si no nos sometemos a un emperador, no deberíamos someternos tampoco a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar el precio de cualquier mercancía” (Senator John Sherman, 1890)¹.

INTRODUCCIÓN

Desde que se promulgaron las primeras normas de promoción de la competencia en el Perú, hace ya más de dos décadas, se hizo evidente que el modelo normativo adoptado adolecía de una grave incoherencia, al no incorporar normas que regulen la concentración del poder económico e impidan la monopolización de los mercados. En la literatura especializada sobre el tema el Perú constituye un caso especial, pues es el único país, de aquellos que cuentan con legislación sobre libre competencia, en el cual no existen normas que regulen las fusiones empresariales. De hecho, y con la excepción del sector eléctrico que cuenta con un régimen especial, en el Perú las empresas pueden fusionarse hasta formar monopolios, pues no existe norma alguna que lo impida.

Las normas vigentes sancionan la fijación concertada de precios y una serie de conductas que configuran abuso de posición de dominio o constituyen prácticas restrictivas de la libre competencia. Pero es posible evadir el alcance de estas normas – cuyo ámbito se extiende solamente a las relaciones entre empresas independientes—recurriendo a las fusiones o adquisiciones de empresas. Producida la fusión o la

1. Citado en Gavil (1996: 40). El texto original es el siguiente: “If we will not endure a king as a political power we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessaries of life. If we would not submit to an emperor, we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity.”

adquisición, las decisiones que se tomen al interior del conglomerado de empresas fusionadas, quedan fuera del alcance del marco normativo.

En consecuencia, cualquier intento de poner en vigor, con mayor energía, las normas sobre libre competencia, puede ser contrarrestado por parte de las empresas recurriendo a operaciones de fusión y concentración. Cabe incluso preguntarse en qué medida la oposición a regular las concentraciones, ha tenido como correlato una conducta relajada y permisiva frente a los abusos de posiciones de dominio y frente a conductas anticompetitivas, precisamente como resultado de esta incoherencia esencial en el marco normativo.

El artículo 61° de la Constitución vigente establece que "el Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios." Esto ha sido interpretado – a mi juicio erróneamente, considerando los distintos significados del término "concertación"-- en el sentido de que las leyes solo podrían sancionar el "abuso de posición de dominio", mas no así la posición de dominio en sí misma. En realidad, la regulación de las operaciones de concentración empresarial, impide que las empresas alcancen la posición de dominio absoluto que se logra con un monopolio, evitando así que puedan abusar de ella.

Cada cierto tiempo, por ejemplo cuando tiene lugar una fusión entre empresas de cierta envergadura, o cuando se renueva el Congreso de la República, surgen iniciativas legislativas dirigidas a llenar este vacío, a fin de adoptar un marco normativo más coherente, integrado y consistente con la legislación vigente en un gran número de países, incluyendo por cierto nuestros principales socios comerciales. Lamentablemente estas iniciativas han sido exitosamente bloqueadas, hasta ahora, por los defensores criollos de "la globalización y el libre comercio", quienes se resisten a aceptar que se globalicen también las reglas de la libre competencia.

En las líneas que siguen presentamos una breve reflexión sobre los antecedentes históricos y el origen de la doctrina *antitrust*, que constituye la base de la legislación contemporánea de la libre competencia. Luego, en la tercera sección, exponemos las ideas que forman parte de la corriente principal de la teoría económica sobre los monopolios y los oligopolios. La cuarta sección expone algunas de las aristas centrales de la controversia sobre la adopción de un régimen de control de fusiones en el Perú. En la quinta y última se presentan las reflexiones finales.

ANTECEDENTES DEL ANTITRUST

Históricamente, tanto en los EE.UU. como también en Inglaterra y Europa occidental, las políticas de competencia han formado parte integral de una constelación de políticas públicas que, en conjunto, han generado poderosos estímulos a la innovación tecnológica, aumentos extraordinarios en el progreso material, y han hecho posible afianzar una serie de derechos y libertades políticas y culturales.

Uno de los hitos destacados en los EE.UU. fue la promulgación de la llamada Ley Sherman en 1890, en un contexto marcado por la ola de fusiones y la formación de *trusts* que amenazaban con monopolizar la economía y debilitar la democracia a fines del siglo XIX². La motivación central del senador John Sherman, artífice de la Ley, era proteger y promover la libre competencia tanto en el comercio interno, entre los diferentes estados de la unión, como también en el comercio internacional. Su objetivo era "armar a las cortes federales, dentro de los límites de sus poderes constitucionales, para que cooperen con las cortes estatales en vigilar, frenar y controlar a las combinaciones más peligrosas que hoy amenazan los negocios, la propiedad y el comercio del pueblo de los EE.UU." (Sherman 1890)³.

2. Un *trust* es una concentración de empresas bajo una única dirección, que se forma confiriendo el control legal de las empresas constituyentes a una junta administradora o *board of trustees*. Las acciones de las empresas son cambiadas por certificados del *trust*, el cual pasa a ejercer el control centralizado de las decisiones.

3. Citado en Gavil (1996: 37).

La Ley se aprobó en un contexto impregnado por tradiciones liberales que rechazaban la concentración del poder, público o privado, por constituir una amenaza a las libertades individuales y, en particular, a la libertad de empresa. Así, la imposición de límites moderados a la libertad de contratar, podría resultar necesaria precisamente para maximizar la libertad de empresa. Pero si bien esta ley expresaba una opción de política económica en favor de la libre competencia, también respondía a objetivos y motivaciones más amplias. Interpretando el sentimiento de sus colegas en el Senado norteamericano, Sherman consideraba que la legislación propuesta permitiría frenar y reducir los riesgos de corrupción, afirmando la libertad del pensamiento independiente en la vida política, una piedra angular de los sistemas democráticos (Thorelli 1956).

Como observa Kay, "existía un temor bien fundado de que los megaricos – los Rockefellers, los Carnegies, los Vanderbilts – utilizarían su riqueza para elevar su influencia política y así aumentar aún más su poder económico, subvirtiendo tanto la economía de mercado como el proceso democrático. La legislación *antitrust* emerge como resultado de estos temores" (Kay 2009:6). Puesto en otros términos, la legislación *antitrust* se sustenta no solo en las consecuencias negativas que la monopolización tiene en la libertad de empresa y en el bienestar de los consumidores. También se sustenta en la percepción de que una democracia auténtica, requiere de cierto grado de igualdad en la capacidad de influir en el proceso político. Cuando el poder económico se concentra la democracia se pervierte, y las políticas empiezan a responder a las presiones de los grupos de poder.

La historia Europea es distinta, debido en parte a que las relaciones entre economía y política tuvieron lugar en el marco de matrices políticas e institucionales distintas. Kay observa al respecto que "aunque en Europa habían muchos nuevos empresarios e industrialistas ricos, su acceso al poder político estuvo limitado por la persistencia de la aristocracia y los sistemas de clase. Hoy esto ya no es cierto. La declinación de la aristocracia fue seguida por la aprobación de leyes *antitrust*." (2009:6)

En efecto, la legislación de libre competencia fue adoptada en Europa inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial. El gobierno laborista de Gran Bretaña puso en marcha esta reforma legislativa durante la década de 1940. De otro lado, en Alemania la legislación fue adoptada para enfrentar a las concentraciones de poder industrial, que facilitaron y apoyaron la emergencia del nazismo. De hecho, la formación de los Konzerns en Alemania, y de los Zaibatsus en Japón, en un contexto de consolidación de regímenes autoritarios, contribuyó a crear las condiciones que condujeron a la II Guerra Mundial (Kay 2009: 8).

Al concluir la guerra, Europa adoptó el modelo de "economía social de mercado". La competencia fue considerada como una referencia importante, pero se dio una atención especial a la "solidaridad económica" y a la reconstrucción de las economías, en un contexto en el cual los gobiernos locales, las fundaciones privadas y organizaciones sociales, participaron también de la propiedad de las empresas. Luego, progresivamente, se fueron reconstruyendo los grupos empresariales debilitados o destruidos por la guerra.

En contraste con estas experiencias históricas, las normas de libre competencia en el Perú no fueron el resultado de un proceso político de confrontación con el poder económico y de defensa de la democracia, y tampoco estuvieron impregnadas de las ideas liberales. Ellas formaron parte de las reformas estructurales promovidas desde el exterior por organismos multilaterales, y se adoptaron a fines de 1991, meses antes de la ruptura del orden constitucional, en un contexto de crisis económica, concentración del poder y debilitamiento de las instituciones. Por estas y otras razones, no se entienden bien sus objetivos ni su importancia para el desarrollo del país

EL ROL DE LA COMPETENCIA EN EL CAPITALISMO CONTEMPORÁNEO

La corriente del pensamiento dominante en la teoría económica, postula que la competencia efectiva entre las empresas, es decir, la

competencia que tiene lugar entre empresas rivales que operan en condiciones de paridad y ejercen presión mutua, genera el máximo beneficio y bienestar para la sociedad. Por el contrario, la concentración del poder de mercado trae consigo una serie de perjuicios y consecuencias negativas, no solamente en la economía, sino también en el sistema político. Cuando existe competencia en los mercados, existen incentivos para operar eficientemente en la producción y se optimiza la asignación de recursos. La competencia también genera incentivos para la innovación y el progreso tecnológico.

En la mayoría de los casos de menor escala, las fusiones entre empresas tienen un impacto poco significativo en el grado de concentración y no afectan las condiciones de competencia. De hecho, un mercado con pocas empresas de cierta envergadura, que rivalizan entre sí, puede ser más competitivo y generar más bienestar que un mercado atomizado y fragmentado, constituido por muchas empresas pequeñas e idénticas, como el descrito por el modelo de competencia perfecta de libro de texto.

Por eso, al examinar el impacto de las fusiones, es necesario considerar en qué medida existen o no barreras u obstáculos al ingreso de nuevas firmas al mercado, y en qué medida el bien producido por las empresas involucradas en la concentración, puede ser fácilmente importado o tiene sustitutos cercanos producidos por otras empresas. Si este es el caso, la fusión no reviste problema alguno.

La competencia en los mercados también estimula la diversidad y la búsqueda de excelencia en la calidad de los bienes y servicios. Con libertad de empresa y libertad de elección, y con un Estado que asegure la igualdad de oportunidades, se generan mayores posibilidades de aprovechar el talento y las destrezas para generar riqueza. En una economía abierta, libre, y competitiva, hay incentivos para el desarrollo personal y cultural.

En contraste, la concentración del poder económico da lugar a distorsiones en los precios, genera pérdidas de eficiencia, y agudiza las desigualdades sociales. Tanto los modelos estáticos del oligopolio, como los modelos dinámicos de la teoría de los juegos, muestran que bajo ciertos supuestos y condiciones generales, un aumento en el grado de concentración, como el que resulta de una fusión, puede reducir la eficiencia y el bienestar. De otro lado, la teoría de la acción colectiva también postula que un mayor grado de concentración (un menor número de agentes) eleva las posibilidades de colusión (fijación de precios o reparto del mercado) y en esa medida también reduce el bienestar.

La monopolización transfiere riqueza desde los consumidores, que son la mayoría de ciudadanos, hacia los dueños de los monopolios, que son un grupo reducido. También afecta negativamente a competidores y proveedores, debilitando el tejido industrial. Los grandes economistas de la historia incluyendo a Adam Smith, John Stuart Mill, Marshall, así como también destacados economistas contemporáneos como los Premios Nobel Paul Samuelson, Joseph Stiglitz y Amartya Sen, entre muchos otros, han afirmado que la economía y la democracia funcionan mejor cuando la riqueza y el poder se distribuyen de manera descentralizada. En este campo existe un fuerte consenso. Por su parte, muchos filósofos también consideran que la riqueza y la diversidad cultural florecen en sociedades libres y abiertas, mientras que las sociedades marcadas por la concentración del poder económico tienden a la uniformidad y a la pobreza cultural.

Frente a esta corriente, que nutre las principales escuelas teóricas de la economía y las ciencias políticas, tenemos hoy a un núcleo fundamentalista del mercado, que se opone por principio a toda forma de intervención del Estado en la economía, incluyendo el control de fusiones. En contraste con la doctrina *antitrust*, que es pro-mercado y pro-competencia, estos neo conservadores profesan una opción

pro-empresa y pro-monopolio. Asumen que la competencia brota de manera espontánea, y es capaz de superar cualquier obstáculo. Cualquier atisbo de ganancia monopólica incentiva la entrada de nuevas empresas al mercado, y la competencia generada erosiona y contrarresta cualquier poder de mercado.

Sostienen por ello que los monopolios son generalmente un hecho breve y temporal, que en todo caso resulta de un desempeño superior por parte de empresas más eficientes. Desde esta perspectiva los únicos monopolios dañinos son aquellos constituidos por empresas estatales o por mandato legislativo. Por ello, sostienen que los monopolios privados no deben ser motivo de preocupación alguna.

EJES DE LA CONTROVERSIAS SOBRE EL CONTROL DE FUSIONES⁴

Quienes se oponen a regular las concentraciones empresariales, afirman con frecuencia que "el Perú es un país pequeño", y por ello es natural que los niveles de concentración empresarial sean más altos que en otros países con mercados más grandes. Para operar de manera eficiente las empresas deben producir a una escala mínima, que puede resultar elevada como proporción del mercado, sobre todo cuando su tamaño es reducido. Por lo tanto, si se regula y limita la concentración en estas industrias, se sacrificaría la eficiencia.

Este argumento puede ser válido en algunos casos, pero no constituye una proposición teórica general, válida en sí misma. Es preciso examinar, caso por caso, la evidencia empírica sobre economías de escala y tamaño del mercado. De hecho, pueden haber industrias en las cuales "hay espacio" para tres o cuatro empresas operando de manera eficiente (es decir a escalas superiores a la escala mínima eficiente). En ausencia de normas que regulen la concentración, las tres o cuatro empresas podrían fusionarse en una sola y formar un monopolio, lo-

4. Las ideas contenidas en esta sección han sido previamente expuestas en Távora (2004) y Díez-Canseco & Távora (2003).

grando una magnitud muy superior a la requerida para aprovechar las economías de escala y operar con eficiencia.

De otro lado, se afirma que el control de concentraciones constituye una intervención *ex ante*, y como tal resulta excesivamente onerosa, genera barreras de acceso y frena las inversiones. Sin embargo, no se ha presentado un solo estudio que compare los costos del sistema de control con los costos que representa para la sociedad la monopolización de la economía y la ausencia de controles. Algunos abogados afirman que en los países que cuentan con normas de control de concentraciones, el 98% de las operaciones de fusión o concentración son autorizadas y aprobadas, debido a lo cual no tendría sentido establecer control alguno. Si este argumento fuera válido, también podríamos afirmar que no hacen falta compañías de bomberos porque el 98% de las emergencias son solamente amagos de incendio, que concluyen sin mayor trascendencia.

En realidad, el diseño de un buen sistema de control de las concentraciones debe especificar, de manera adecuada, un umbral razonable a partir del cual las empresas que desean fusionarse están obligadas a solicitar autorización previa. Es fácil caricaturizar y luego criticar el control de concentraciones pretendiendo que se trata de un "estatismo controlista" que intenta impedir la fusión de todo tipo de empresas.. Se afirma por ejemplo que, de aprobarse el proyecto de Ley presentado recientemente por el Congresista Jaime Delgado, "las empresas que quieran fusionarse o comprar a otra tendrán que someterse a una aprobación gubernamental previa. En otras palabras, será el Estado (y no los inversionistas) el que decidirá qué tanto puede crecer su empresa" (Bullard 2012).

Este comentario confunde el control de fusiones con el control del crecimiento de las empresas. De hecho, son los inversionistas los que deciden qué tanto pueden crecer sus empresas, siempre que dicho crecimiento no pase por adquirir los activos de todos sus competidores para monopolizar el mercado. Además, la afirmación es inexacta, pues el proyecto de Ley en cuestión contempla un umbral de noti-

ficación elevado, de manera que solo estarían obligadas a solicitar una autorización previa a la fusión, las empresas involucradas que registren, individual o conjuntamente, ventas brutas anuales o un volumen total de negocios en el país, superiores a 100 000 UIT (cien mil Unidades Impositivas Tributarias), según el balance del año anterior. Es decir, considerando el tipo de cambio actual, ventas o ingresos superiores a los 138 millones de dólares.

Tomando como referencia la información reportada sobre ingresos para el año 2010, los autores del nuevo proyecto de Ley presentado en el Congreso peruano, estiman que solo 200 empresas – las más grandes– superaban el umbral señalado. Considerando el número total de operaciones de concentración registradas el año 2011, solamente 11 operaciones superaron dicho umbral, y hubieran debido notificarse de haber estado vigente la ley. El proyecto también contempla la autorización tácita de las operaciones de fusión luego de transcurrido un plazo de evaluación de 30 días hábiles, por aplicación del silencio administrativo positivo. Todo esto evita la imposición de costos innecesarios al sector privado.

También se afirma que el control de fusiones es inconveniente debido a la falta de experiencia e información en la autoridad peruana. El argumento es que el control de fusiones se ha desarrollado en países con instituciones mucho más solidas, y por eso no es replicable en el Perú, donde la posibilidad de error en las decisiones de las autoridades es mucho más alta. En contraste con los EE.UU. o Europa occidental, cuyas instituciones cuentan con buenas fuentes de información, en el Perú la precariedad institucional es evidente. Citando nuevamente a Bullard, “¿Cómo predecir el futuro cuando no se sabe ni siquiera que paso en el pasado? Nuestro conocimiento del funcionamiento de los mercados es paupérrimo. ¿Cómo resolver una fusión sin información? El riesgo de error se multiplica exponencialmente en un país como el Perú” (Bullard 2011).

Es posible coincidir en el diagnóstico sobre la debilidad de las instituciones peruanas, sin compartir las consecuencias que de ella pretenden derivarse. Al respecto cabe recordar que el INDECOPI tiene ya dos décadas de existencia. Durante los últimos años se han formado varias generaciones de profesionales especializados en políticas de competencia, que podrían contribuir a fortalecer sus equipos de trabajo. También es posible promover relaciones de cooperación con Universidades y centros de investigación. Por cierto, resulta indispensable dotar a esta institución de mayor autonomía y establecer estándares más altos de transparencia y rendición de cuentas en su funcionamiento. Son tareas urgentes no solo como paso previo a la eventual puesta en marcha de un régimen de control de fusiones sino en general, para asegurar condiciones de imparcialidad en el desempeño de sus funciones.

Cabe agregar también que las dificultades en el acceso, procesamiento y análisis de la información relevante, es un desafío que enfrentan todas las agencias de competencia en el mundo. Pero así como “la función crea al órgano”, así también puede afirmarse que es poco probable que se desarrollen capacidades institucionales en este campo, si se limitan arbitrariamente las funciones que un organismo como el INDECOPI debería desempeñar en defensa del interés público. Además, los procedimientos de control de fusiones pueden generar externalidades positivas en el desempeño de otras funciones vinculadas a la promoción de la competencia y la protección del consumidor, entre otras, pues a través de dicho control se genera información sobre distintos mercados, que luego puede servir para perfeccionar la implementación de políticas públicas en otros ámbitos.

Finalmente, los que se oponen al control de fusiones suelen repetir el trillado argumento de que dicho control carece de sentido “en un mundo donde el comercio se ha liberado y la movilidad de capitales es enorme... Si el monopolio sube los precios, siembra la semilla de su propia destrucción. Lo que gana atrae a otros que quieren hacer el negocio. Entonces las importaciones o las nuevas empresas controlarán al monopolista y lo regresarán a la realidad de la competencia” (Bullard 2012).

La respuesta a este argumento la formuló el propio Senador Sherman, hace 121 años, y es oportuno recordarla. "Pero, dicen ellos, la competencia está abierta a todos; si no te gustan nuestros precios, pues forma otra combinación o trust. Como sostuvo la Suprema Corte de Nueva York, cuando la combinación ya incluye a todos o casi todos los productores ¿qué espacio existe para otro? Y si se forma uno nuevo y es legal, ¿qué impediría que se forme otra combinación?" (Sherman 1890)⁵.

Puede ocurrir entonces que las nuevas empresas no logren controlar al monopolista ni regresarlo "a la realidad de la competencia", como afirma Bullard, sino que más bien sean absorbidas por él, precisamente para proteger sus ganancias y mantener "la realidad del monopolio". Dependiendo de las características de la industria, puede ocurrir también que los incentivos a la entrada de nuevas empresas al mercado, sean mediatizados por barreras de diverso tipo, legales, estructurales o estratégicas. Además, en el caso de los mercados de bienes y servicios no transables, los monopolios establecidos no están expuestos, por definición, a la competencia de productos importados. Bajo cualquiera de estas condiciones, tanto las ganancias monopólicas como los precios que pagan los consumidores pueden mantenerse a un nivel elevado durante períodos prolongados.

Por último considero oportuno señalar que en todos los países que cuentan con legislación de libre competencia, el control de las fusiones responde a "la regla de la razón", y por ello se examina cada caso en sí mismo. En realidad, no existe una regla de aplicación general que permita determinar, a priori, si una fusión está justificada o no. En el Perú, en cambio, se ha aplicado de facto una "regla per se": al rechazarse el control de fusiones, se ha asumido implícitamente que todas las fusiones generan, por sí mismas, beneficios netos positivos para la sociedad.

5. Citado en Gavil (1996: 40).

Quienes cuestionan la adopción de un régimen de control de concentraciones empresariales, no niegan que algunas fusiones puedan generar ineficiencias⁶. Sin embargo, sostienen que dados los riesgos y los costos que, a su juicio, dicho régimen generaría, no se justifica su adopción. “En la duda, abstente” nos dicen. En realidad, no es posible determinar a priori si el control se justifica o no, pues como se indicó es preciso examinar cada caso en sí mismo, utilizando la “regla de la razón”. Lo peor de no contar con un régimen de control de fusiones, es que no tenemos nunca la posibilidad de saber si se justifica o no una fusión. Los que se oponen afirman que es muy peligroso tratar de averiguarlo, y que por ello es preferible renunciar al control. Tácitamente proponen que nos abstengamos y renunciemos a razonar.

REFLEXIONES FINALES

La resistencia a adoptar un régimen de control de fusiones, ha sido hasta ahora exitosa y efectiva. Independientemente de los argumentos y de las razones expuestas, los proyectos de Ley presentados durante los últimos gobiernos han sido archivados. Por cierto, la oposición a regular la fusiones cuenta con el respaldo de grandes empresas, y se expresa por los principales medios de comunicación masiva. Lo que parece estar detrás es la idea de que el único sentido de la vida es concentrar poder económico y enriquecerse a como dé lugar, sin limitación alguna, y de que los gobiernos existen para facilitarlos.

Además de revelar una clamorosa ignorancia sobre la historia contemporánea y sobre las principales corrientes teóricas en economía y ciencias políticas, la negativa a aceptar este control expresa una defensa de los derechos de propiedad entendidos de manera irrestricta y absoluta, desconociendo la primacía de los derechos fundamentales de las personas, y los graves riesgos y amenazas a la democracia. En

6. Una revisión reciente de la literatura revela que “... el resultado más común en los estudios sobre la performance de las fusiones es que la rentabilidad y la productividad, medidas de diversas formas, no mejoran como resultado de las fusiones”(Schenk 2006: 154).

este contexto resulta imperativo organizar una corriente de opinión favorable a la regulación de las fusiones, que se nutra de las mejores tradiciones liberales y progresistas. Al exponer y sustentar su proyecto de Ley, el Senador Sherman afirmaba que “el poder del Congreso es el único poder que puede enfrentar a estas corporaciones” (1890: 41). Ojalá que el Congreso peruano esté también a la altura de este desafío.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bullard, Alfredo. "¿Se verá bien en su currículum?" EL Comercio, 24/03/2012, p. A-31

Bullard, Alfredo. "Matrimonio con hijos. Por qué el control de fusiones es una pésima idea". Blog de Semana Económica, 28/9/2011.<http://blogs.semanaeconomica.com/blogs/prohibido-prohibir/posts/matrimonio-con-hijos-por-que-el-control-de-fusiones-es-una-pesima-idea>

Diez-Canseco, Luis y José Távara. "Estabilizando el péndulo: control de fusiones y concentraciones en el Perú." Themis Revista de Derecho 47 (Diciembre 2003: 159-173).

Gavil, Andrew. *An Antitrust Anthology*. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1996.

Kay, John. "The Rationale of the Market Economy: A European perspective" *Capitalism and Society* Vol 4, 3 (2009).

Schenk, Hans. "Mergers and concentration policy". En Patrizio Bianchi & Sandrine Labory Eds. *International Handbook on Industrial Policy*. Northampton, MA: Edward Elgar, 2006.

Sherman, John. "Statement". 21 Congress. Rec.2456-60 (1890). En Gavil (1996).

Távara, José. "¿Por qué no existe aún el control de fusiones en el mercado peruano?" *La Evolución de la Libre Competencia en el Perú*. Lima: Themis, (2004: 117-128).

Thorelli, Hans. "The Federal Antitrust Policy: origination of an American tradition (1955)". En Gavil (1996).

¿ES NECESARIO UN CONTROL GENERAL DE FUSIONES EFECTIVO PARA EL DESARROLLO DE ECONOMÍAS EMERGENTES?



PIERRE HORNA - PERÚ

Master en Derecho por la Universidad de Leiden, Holanda (2002) y Abogado por la Universidad de Lima, Perú (1999). Su especialización se orienta al vínculo entre el Derecho de la Competencia Europeo y el desarrollo económico.

Cuenta con estudios de Post-grado en Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el Instituto de Comercio Mundial (World Trade Institute) en Berna, Suiza (2003) y en la Universidad de Buckingham, Inglaterra (2002).

Funcionario Internacional de la Sección de políticas de Competencia y protección del Consumidor de la División de Comercio Internacional en bienes y servicios y Productos Básicos de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD) con sede en Ginebra, Suiza desde el 2003.

Su función específica es de "Oficial Responsable del Programa COMPAL" (Programa de Asistencia Técnica sobre Fortalecimiento de Instituciones y Capacidades en el área de las políticas de competencia y protección del consumidor. Casos de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, República Dominicana, Paraguay, Perú y Uruguay).

¿ES NECESARIO UN CONTROL GENERAL DE FUSIONES EFECTIVO PARA EL DESARROLLO DE ECONOMÍAS EMERGENTES?¹

Pierre M. Horna - United Nations Conference on Trade and Development - ONU

La interrogante que planteo en este artículo es provocadora y quizás para algunos colegas del argot internacional contraproducente. El instaurar un control general de fusiones preventivo a las operaciones de concentraciones o adquisiciones entre empresas ha generado en la literatura posiciones encontradas, sobre todo en aquellas economías pequeñas y emergentes que necesitan que sus empresas locales puedan generar economías de escala a efectos de tener una competitividad doméstica robusta y poder hacer frente a la competencia internacional.

Se ha hablado mucho sobre los beneficios de las fusiones atendiendo a la necesidad de expansión geográfica; diversificación de las actividades de una empresa o de su cartera de productos y servicios; consolidación de su posición en el mercado, logro de una mayor efi-

1. Las opiniones vertidas en el presente artículo son las del autor y no representa de ninguna manera la posición de la Secretaría de la UNCTAD ni tampoco de sus países miembros. Cualquier error u omisión es de responsabilidad del autor. Este breve artículo se basa en la experiencia del autor en brindar asistencia técnica a los países miembros de la UNCTAD así como las investigaciones recientes de la UNCTAD, particularmente las siguientes: (i) "Comentarios al Capítulo VI de la Ley Modelo de Competencia de la UNCTAD relativo al control de las concentraciones". (TD/RBP/CONF.7/L.6) . Naciones Unidas, Agosto de 2010. (ii) "Examen de la experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación para la aplicación de las disposiciones sobre competencia, en particular a nivel regional" (TD/B/C.I/CLP/10). Naciones Unidas, Mayo de 2011.

2. Oficial responsable y de Asuntos Legales del Programa COMPAL (<http://compal.unctad.org>). Funcionario Internacional de la Sección de políticas de Competencia y protección del Consumidor de la División de Comercio Internacional de la UNCTAD desde 2003. Dentro del marco del Programa COMPAL de la UNCTAD, el suscrito ha participado como expositor en temas de derecho de competencia y protección de consumidor en diferentes foros internacionales organizados por países latinoamericanos y de otras regiones así como en diferentes Programas Académicos sobre Derecho y Ley de Competencia. Asimismo, ha participado en la elaboración de estudios sectoriales nacionales en la República Dominicana, Uruguay, Nicaragua, Perú y El Salvador. Doctorando en Derecho Internacional de la Competencia por la Universidad de Ginebra, Suiza. Master en Derecho por la Universidad de Leiden, Holanda (2002). Post-grado en "EC Competition law" y "US Antitrust Law" en la Academia de Derecho Europeo (Trier, Alemania). Estudios de Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el Instituto de Comercio Mundial (World Trade Institute) en Berna, Suiza y en la Universidad de Buckingham, Inglaterra. Abogado de la Universidad de Lima, Perú. Contacto: Pierre.Horna@unctad.org.

ciencia de la producción mediante economías de escala y de alcance, permitiendo a una empresa producir bienes a un menor costo marginal, funcionando al mismo tiempo a la escala mínima de producción que resulte eficiente.

Las fusiones pueden tener como resultado un mejor acceso de las empresas al capital, el aumento de las capacidades de investigación y desarrollo, y un mejor uso de los conocimientos de gestión. Además, las fusiones ofrecen una vía de salida de un determinado mercado, ya sea porque la empresa no está obteniendo buenos resultados económicos o porque desea reestructurar sus actividades.

Entonces, a primera vista, un control de fusiones efectivo estaría frenando el desarrollo económico sostenible de economías emergentes dado que a priori estaríamos introduciendo limitaciones concretas a la libertad de contratar y de fusionarse, en particular, cuando aquellas empresas locales necesitan agruparse para poder hacer frente a la competencia internacional. Adicionalmente a esta interrogante, he podido constatar a nivel internacional que en aquellas jurisdicciones que cuentan con un control de fusiones, del 100% de los casos de análisis de concentraciones, sólo una muy pequeña proporción (5%-7%) de los casos que se ventilan revisten de importancia en términos de impacto en el proceso competitivo estructural. Este último tema ha sido la consecuencia por la que los gremios empresariales, en general, han obstaculizado la entrada en vigor de un control de fusiones preventivo dado que la acción del Estado no se justificaría si casi el 95% de los casos serían "autorizados" por la autoridad de competencia. Ello significaría, un despliegue innecesario de recursos que las agencias de competencia jóvenes deberán necesitar para instaurar un control general de fusiones efectivo y quizás, en desmedro, de destinar recursos concretos a la lucha contra los carteles, en donde sus efectos nocivos son más claros y contundentes que los de las fusiones.

Ahora bien, dicho lo anterior, también existen argumentos a favor que señalan la necesidad imperativa de un control férreo de las fusiones de manera previa dado que ello estaría atrayendo a la inversión ex-

tranjera directa (IED). Este tema de IED corresponde a la idea de que las empresas multinacionales e inversionistas quieren conocer las reglas de juego claras de un mercado a donde invertirán y desde luego, un control de fusiones previo dentro del marco de una legislación de competencia, estaría siendo la garantía de que los actores en el mercado doméstico estarán siendo disciplinados garantizándose así el proceso de competencia sano y justo.

Desde la perspectiva y óptica que se tome, habrán argumentos a favor y en contra respecto al impacto que pueda tener un control de fusiones preventivo en el desarrollo económico de países emergentes. Por ello, mi interés es esbozar algunas ideas concretas respecto a cómo funciona el análisis del control de fusiones diferentes países emergentes y cómo ello ha contribuido al desarrollo de sus economías.

ANALIZANDO LAS FUSIONES

Se ha constatado a nivel internacional que al analizar casos de fusiones, existe efectivamente un gran número de casos en donde estas operaciones no ponen trabas a la competencia en un mercado. Sin embargo, algunas de ellas pueden alterar la estructura del mercado de un modo que suscite inquietud con respecto a la libre competencia³. Un control de fusiones efectivo tendría por objeto responder a las inquietudes que plantean tales fusiones en relación con la libre competencia, evitando la creación, mediante adquisiciones u otras combinaciones estructurales, de empresas que tengan el incentivo y la capacidad para ejercer poder de mercado.

3. La entidad fusionada puede gozar de mayor poder de mercado y tener una competencia limitada, de tal manera que estará en condiciones de restringir la producción y subir los precios.

4. No obstante lo anterior, en términos generales, las similitudes entre la mayoría de los regímenes relativos a la competencia en lo que respecta al tratamiento de las fusiones son más importantes que las diferencias. En los últimos años, varios países han aprobado disposiciones separadas en su legislación sobre la competencia para reglamentar las fusiones, y como parte de esa tendencia general a aprobar leyes sobre la competencia o a modificar las leyes vigentes en la materia, muchos países han adoptado mecanismos de control, o han reformado los controles existentes, con arreglo a las mismas pautas generales.

Si bien la mayoría de los regímenes relativos a la competencia⁴ que existen en el mundo prevén normas de control de las fusiones, el contenido y el cumplimiento forzoso de esas normas varían de una jurisdicción a otra. Las diferencias de tratamiento de las fusiones en las distintas legislaciones relativas a la competencia tienen que ver, entre otras cosas, con:

- a) Las disposiciones legales y coercitivas relacionadas con los distintos tipos de fusiones;
- b) Los factores estructurales y de comportamiento considerados y su importancia relativa, incluida la cuota de mercado y/o los volúmenes de negocios⁵;
- c) El tratamiento de las mejoras de eficiencia y de los criterios no relacionados con la competencia;
- d) El alcance y la estructura de las excepciones; y
- e) Las disposiciones procedimentales, como la notificación voluntaria u obligatoria en el caso de las fusiones de empresas que cumplen determinados requisitos de volumen de negocios o cuota de mercado, o las posibilidades *ex post facto* de tomar medidas en contra de las fusiones, y las medidas correctivas o sanciones.

En definitiva, el análisis de control de fusiones es prospectivo dado que supone comparar la situación anterior a la fusión propuesta con la situación posterior a ella, para evaluar los posibles efectos de la fusión en la competencia (análisis "del caso hipotético" o de pronóstico⁶). En ese proceso de análisis, las partes que se fusionan cierta-

5. Esto puede dar lugar a que las autoridades de defensa de la competencia analicen la situación, y los criterios de incompatibilidad con la libre competencia que deben cumplirse antes de que se pueda en principio prohibir una determinada organización.

6. Un análisis hipotético del mercado suele comprender los aspectos siguientes : (i) Definición del mercado (cuál es el mercado pertinente con arreglo al producto o el ámbito geográfico); (ii) Evaluación de la estructura del mercado y la concentración existente en éste antes de la fusión (qué empresas hay, cuáles son sus cuotas y su importancia estratégica con respecto a los mercados del producto, qué empresas podrían plantear competencia en el futuro); (iii) Evaluación de los efectos probables de la fusión notificada, incluidos los efectos unilaterales y de coordinación (la probabilidad de que la entidad fusionada tenga la capacidad de ejercer poder de mercado unilateralmente y la probabilidad de que la fusión genere más oportunidades para que los agentes del mercado coordinen comportamientos); y (iv) La probabilidad de que surjan nuevas barreras para la entrada y la existencia de barreras efectivas para la entrada de nuevos competidores y la expansión de los actuales. Whish (2009). *Competition Law*. Sexta edición. Oxford University Press: 811

mente refutan cualquier “teoría del daño a la competencia” que se esgrima y demostrar que la fusión no afectará negativamente a la competencia en el mercado en comparación con el *statu quo*. Debe lograrse un equilibrio prudente en lo que respecta a los requisitos probatorios. Las autoridades de defensa de la competencia deben procurar, por un lado, que los criterios no sean tan exigentes que lleven a que se descarten fusiones beneficiosas y, por otro lado, que los requisitos probatorios no sean tan poco estrictos como para permitir que se aprueben algunas fusiones perjudiciales para la competencia.

Ahora bien, dentro de este análisis, algunas jurisdicciones incluyen otras consideraciones de “interés público” relativas a la estabilidad financiera, la protección de las empresas líderes nacionales, las políticas industriales, la promoción del empleo, la supervivencia de las empresas pequeñas y medianas, y el aumento del protagonismo de las personas históricamente desfavorecidas. Si bien muchas de esas consideraciones de interés público son importantes, es importante aseverar que tales consideraciones no están relacionadas con la competencia, y por lo general suponen ciertas concesiones recíprocas (por ejemplo, un resultado que está un poco por debajo del más eficiente)⁷. Una lección que se ha aprendido de la experiencia en el terreno es la imperiosa necesidad de que las autoridades de defensa de la competencia y el gobierno mantengan deliberaciones detalladas con el fin de decidir si deben incorporarse consideraciones de interés público en la política sobre la competencia o si hay otros medios más eficaces de alcanzar ese objetivo⁸.

7. La entidad fusionada puede gozar de mayor poder de mercado y tener una competencia limitada, de tal manera que estará en condiciones de restringir la producción y subir los precios. La formación de empresas líderes nacionales constituye un ejemplo interesante de ese tipo de concesiones recíprocas. Algunos países con mercados pequeños pueden querer canalizar la fusión de empresas nacionales en una sola empresa líder nacional, que tenga como resultado una posición de monopolio a nivel interno, con el argumento de que esto les podría permitir ser más competitivos en los mercados internacionales. Sin embargo, en ausencia de controles regulatorios, es muy probable que esas empresas líderes nacionales extraigan “rentas de monopolio” a nivel interno, y sin la disciplina de la competencia en sus mercados nacionales, es posible que tampoco lleguen a ser más competitivas en los mercados internacionales, lo que en definitiva redundaría en perjuicio de los consumidores nacionales y, en última instancia, del desarrollo de la economía en su conjunto. Además, en el caso de las economías pequeñas, es improbable que el dominio del mercado interno genere las economías de escala necesarias para que sean competitivas internacionalmente. En cambio, si el mercado local está abierto a la competencia de las importaciones o de la inversión extranjera directa, el mercado mundial podría ser pertinente para el análisis del control de las fusiones, y ese único proveedor nacional podría ser autorizado a fusionarse. En consecuencia, es necesario que las autoridades de defensa de la competencia logren un equilibrio entre las consideraciones relativas a la competitividad internacional y el daño consiguiente que podría causarse al mercado interno.

8. Whish (2009). Competition Law. Sexta edición. Oxford University Press: 805-806 y 813-814

La medida correctiva que las agencias de competencia cuentan es la potestad de aprobar o prohibir una fusión sobre la base del análisis que realicen de los efectos probables de esa fusión sobre la competencia. Además, cuando se notifica una transacción que suscita inquietudes con respecto a la competencia, algunos regímenes de control de las fusiones permiten que la parte que notifica proponga medidas correctivas y reestructure por esa vía la transacción propuesta a fin de resolver los problemas que afectarían a la competencia. En ese caso, la agencia de competencia tendría entonces que evaluar la transacción modificada. Otras jurisdicciones facultan a la autoridad de defensa de la competencia a condicionar esas medidas a las partes que notifican la fusión. Es importante notar que las partes pueden siempre desistirse de la fusión.

Una de las medidas correctivas por excelencia que cuentan las agencias de competencia al analizar una fusión es la venta o liquidación de determinados aspectos de los negocios de las partes que se fusionan (generalmente de áreas que se superponen) para evitar o reducir el aumento de poder de mercado. Esta medida es de tipo estructural dado que afecta a toda la estructura competitiva del mercado y ello es naturalmente más fácil adoptarlo en los regímenes obligatorios ex ante o de notificación previa, ya que se puede exigir a las partes que se fusionan que introduzcan los cambios estructurales antes de que se perfeccione la fusión. Si bien muchas autoridades tienen la facultad de dejar sin efecto las fusiones anticompetitivas antes de que se consumen, este criterio es obviamente más problemático y lleva más tiempo⁹.

Veamos a continuación algunas jurisdicciones en donde existe un control de fusiones relativamente efectivos en concordancia con su nivel de desarrollo institucional y potestades que cuentan las agencias de competencia:

9. Muchas autoridades de defensa de la competencia pueden también recurrir a medidas correctivas de comportamiento en virtud de las cuales las partes que se fusionan convienen en adoptar ciertas medidas una vez perfeccionada la fusión (por ejemplo, otorgar licencias a los competidores), para eliminar las preocupaciones relacionadas con la competencia. En los casos de fusión, las medidas de comportamiento son generalmente menos eficaces que las medidas estructurales, a causa de las dificultades que existen para vigilar y supervisar su aplicación.

Así por ejemplo tenemos **Brasil**, en donde el organismo regulador de la competencia es el "Consejo Administrativo de Defensa Económica" (CADE), el cual tiene amplias potestades correctivas y está expresamente autorizado a recurrir a cualquier medida que esté a su alcance para subsanar cualquier daño causado a la competencia como consecuencia de una fusión. Una de esas medidas inclusive podría ser el exigir la disolución o la división de la entidad fusionada¹⁰. Por su parte, en la **China**, la Ley "Antitrust" del 2006 otorga al Ministerio de Comercio de este gigante asiático la facultad de impedir una fusión o de imponer medidas correctivas antes de autorizarla. Tiene además la posibilidad de imponer diversas sanciones legales por incumplimiento a las partes en la fusión y de adoptar medidas estructurales, medidas de comportamiento o una combinación de ambas. En África, podemos mencionar a la agencia de competencia de **Kenia**, en donde puede negarse a autorizar una fusión, u otorgar la autorización con sujeción a determinadas condiciones. Una de esas condiciones puede ser la venta o liquidación de alguna parte del negocio de las partes que se fusionan. La autoridad keniana también puede adoptar medidas de comportamiento¹¹.

A su turno, una de las dos agencias de competencia en **Estados Unidos**, vale decir, la Comisión Federal de Comercio (FTC), puede solicitar al tribunal federal que dicte una orden que prohíba la ejecución de una fusión propuesta en tanto el procedimiento administrativo determine la legitimidad de una fusión. El incumplimiento de la Ley puede traer aparejada la imposición de una multa de hasta 16.000 dólares por día por el período que dure la infracción. Es habitual que la FTC ordene adoptar medidas estructurales, especialmente en forma de una orden de consentimiento que exige que las partes en la fusión se desprendan de cierta parte de los activos existentes o de una porción de los activos que adquirirán al perfeccionarse la transacción. La FTC también tiene la posibilidad de adoptar medidas de comportamiento, pero no es habitual que las usen en casos de fusión.

10. Véase el párrafo 9 del artículo 54 de la Ley brasileña de defensa de la competencia, Nº 8884 de 1994.

11. Véase el artículo 31 de la Ley de prácticas comerciales restrictivas, monopolios y control del comercio, de 1990

Finalmente, la Comisión Europea en Bruselas, ente ejecutor de la política de competencia de la **Unión Europea** tiene la potestad de imponer a las empresas multas de hasta el 10% de su volumen de negocios total anual a escala mundial cuando no cumplen la orden de suspender la ejecución de una fusión mientras la Comisión la examina, o cuando consuman una fusión que ha sido prohibida por la Comisión.

La Comisión puede también imponer el pago periódico de penas de hasta el 5% del volumen de negocios total medio diario a nivel mundial por cada día que dure la infracción. Además, se pueden imponer multas de hasta el 1% del volumen de negocios total mundial en ciertas circunstancias, por ejemplo cuando las partes en la fusión suministran información engañosa o incorrecta. En caso de que se haya perfeccionado una fusión anticompetitiva, la Comisión podrá exigir su disolución total e imponer medidas provisionales u otras medidas necesarias para restablecer las condiciones de una competencia efectiva en el mercado de que se trate¹².

La dimensión internacional del control de fusiones: un desafío para las agencias de competencia que todavía no cuentan con un control general de fusiones

En un mundo globalizado, las transacciones comerciales tienen un creciente alcance geográfico más allá de las fronteras nacionales y de repercusiones internacionales de las actividades anticompetitivas en los mercados globalizados modernos. En este contexto, las agencias de competencia tienen ante sí nuevos retos y oportunidades para poner freno a las prácticas anticompetitivas multinacionales y restablecer la competencia. Casos hay muchos a nivel internacional. Bastaría con mencionar por ejemplo, la reciente fusión LAN TAM, dos empresas que tienen su sede en Chile y Brasil, respectivamente o la fusión Intel-McAfee, dos empresas con sede en Estados Unidos pero con fuerte impacto en los mercados europeos¹³.

12. Véase el artículo 8 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo

13. Debido a la fuerte presencia de Intel en los mercados mundiales de microprocesadores y conjuntos de microprocesadores informáticos, la Comisión Europea supeditó su autorización de la fusión a que se garantizara que los competidores podrían seguir suministrando productos de seguridad de la tecnología de la información compatibles con las unidades de Intel. La CE contó con la estrecha cooperación de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos para el examen de esta fusión. Véase http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_5984

Con el fin de abordar adecuadamente los desafíos planteados por los problemas de monopolio, oligopolio, monopsonios, etc. que suscitan las actividades de las empresas transnacionales en un mundo globalizado, se han puesto en marcha numerosas iniciativas, desde acuerdos oficiales bilaterales y multilaterales hasta interacciones oficiosas e intercambios de información y prácticas óptimas. Existe ya un consenso muy amplio en que la cooperación entre agencias de competencia de todo el mundo facilita la aplicación efectiva y eficiente de las leyes de competencia y, por lo tanto, ayuda a mantener mejor la competencia en los mercados¹⁴.

Un factor importante a considerar en este tema es la proliferación mundial de los regímenes de control de las fusiones, el cual conlleva una ventaja con respecto a mejorar la vigilancia de las actividades de fusión, lo que a su vez permite reducir la concentración en los mercados, que puede menoscabar el desempeño económico y el bienestar de los consumidores. Empero, si la cooperación entre las agencias de competencia es inexistente, dicha proliferación acarrea importantes desventajas tales como opiniones contradictorias de las agencias de competencia respecto a una fusión, como lo que efectivamente sucedió en la fusión General Electric/Honeywell y Boeing/McDonnell Douglas, resuelto por las agencias de los Estados Unidos y la UE¹⁵.

14. Véase el artículo 31 de la Ley de prácticas comerciales restrictivas, monopolios y control del comercio, de 1990. Sin embargo, diversos factores socavan la eficacia de la cooperación en la aplicación, especialmente las diferencias entre las jurisdicciones con respecto a las normas sustantivas, los procedimientos y los enfoques institucionales relativos a la competencia. Además, aunque la amplia proliferación de leyes y políticas de la competencia es innegable —actualmente más de 110 países cuentan con regímenes viables de derecho de la competencia—, varios países siguen sin tener un marco normativo que les permita hacer frente a las prácticas anticompetitivas mantenidas por entidades nacionales o extranjeras. Asimismo, es evidente que las actividades de cooperación tienden a centrarse en los países desarrollados con regímenes de la competencia más avanzados.

15. Es innegable, como sostenía al principio de este artículo que el control de fusiones, desde la perspectiva empresarial, un proceso que aumenta la complejidad, la incertidumbre jurídica y los costos de transacción. Así ocurre, en particular, cuando varias notificaciones de fusión a diferentes jurisdicciones tienen diferentes niveles de activación y examen —o aprobación final— y diferentes plazos. Desde la perspectiva de los organismos reguladores de la competencia, una transacción puede generar decisiones incompatibles o contradictorias. La importancia de la cooperación en la regulación de las fusiones transfronterizas ha sido puesta de relieve tanto por los países desarrollados como por los países en desarrollo. Véanse, por ejemplo, las contribuciones de los países a la mesa redonda dedicada al tema del control de las fusiones transnacionales y los desafíos que plantea para los países en desarrollo y las economías emergentes, organizada durante el décimo Foro Mundial de la Competencia celebrado en 2011 por la OCDE, http://www.oecd.org/document/52/0,3746,en_2649_37463_46076788_1_1_1_37463,00.html.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Si bien hay mucho que ahondar en materia del impacto del control de fusiones en el desarrollo económico en países emergentes, en este brevísimo artículo he tenido la intención de únicamente bosquejar algunas experiencias internacionales sobre el control de fusiones y la forma por la cual se han establecido en diferentes economías emergentes, incluyendo países desarrollados (Estados Unidos y la Unión Europea). El principal mensaje que se desea transmitir es el rol fundamental que cumple la ley y política de competencia al momento de controlar las fusiones o adquisiciones en países en desarrollo que buscan atraer inversiones extranjeras directas pero también al mismo tiempo garantizar que las estructuras de los mercados no varíen sustancialmente si acaso están focalizadas a influenciar negativamente el proceso competitivo sano y justo. Al final del día, un control efectivo de fusiones debe combinar apropiadamente el tema de acceso a los mercados para las miles de pequeñas empresas y la acción *antitrust* internacional para las grandes corporaciones y/o aquellas cadenas de abastecimiento que restrinjan la competencia. Debería haber un equilibrio entre estos dos extremos y ello debe estar debidamente analizado técnicamente por las agencias de competencia.

En general, existen diversos factores diferenciadores en los países de economías emergentes que son moldeables tales como la formalización, industrialización. En ese sentido, los países desarrollados deben cooperar para hacer vinculante los nuevos conceptos y características que deberían tener las reglas de competencia y consumidor en este nuevo escenario económico nacional y mundial. Además de revisar la normativa en la dirección indicada, se necesita también reflexionar una vez más, acerca de la necesidad de una autoridad multilateral de competencia (tema desechado de la agenda OMC desde la Conferencia Ministerial de Can Cun en el 2003). Esta idea, empezaría primero con la creación y/o fortalecimiento de autoridades de competencia regionales que operen bajo los principios de subsidiaridad, cooperación, transparencia, no-discriminación y el debido proceso.

Ginebra, 29 de abril de 2012.

REFLEXIONES EN TORNO AL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES



SANTIAGO DÁVILA - PERÚ

Licenciado en Economía por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Maestría en Ciencias Económicas por la Universidad de Warwick en Inglaterra. Gerente de Estudios Económicos del INDECOPI y docente de la Maestría en Regulación de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Ex especialista de la Gerencia de Estudios Económicos del Osinergmin (2002-2003). Consultor en APOYO Consultoría (2003-2005) y Oxford Economic Research Associates del Reino Unido (2006-2009).

REFLEXIONES EN TORNO AL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Santiago Dávila - Perú

Imagine que dos aerolíneas internacionales que cubren rutas muy importantes desde y hacia el Perú se fusionan para formar una nueva aerolínea. ¿Cuál es el impacto que tendrá esta operación de concentración empresarial sobre los consumidores (ciudadanos peruanos, turistas, viajeros de negocios, exportadores, importadores)? ¿Cuál será el impacto sobre los proveedores de servicios a las aerolíneas, incluyendo los aeropuertos? Y finalmente, ¿cuál será el impacto que tendrá esta operación sobre otras aerolíneas competidoras y en general, sobre el desarrollo (o no) del sector aéreo comercial peruano?

Como ciudadano me gustaría saber si es posible que los precios de los boletos aéreos suban como resultado de la fusión, si la nueva empresa fusionada va a mantener las mismas frecuencias y calidad del servicio que existían antes del acto de concentración o si es posible más bien que las frecuencias de viaje se reduzcan o que se deteriore la calidad del servicio.

El control de concentraciones no tiene por objetivo prohibir los actos de fusión o adquisición de empresas, sino preguntarse cuáles serán los impactos que dichos actos de concentración tendrán sobre el mercado y consumidores, más allá de los beneficios que la concentración genera para las empresas. Lo que se busca es prevenir que los beneficios que la concentración genera para las empresas involucradas no se obtengan a costa de la reducción de la competencia en el sector y el deterioro del bienestar de los consumidores.

En los países que cuentan con un control de concentraciones (dicho sea de paso, la mayoría), es posible analizar los efectos que tendrá la

operación de concentración empresarial sobre el mercado, antes que la operación se realice. El análisis se hace con la activa participación de las empresas que se concentran, quienes en coordinación con la autoridad de competencia del país en donde la operación tiene efectos pueden plantear las medidas que remedien cualquier deterioro de la competencia o afectación a los consumidores. Esta es la filosofía del control de concentraciones. No se trata de prohibir la concentración económica *per se*, sino de garantizar que esta no afectará la competencia y a los consumidores.

FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

La necesidad de un control de concentraciones empresariales está sólidamente fundamentada en la teoría económica y en la experiencia de más de 90 países, desarrollados y en vías de desarrollo, que cuentan con políticas similares.

En ausencia de eficiencias económicas, las concentraciones empresariales incrementan el poder de mercado de las empresas, lo que implica que, entre otros efectos, los precios pueden incrementarse como resultado de la concentración. Esto se debe a que la concentración modifica la estructura del mercado de tal forma que puede crear o reforzar una posición dominante en el mercado, o bien crear las condiciones para que las empresas se coludan (tácita o explícitamente), por ejemplo, concertando precios o condiciones de oferta.

Existen varios factores que analizados en conjunto pueden facilitar el ejercicio de poder de mercado o el desarrollo de prácticas colusorias luego de producido un acto de concentración empresarial. Por ejemplo, si después de la operación de fusión o adquisición, el mercado queda altamente concentrado, las empresas rivales no tienen capacidad productiva disponible, los consumidores no tienen poder de compra, el producto o servicio relevante no tiene sustitutos y el mercado exhibe importantes barreras a la entrada de nuevos competidores, entonces resulta altamente probable que se reduzca la competencia como resultado de la operación de concentración.

Si la operación de concentración permite a las empresas alcanzar eficiencias económicas que impliquen la reducción de costos de operación, entonces es posible que estas eficiencias económicas sopesen los efectos negativos descritos.

Sin embargo, como refiere Motta (2004), las eficiencias generadas por la concentración no pueden ser simplemente asumidas¹. De acuerdo a la práctica internacional, para que las eficiencias sean consideradas en el análisis del impacto de la concentración, estas deben cumplir con tres características:

- a) Ser eficiencias exclusivamente resultantes del acto de concentración, es decir que no pueden ser alcanzadas por otros medios que no sean la concentración.
- b) No deben ser anticompetitivas, es decir originadas como resultado de una reducción en el nivel de competencia en el mercado.
- c) Deben ser transferibles al consumidor y verificables por la autoridad de competencia.

En suma, el control de las operaciones de concentración empresarial se justifica desde un punto de vista económico debido a que la concentración tiene el potencial de reducir la competencia, de formas que no podrían ser fácilmente detectadas ni sancionadas con un control *ex post* de conductas anticompetitivas.

La teoría económica también reconoce el importante rol que pueden tener las concentraciones como fuente para la realización de eficiencias económicas, y en este sentido, recomienda que el análisis de operaciones de concentraciones tome en cuenta no solo el potencial efectivo negativo sobre la competencia, sino también las potenciales ganancias de eficiencia resultantes de la concentración.

1. Motta (2004) refiere que la evidencia empírica no es (estadísticamente) concluyente acerca de si las operaciones de concentraciones son beneficiosas para las empresas involucradas. Algunas de las explicaciones por las que una fusión o adquisición puede no ser beneficiosa para las partes involucradas puede deberse a que algunos empresarios sobreestiman las eficiencias obtenibles o sus capacidades para gestionar las empresas adquiridas. Otras explicaciones sobre este mismo fenómeno inciden en la discrepancia entre los objetivos de los accionistas y los gerentes de las empresas. Mientras los primeros tienen por objetivo la maximización de sus utilidades, los gerentes pueden tener como objetivo el crecimiento del tamaño de sus empresas o la diversificación de las actividades de las empresas que gerencian, lo que puede llevarlos a adquirir o fusionarse con otras empresas, descuidando la consecución efectiva de eficiencias. Ver Motta (2004). *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge, Estados Unidos. Pág. 243.

LOS (VERDADEROS) RIESGOS DE NO TENER UN CONTROL DE CONCENTRACIONES

En el Perú, algunos especialistas y gremios han concentrado sus esfuerzos en resaltar los riesgos de introducir una ley de control de concentraciones en el Perú. Se ha afirmado así, que una ley de esta naturaleza afectaría las inversiones, que sería innecesaria porque el control *ex post* de conductas es suficiente y las distorsiones las corrige el propio mercado y porque, finalmente el INDECOPI no tiene experiencia al respecto.

Estas críticas al control de concentraciones han sido largamente rebatidas en Gallardo y Dávila (2003) y en Távara y Diez Canseco (2004)². Es más, la experiencia internacional de los países que cuentan con una legislación en materia de concentraciones, en conjunto con leyes (ex post) de control de conductas anticompetitivas, evidencia que no hay ningún impacto negativo sobre las inversiones y constituyen un reconocimiento de que el control *ex post* de conductas anticompetitivas no es suficiente para garantizar y promover la competencia. Incluso, el Comité de Competencia de la *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) recomendó en el año 2004 la adopción de una legislación de control de fusiones, con ocasión de una revisión integral de las políticas de competencia en el Perú y criticó duramente los argumentos en contra de esta política³.

Sin embargo, quienes critican el control de concentraciones poco o nada han dicho respecto a los riesgos de no contar con un control de concentraciones. En las últimas dos décadas se han producido en la economía peruana importantes procesos de concentración empresarial, en industrias diversas, como la de alimentos, cerveza, administración de fondos de pensiones, telecomunicaciones, energía y servicios bancarios y financieros, los cuales a causa de la inexistencia de una

2. José Gallardo y Santiago Dávila. Concentraciones horizontales en la generación eléctrica: el caso Peruano. Documento de Trabajo No 2. Oficina de Estudios Económicos. OSINERGMIN.

Távara, José y Luis, Diez Canseco. Estabilizando el péndulo: control de fusiones y concentraciones. Revista Themis, No 47.

3. La OECD indicó: "The arguments against merger control are for the most part either wrong or outdated. The argument that small, open economies do not need merger control or that such control could interfere with domestic firms' realisation of scale economies has been thoroughly discredited. Merger analysis can be complex, but the Free Competition Commission's ten years of experience have prepared it for the process. And the cost of merger control can be managed by giving Indecopi the authority to set the thresholds for pre-merger reporting". OECD (2004). Country Studies – Peru Peer Review of Competition Law and Policy, P.70

ley de control previo de fusiones, no han podido ser analizados por el INDECOPI. En varios de estos sectores concentrados, es frecuente que se presenten quejas de consumidores, usuarios y empresas competidoras por distintas materias ante el INDECOPI, lo que revela que estas concentraciones sí tienen efectos sobre el mercado.

El verdadero riesgo de no tener un control de concentraciones es que se realicen operaciones de concentraciones que generen efectos anti-competitivos y que estas no sean detectadas por la autoridad de competencia, mediante el control *ex post*.

Retomando el ejemplo del inicio, la reciente fusión de las aerolíneas TAM y LAN, la primera brasilera y la segunda chilena, fue analizada por las autoridades de competencia de Brasil y de Chile, respectivamente, y aprobada en ambos países pero con condicionamientos orientados a preservar y garantizar el desarrollo de la competencia en el mercado aéreo comercial de cada país. En el Perú este análisis no se efectuó debido a la inexistencia de una ley que promueva la competencia a partir de análisis previo de concentraciones empresariales.

CÓMO DEBE SER EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Una de las ventajas de que el Perú sea uno de los últimos países en establecer un control de concentraciones en el mundo, es que puede aprender de las experiencias de otros países para implementar un control efectivo. Para que el control de concentraciones sea una política pública eficiente y no se convierta en una traba a la libertad de las empresas para realizaciones de estas operaciones, el control debe estar bien diseñado e implementado. Según la mejor práctica internacional, es recomendable que el control previo de concentraciones cumpla con los siguientes principios:

Primero, debe estar a cargo de una entidad técnica especializada en la materia. Si bien INDECOPI es una institución públicamente reconocida por su capacidad técnica, esta debe ser reforzada institucionalmente para poder hacerse cargo de esta nueva atribución.

Segundo, el único criterio que debe regir para la autorización o condicionamiento de las operaciones es el impacto que tenga la misma sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. El análisis debe incluir un balance de las eficiencias potencialmente generadas por la operación de concentración.

Tercero, el umbral a partir del cual las operaciones de concentración deben ser revisadas por el INDECOPI debe ser lo suficientemente elevado, de forma que se garantice que solo las operaciones de concentraciones que pueden tener un impacto significativo en la economía estén sujetas a evaluación previa.

Por último, la evaluación debe dar una respuesta rápida a las partes y resguardar la confidencialidad de la información que proporcionen las empresas involucradas a la autoridad.

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES Y SUS PARÁMETROS DE APLICACIÓN



LUIS DIEZ CANSECO - PERÚ

Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (1985). Magíster (MCL), George Washington University Law School (1988). Doctorado en Derecho, Candidato (2002). Becario Fulbright (1987-1988). Hubert H. Humphrey Fellow, American University (2001-2202). Visiting Scholar, George Washington University Law School (2002), y Visiting Scholar en el Instituto Max Planck para Derecho Internacional y Extranjero de Patentes, de Autor y de la Competencia (Alemania) (1986).

Socio del Estudio Muñiz, Ramirez, Perez-Taiman & Olaya Abogados. Vocal de la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI; Consultor del Banco Mundial, BID y USAID. Funcionario de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Secretaría General de la Comunidad Andina. Consultor de diversos países de América Latina y Europa en temas de integración, comercio internacional, políticas de competencia y protección al consumidor.

Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, PUCP (Derecho de la Competencia, Derecho de la Publicidad, Derecho de la Competencia Desleal). Profesor de Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, UPC (Derecho de la Propiedad Intelectual); Profesor de la Escuela de Gobierno de la Universidad de San Martín de Porres (Promoción de Exportaciones).

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES Y SUS PARÁMETROS DE APLICACIÓN

Luis Diez Canseco - Perú

Desde la promulgación del Decreto Legislativo 701¹, hace ya más de 20 años, y durante el actual periodo de vigencia del Decreto Legislativo 1034², ha sido una constante la posibilidad de que el Perú cuente con una norma de aplicación general para el control previo de concentraciones³.

En efecto, a lo largo de dos décadas no prosperaron diversos intentos de introducir un régimen de esta naturaleza, incluso uno que fue debatido intensamente en el Congreso de la República⁴ a instancias de una propuesta original del INDECOPI sometida al Consejo de Coordinación Vice-Ministerial de la Presidencia del Consejo de Ministros⁵. Es más, resulta del caso destacar que la norma vigente, el Decreto Legislativo 1034, no se denomina Ley de Libre Competencia y se le conoce como Ley de Control de Conductas Anticompetitivas, precisamente por que sus autores dejaron abierta la posibilidad para que, en un futuro y en la medida que se verifiquen las condiciones adecuadas, se complemente con una ley de control de estructuras.

1. Decreto Legislativo 701, Contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia. Promulgado el 5 de noviembre de 1991.

2. Decreto Legislativo 1034 del 25 de junio de 2008, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

3. Actualmente existe un régimen específicamente regulado para el sector eléctrico, y otro aplicado vía interpretación de la legislación de telecomunicaciones, exclusivamente.

4. Proyecto de Ley 141992005-CR presentado en diciembre 2005 por el congresista D. Jesús Alvarado Hidalgo.

5. Julio de 2005.

El tema ha sido objeto de una gran controversia y mucho se ha escrito a favor y en contra de esta herramienta legislativa, la misma que se aplica en un gran número de países del mundo: la mayoría.

De un lado, quienes están en contra han señalado que esta clase de normas no brinda buenas señales al mercado o, por lo menos, no lo sería para el caso peruano. También se ha indicado que evitaría que se afiance la competitividad de la economía peruana en general, y de las empresas locales en particular. En efecto, en una economía globalizada, resulta importante contar con "campeones" que sirvan de punta de lanza del esfuerzo exportador. Igualmente se ha puesto de manifiesto que desalentaría las inversiones y supondría altos costos administrativos para su puesta en aplicación. Otro argumento de importancia va en dirección a que las fusiones permiten ganancias en eficiencia para las empresas, incluso sinergias positivas para la industria que redundan en mejores precios para los consumidores. Finalmente y entre otros muchos otros, que por definición generaría un alto grado de incertidumbre sobre los resultados de esta intervención, dado que un grupo de funcionarios, por mejor intencionados que sean, no están en capacidad de determinar cómo evolucionará el mercado y las industrias. Por ello se señala que el control de fusiones se perfila como una suerte de acto de adivinación.

De otro lado, quienes están a favor de contar con un régimen de control de estructuras, sostienen que es una tendencia internacional que se perfila de manera inexorable en todos los países desarrollados y que, es más, han sido las grandes economías, alineadas con la economía de mercado, las que precisamente han insaturado regímenes de esta naturaleza. Igualmente se ha señalado que resulta un instrumento indispensable para mantener la competencia puesto que evita la consolidación de posiciones de dominio (que no son perjudiciales por cierto), pero que de la mano de una falta de monitoreo sobre los cárteles, puede consolidar un mercado altamente restrictivo. Del mismo modo se ha indicado que si bien las fusiones permiten ganancias en eficiencia y promueve sinergias positivas para la industria; ello no va a garantizar necesariamente que se acreciente la competencia.

Todo lo contrario, puede desincentivar el ingreso de nuevas empresas puesto que las de gran tamaño que controlan el *cluster* en el que desarrollan sus actividades (aguas arriba o abajo), están en capacidad de perfilar barreras de entrada al mercado. Ello como es obvio, puede resultar en un incremento de precios al consumidor además de una menor calidad de bienes y servicios. Por ello, una ley de control de fusiones y concentraciones bien diseñada y estructurada generaría un mercado más competitivo. Igualmente se pone de manifiesto otro tipo de consideraciones cual son la generación de empleo y la mayor recaudación fiscal. Finalmente se señala que es un instrumento sumamente útil para evitar la captura del Estado por los grandes grupos de poder económico, con lo que se estaría garantizando la democracia. Este último argumento, de claro origen político, se relaciona precisamente con los orígenes de la normativa *antitrust*.

Sin perjuicio de la validez de los argumentos a favor y en contra, resulta importante brindar algunos comentarios que, en nuestra opinión, resultan de la mayor relevancia para el diseño de una norma de esta naturaleza.

En primer lugar, se debe poner especial atención al diseño del umbral a partir del cual se procederá a solicitar una autorización a la autoridad competente. En efecto, si finalmente se opta por contar con un control previo de concentraciones, resulta fundamental que se trate de un sistema que se estructure sobre la base de reglas claras respecto de su aplicación; siendo una de las principales el determinar qué operaciones estarán sujetas a revisión.

Si se establece un parámetro demasiado bajo o abierto para "*entrar*" al régimen, habrá muchas empresas que se verán en la obligación de presentar solicitudes de aprobación previa. Ello traerá como consecuencia la creación de un sistema ineficiente que saturará a la administración de la norma y, a la larga, impulsará decisiones de puro formato que desnaturalicen su objetivo. Del mismo modo, si el umbral no es claro, no se sabrá cuáles serán las operaciones de relevancia.

Por el contrario, si se establece un parámetro muy alto o cerrado, serán tan pocas las operaciones que se sometan al control previo que finalmente el mercado y, por lo tanto, los consumidores y empresarios afectados por la fusión, no podrán disfrutar de los supuestos beneficios que puede generar este sistema. En efecto, solo unas cuantas operaciones serán notificadas y, por ello, mejor sería no contar con el sistema. Sobre este particular cabe destacar un dato objetivo: se evidencia internacionalmente un número muy pequeño de fusiones objeto de observaciones o negativas por parte de las autoridades de competencia. En este sentido, la determinación del umbral debe estar precedida de un análisis muy profundo del mercado peruano.

Es cierto que no existe un número mágico, y que el parámetro adecuado para una economía no necesariamente lo es para otra. Sin embargo, sin perjuicio del monto o porcentaje de participación de mercado que se establezca, este debe ser de muy claro entendimiento para los administrados. La idea es impedir interpretaciones y segundas opiniones.

Una fórmula aplicada en otros países, y que va de la mano con la teoría de los efectos, según la cual la norma se aplicará a operaciones que se desarrollen tanto en el país como en el extranjero, siempre y cuando tengan efectos en nuestro mercado, consiste en establecer un umbral o parámetro mínimo de volumen de operaciones de las entidades involucradas, tanto a nivel global o mundial, como local. Así, se logra determinar claramente, y de una manera eficiente, la dimensión general y local de las operaciones a las que se pretende someter a evaluación previa.

El umbral es precisamente la "*puerta de entrada*" al sistema y, como todo "*portal legislativo*", debe ser muy claro y transparente respecto de quién debe y quién no debe pasar por el mismo. En otras palabras, la claridad redundará en favor de la seguridad jurídica y definirá, en gran medida, el éxito o fracaso de la eventual aplicación del sistema. No hay que olvidar que un régimen de control de fusiones y concentraciones supone una intromisión regulatoria en las libertades de em-

presa y contractuales garantizadas por la Constitución. Debido a ello, la intervención, determinada por el umbral, debe ser objetiva y clara.

Otro aspecto que resulta relevante para el éxito en la aplicación de una herramienta como la propuesta, son los llamados "*candados institucionales*".

Sin perjuicio de que nuestra autoridad de competencia tenga una muy bien ganada y excelente imagen nacional e internacional; para una correcta y eficiente aplicación de una herramienta de este tipo resulta fundamental contar con un equipo de funcionarios especialmente designado, cuyas remuneraciones sean competitivas y cuya permanencia en el cargo esté garantizada por un período de tiempo determinado. Ello a fin de garantizar su independencia. No hay que olvidar que se trata de una herramienta muy poderosa que debe ser aplicada de manera técnica.

En este sentido, y siguiendo la tendencia internacional, además de que se establezcan mecanismos presupuestales para solventar los costos administrativos, sin cargar al sector privado con esta responsabilidad, cualquier propuesta debe ir acompañada de disposiciones que garanticen la transparencia en el proceso de designación de sus máximas autoridades y de las personas encargadas de investigar y resolver. En este sentido, dichos cargos no deberían alcanzarse por razones ajenas a la capacidad técnica y reconocido conocimiento y trayectoria en la temática. Es más, las autoridades de la agencia de competencia deben ser el escudo protector de la institución, a tal punto que su labor principal consista en garantizar la inamovilidad de sus integrantes y protegerlos de cualquier clase de influencia o presiones externas.

En la misma línea se debe diseñar un sistema que, sin afectar el derecho al debido proceso y otras garantías procesales, procure una revisión judicial célere y confiable. En efecto, la lentitud del Poder Judicial puede servir como un mecanismo para paralizar la economía puesto que fusiones que beneficien el mercado pueden ser objeto de un largo periodo de espera. Ello no es bueno para nadie.

Estos elementos, a los que hemos podemos denominar “parámetros de aplicación y candados institucionales”, resultan de la mayor relevancia a fin de evitar que una herramienta de esta envergadura y trascendencia, se transforme en un arma de coacción, manipulación y desincentivo para los inversionistas.

En un contexto de crecimiento económico como el que estamos teniendo, una norma con parámetros poco claros y sin candados institucionales puede constituir en una norma que en lugar de brindar tranquilidad a los mercados, genere desconfianza y preocupación.

Finalmente, resulta imperativo ponderar el papel de los organismos reguladores, tanto en los procesos de concentraciones de empresas de industrias reguladas, como en casos de infracciones de normas de libre competencia en los que éstas se vean involucradas. La especialidad y capacidad técnica de los organismos reguladores resulta gravitante para mejor resolver.

En todo caso, tomando en cuenta las particularidades de los mercados regulados, caracterizados por elementos tecnológicos y económicos propios, resulta recomendable pensar en un procedimiento de consultas a los reguladores, sin generar dilaciones en el procedimiento, que permita brindar mayores herramientas de análisis a la autoridad de competencia.

En conclusión, se trata de una herramienta de la mayor relevancia que para un correcto funcionamiento requerirá de un diseño adecuado y del más serio y ponderado debate legislativo.

La controversia sobre la conveniencia o no de contar con un régimen de esta naturaleza ha sido muy animado y no exento de posiciones legítimas desde ambos lados del espectro. Se espera que ello también se verifique en el Congreso de la República y que el resultado sea el que más convenga al Perú. Hacemos votos para que se margine la anécdota y que, si se llegara a aprobar, se ponga de lado disposiciones que contaminen un texto que, por su propia naturaleza, debe ser

preciso y absolutamente técnico. En todo caso hay que poner de relieve que la iniciativa presentada al Congreso ha sido objeto de diversos procesos de consulta a lo largo de varios meses. Ello, además, con el aporte de las experiencias de expertos nacionales e internacionales del más alto nivel, tanto de los sectores gubernamentales y privados como de organismos internacionales e instituciones académicas.

Esperamos que la seriedad en el origen de la iniciativa se refleje en sus resultados. Ello será bueno para el mercado, la competencia, los consumidores y los empresarios.

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN LA UNIÓN EUROPEA: INTEGRACIÓN ECONÓMICA, DEFENSA DE LAS EFICIENCIAS Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

EL APOORTE EUROPEO EN LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL PERÚ



TANIA ZÚÑIGA FERNÁNDEZ - PERÚ

Abogada de la PUCP. Docente en la Facultad de Derecho, en la Maestría en Derecho de la Empresa y en el Doctorado en Derecho de la PUCP.

Doctora en Derecho por la Universidad Humboldt de Berlín con distinción sobresaliente. Máster en Derecho Alemán y Derecho Europeo en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

Cuenta con una amplia investigación en Alemania sobre el control de concentraciones en América Latina, evaluando la propuesta para el Perú, la cual recibió un premio de reconocimiento académico.

Investigadora en Derecho de la Competencia y Derecho Corporativo en la Universidad Humboldt de Berlín y en el Instituto Universitario Europeo de Florencia. Actualmente dicta el curso Derecho Europeo en la PUCP, iniciativa pionera en el Perú.

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN LA UNIÓN EUROPEA: INTEGRACIÓN ECONÓMICA, DEFENSA DE LAS EFICIENCIAS Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

EL APORTE EUROPEO EN LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL PERÚ

Tania Zúñiga Fernández - Perú

El presente artículo tiene como objetivo explicar los fundamentos de la política de competencia europea. Ello ha servido como fuente de referencia para el diseño normativo del Proyecto de Ley “Ley de Promoción de la Libre Competencia y la Eficiencia en los Mercados para la Protección de los Consumidores”.

El Test europeo SIEC es un acto de convergencia normativa con el modelo americano por el cual las operaciones de concentración son evaluadas por el criterio del impedimento significativo a la competencia efectiva (*significant impediment to effective competition*), y por la defensa de las eficiencias (*efficiency defense*).

FUNDAMENTOS DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea constituye el sistema político más complejo a nivel global debido a que en ella concurren diversos niveles de sistemas jurídicos: El sistema jurídico comunitario, y los sistemas jurídicos nacionales de los 27 Estados Miembros, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania,

Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia y Reino Unido. Ello conduce necesariamente a un escenario multinivel de aplicación normativa.

Consolidar el proceso de integración a través de la creación de un mercado único es el objetivo más importante de la Unión Europea. A lo largo del proceso de integración y los diversos Tratados el objetivo político de integración económica y comercial ha permanecido inalterado.

En tal sentido, se ha asignado a la Unión el objetivo de establecer un régimen que garantice que la competencia no sea distorsionada en el mercado interior, y en el que la acción de los Estados miembros y de la Unión deba llevarse a cabo necesariamente respetando los principios esenciales de una economía abierta con libre competencia.

La definición de la política de competencia en el proceso de integración europea se encuentra basada en las normas jurídicas de integración contenidas en los tratados fundacionales. Dichas disposiciones, a su vez, se han ido desarrollando a través del ordenamiento jurídico comunitario derivado, concretamente a través de los reglamentos comunitarios, cuya aplicación es directa e inmediata en el territorio de los estados miembros.

Con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa el 1° de diciembre de 2009, los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (anteriormente Artículos 85 y 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) regulan actualmente la política comunitaria de competencia.

1. Tratado de París del 18 de abril de 1951, y entró en vigencia el 23 de julio de 1952; Tratados de Roma del 25 de marzo de 1957, y entró en vigencia el 1° de enero de 1958. Tratado de Maastricht del 7 de febrero de 1992, y entró en vigencia el 1° de noviembre de 1993. Tratado de Lisboa del 13 de diciembre de 2007 y entró en vigencia el 1° de diciembre de 2009. Tratado de la Unión Europea (versión con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa), preámbulo y Art. 3 párrafo 3

2. Considerando (2) del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones"). Este Reglamento entró en vigencia el 1° de mayo de 2004, y vino a sustituir el primer Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, el Reglamento (CE) N° 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989.

La regulación del control de concentraciones empresariales se produjo recién en el año de 1989. Al principio sólo existían normas básicamente enfocadas al control *ex-post*. El Reglamento (CE) N° 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989 introdujo la normativa específica, el cual fue posteriormente derogado por el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones"). Este Reglamento entró en vigencia el 1° de mayo de 2004.

La introducción de un control sobre las operaciones de fusión y adquisición ha sido necesaria a fin de garantizar la competencia efectiva en el mercado. Ello porque tales operaciones ocasionan un cambio irreversible en la estructura de mercado, pudiendo perjudicar de modo permanente o duradero a la competencia. En el proceso de integración europea el reconocimiento de esta necesidad ha implicado la adopción de un sistema eficiente de control y supervisión de tales cambios con la finalidad de prevenir el impedimento o restricción de forma significativa de la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo³.

El control de las operaciones de fusión y adquisición se encuentra a cargo de la Comisión Europea, órgano administrativo de la UE, cuyas resoluciones pueden ser objeto de evaluación en segunda instancia, por el Tribunal de Justicia. Se realiza un examen de los efectos que pudiera provocar en el mercado en el futuro. Ante todo se trata de una labor especializada, razón que ha dado lugar a la creación del *Merger Task Force* compuesto por personal altamente especializado. Identificar si una operación tiene dimensión comunitaria dependerá del volumen de negocios que se ha establecido en el Reglamento como umbral.

La introducción de un control comunitario tiene como objetivo evitar la notificación múltiple de una misma operación en varios Estados Miembros de la Unión Europea, pues se incrementaría la inseguridad

3. Considerando (5) del Reglamento (CE) N° 4064/89, y Considerando (5) del Reglamento (CE) N° 139/2004.

jurídica, y los costos que tienen que asumir las empresas. Precisamente por ello se ha establecido un determinado umbral que define el sometimiento al control ex-ante comunitario.

La evaluación de las operaciones se encuentra concebida, particularmente en el segundo y tercer párrafo del artículo 2 del Reglamento 139/2004, y los criterios de evaluación en el párrafo primero:

“Artículo 2.- Evaluación de las concentraciones

1. Las concentraciones contempladas en el presente Reglamento se evaluarán con arreglo a los objetivos del presente Reglamento y a las disposiciones que figuran a continuación, a fin de determinar si son compatibles con el mercado común.

En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta:

a) La necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, entre otros factores, de la estructura de todos los mercados afectados y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad.

b) La posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales así como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

2. Las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado

común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán compatibles con el mercado común.

3. Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común."

CONVERGENCIA NORMATIVA ANTIMONOPOLIO ENTRE LA LEGISLACIÓN AMERICANA Y LA LEGISLACIÓN: EN BENEFICIO DE LOS CONSUMIDORES

Con la entrada en vigencia del Reglamento 139/2004 "Reglamento comunitario de concentraciones" se confirma la acción de convergencia normativa con el ordenamiento americano en materia antimonopolio. En esencia se advierte un cambio radical en el diseño normativo sobre la evaluación previa de las operaciones de fusión y adquisición de empresas.

La convergencia se explica por la relación entre el test americano SLC, "*significant lessening to competition*" y el test europeo SIEC, "*significant impediment to effective competition*"⁴.

Es preciso mencionar, que la convergencia fue motivada por los diversos pronunciamientos que se hicieran sobre operaciones de concentraciones empresariales transfronterizas, registradas tanto ante la autoridad de competencia americana como la autoridad europea. Una misma operación recibía pronunciamientos abiertamente diferentes⁵. Antes de la convergencia, el test comunitario europeo propuesto por

4. Lindsay, A. (2006). The EC Merger Regulation: substantive issues, 2a. Ed. London: Sweet & Maxwell. N 2-008; Denzel, U. (2004). Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA. FKVO. Baden-Baden: Nomos. 56 y ss.

5. Dammann, J.K. (2008). Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung. Eine rechtsvergleichende Analyse der US-amerikanischen Fusionskontrolle unter besonderer Berücksichtigung nicht horizontaler Zusammenschlüsse. Baden-Baden: Nomos. 25 y ss.

el primer Reglamento 4064/89 comprendía una evaluación de dominancia en el mercado (*structure-based approach*), estrechamente vinculado a la cuota de participación en el mercado, y en el que criterios de eficiencia dinámica o productiva no eran argumentos relevantes para autorizar la operación.

El Test SIEC se centra en la introducción de la evaluación de los “efectos” sobre la estructura del mercado (*effects-based approach*), apartándose del enfoque estructural (*structure-based approach*) basado en el grado de concentración y el poder dominante en el mercado.

Este nuevo paradigma de evaluación se encuentra vinculado al denominado: “*more economic approach*”⁶, un enfoque que rescata la oportunidad de una evaluación profunda y con amplio análisis económico, tomando en cuenta la existencia de fundamentos de eficiencia⁷, y el beneficio a los consumidores⁸.

Se ha afirmado que con ello se ha producido un cambio de objetivo del control de concentraciones: Promoción y defensa de la libre competencia por el bienestar de los consumidores (*consumer welfare standard*)⁹:

Bajo este paradigma el criterio de evaluación definitivo es identificar la existencia de la restricción, limitación u obstáculo que de manera sig-

6. Mestmäcker, E.-J.;Schweitzer, H. (2004). Europäisches Wettbewerbsrecht, 2a. Ed. Munich: Beck. § 25 N. 7-8.; Christiansen, A. (2005). Die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?, *Wirtschaft und Wettbewerb* 3: 285-293; Hermann, M. (2008). Die Neufassung des materiellen Untersagungskriteriums in Art. 2 Abs. 2 und 3 EG-FKVO. Baden-Baden: Nomos. 429.

7. Wolf, M. (2009). Effizienzen und europäische Zusammenschlusskontrolle. Die wettbewerbsrechtliche Integrationsfähigkeit einer „efficiency defence“ am Beispiel horizontaler Zusammenschlüsse. Zugleich ein Beitrag zur kritischen Präzisierung eines „more economic approach“. Baden-Baden: Nomos. 93-102.

8. Möller, S. (2008). Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischen Kartellrecht. Baden-Baden: Nomos. 34-37.

9. Röller, L-H. (2005). Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe, en: van Bergeijk, Kloosterhuis (Ed.). *Modelling European Mergers*. 13. Röller, L-H, Stehmann, O. (2006). The Year 2005 at DG Competition: The Trends towards a More Effects-Based Approach, 29 *Review of Industrial Organisation*, 281, 285 y ss.; Zimmer, D. (2007). 50 Jahre GWB – ein Grund zum Feiern?, *ZfW*, 423, 426. Böge, U. (2004), Der „more economic approach“ und die deutsche Wettbewerbspolitik, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 726, 733; Riviere i Marti, J.A. (2006). Competition Enforcement and Consumers, en: *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*. Cheltenham: 594 y ss.

nificativa afecte la competencia efectiva¹⁰. En tal sentido, se hace más restringida la capacidad de prohibir por parte de la autoridad de competencia, y se amplía la capacidad de autorización de operaciones de fusión y adquisición empresariales. La restricción puede ser evaluada a la luz de criterios tales como las ventajas por eficiencia (*efficiency defense*¹¹) y el bienestar de los consumidores (*consumer welfare*¹²), y dar lugar así a la aprobación de un proyecto de concentración.

La característica “significativa” debe determinarse en un horizonte temporal de larga duración observándose el potencial de la restricción de la competencia y de la estabilidad o permanencia del factor restrictivo, descartándose aquellas restricciones de naturaleza temporal. En la definición del atributo “significativo” no se considera razones de índole económica o de política industrial, u otros fines del Tratado, como tampoco se vincula de manera excluyente con la posición de dominancia en el mercado¹³.

Por otro lado, la relación entre competencia efectiva y la creciente concentración de mercado no representarían en absoluto una contradicción de acuerdo a un punto de vista sostenido en la orientación a la evaluación de los resultados, pues un alto grado de concentración en forma de posición de dominio sería el resultado de una actividad empresarial racional sustentada en la generación de eficiencias, las cuales deben acumulativamente: a) Beneficiar a los consumidores, b) Tener un carácter inherente a la concentración y c) Ser verificables.

10. M Pellmann, M. (2006). Significant Impediment to Effective Competition. Marktbeherrschung und erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test) in der Europäischen Fusionskontrolle. Baden-Baden: Nomos. 142-150.

11. Schuhmacher, F. (2011). Effizienz und Wettbewerb. Ein Modell zur Einbeziehung ökonomischer Ansätze in das Kartellrecht. Baden-Baden: Nomos. 19-28; Klumpp, U. (2006). Die “Efficiency Defense” in der Fusionskontrolle. Eine rechtvergleichende Untersuchung über die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen bei der Zusammenschlusskontrolle nach deutschem, europäischen und US-amerikanischem Recht. Baden-Baden: Nomos. 229 y ss.

12. Basedow, J. (2007). Konsumentenwohlfahrt und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik, Wirtschaft und Wettbewerb 7-8: 712-715; Schmidtchen, D. (2006). Der „more economic approach” in der Wettbewerbspolitik, Wirtschaft und Wettbewerb. 1: 6-17.

13. Pellmann, M. (2006). Significant Impediment to Effective Competition. Marktbeherrschung und erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test) in der Europäischen Fusionskontrolle. Baden-Baden: Nomos. 146-158.

De ello se observa que con la introducción del cambio de paradigma orientado a la protección de los consumidores, es importante establecer un balance (*trade-off*) de las posibles restricciones de la competencia como resultado de la creación o fortalecimiento de la posición de dominio y los argumentos de eficiencia. Las eficiencias cuya existencia y transferibilidad se debe probar ante la autoridad de competencia, pueden ser de naturaleza productiva o dinámica. Ello puede expresarse por ejemplo en la generación de economías de escala, o en el progreso científico y tecnológico.

Bajo el enfoque del SIEC Test se permite que no toda operación de concentración que crea o fortaleza una posición de dominio en el mercado podrá ser prohibida, pues para ello será necesario realizar un análisis de los efectos de la operación en términos de la generación de eficiencias a favor de los consumidores.

La evaluación de las concentraciones en los países latinoamericanos se lleva a cabo principalmente a través del test de limitación significativa de la competencia. El test de dominancia aparece relativizado, pues el establecimiento, fomento o fortalecimiento de posiciones dominantes en el mercado llega a ser un criterio más que tiene lugar como parte de la evaluación de la concentración, más no tiene carácter decisivo en la prohibición o autorización de las operaciones de concentración.

BIENESTAR DE LOS CONSUMIDORES Y ESTADO FACILITADOR Y VIGILANTE. COMENTARIOS FINALES

El Proyecto de Ley acoge la convergencia normativa entre el test europeo SIEC y el test americano SLC sobre el control de concentraciones empresariales.

Estos tests advierten los efectos positivos a favor de los consumidores, y no sólo los cambios en la estructura del mercado en virtud de la creación o fortalecimiento de la posición de dominio.

El enfoque de los efectos (*effects-based approach*), en lugar del enfoque estructural (*structure-based approach*) permite valorar si la restricción es significativa así como los argumentos de eficiencia frente a las posibles restricciones a la libre competencia. De tal forma que el control de concentraciones empresariales no condena *per se* la posición de dominio en el mercado.

El beneficio se evidencia para ambas partes, tanto para las empresas como para los consumidores. El control de concentraciones empresariales es un instrumento de supervisión del proceso competitivo en el mercado, orientado a identificar los beneficios de las operaciones de concentración trasladables a los consumidores, con lo cual se logra autorizar las operaciones de concentración.

La Constitución de 1993 establece que la participación del Estado en la economía es subsidiaria, y está orientada a proveer el marco normativo para garantizar el desarrollo de la iniciativa privada y la participación irrestricta de los agentes en el mercado. Es decir, el Estado se manifiesta como un Estado facilitador (*enabling state*), garante del desarrollo competitivo en el mercado¹⁴.

El artículo 61° señala precisamente que el Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, y ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

El proyecto de ley se inscribe en plena concordancia con el ordenamiento constitucional afirmando la vigencia de una política de competencia que se orienta a proteger las condiciones para las transacciones económicas en el mercado. Dichas condiciones constituyen el elemento fundamental para el desarrollo del proceso competitivo. Se

14. Sommermann, K.P. (2005). Art. 20 Abs. 1 GG, en: v. Mangoldt, H.n, Klein, F., Starck, C. (Ed.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Ed., Tomo 2. München: Beck; Zúñiga Fernández, T. (2009). Fusionskontrolle in einer "small market economy" in Lateinamerika. Wettbewerbspolitische Untersuchung am Beispiel Peru. Baden-Baden: Nomos, 67.

combate por tanto los monopolios. El Estado facilita y vigila¹⁵.

La política de competencia en una economía emergente como el Perú debe ser flexible y permitir un análisis económico en que se establezca un *trade-off* y se consideren las ventajas por eficiencias bajo el esquema de la restricción significativa de la competencia efectiva¹⁶.

Ello permite mantener el equilibrio entre el desarrollo del proceso competitivo y los beneficios para los consumidores.

15. Zúñiga Fernández, T. (2010). Control de concentraciones económicas. Competencia y Desarrollo. En: Centrum Católica - PUCP, Rutas hacia un Perú mejor. Qué hacer y cómo lograrlo. Lima: Editorial Aguilar. 333-334.

16. Gal, M. (2000-2001). Size does matter: The effect of market size on optimal competition policy. *Southern California Law Review*. 74: 1439-1441; Kovacic, W.E. (2001). Institutional foundations for economic legal reform in transition economies: The case of competition policy and antitrust enforcement. *Chicago Kent Law Review*, 77, 289-290; De León, I. (2000). The role of competition policy in the promotion of competitiveness and development. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, 11, 69-71.; Fox, E. M. (2006-2007) Economic Development, Poverty and Antitrust: The Other Path, *Southwestern Journal Law and Trade*, 13 (1), 229-231; OECD, Third Global Forum on competition, small Economies and competition policy: A background paper. Cita Nr. 19. Conferencia del 10 al 11 de Febrero, 2003, Centre for Cooperation with Non-Members, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs. Recuperado de: CCNM/GF/COMP(2003)4.: <http://www.oecd.org/dataoecd/-57/57/2486546.pdf>

ASPECTOS GENERALES DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN MÉXICO



EDUARDO PÉREZ MOTTA - MÉXICO

Presidente de la Comisión de Competencia Federal de México (CFC) desde agosto de 2004. Desde 2009, miembro de la Red Internacional de Competencia (ICN), Vicepresidente de Coordinación Internacional y miembro del consejo editorial de la Política de Competencia Internacional (CPI).

Entre 2001 y 2004, fue embajador de México ante la Organización Mundial del Comercio (OMC), responsable de la preparación de la Conferencia Ministerial de Doha (2001) y la Presidencia Mexicana en Cancún en 2003. De 1998 a 2000, se desempeñó como titular de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de (SECOFI), Oficina de Representación en Bruselas, y coordinador de la negociación del TLC entre México y la Unión Europea.

Licenciado en Economía del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), con maestría en Economía en la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA).

ASPECTOS GENERALES DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN MÉXICO

Eduardo Pérez Motta¹ - México

EL CARÁCTER PREVENTIVO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

La Ley Federal de Competencia Económica ("LFCE"), aplicada en México desde junio de 1993, tiene como objetivo promover el bienestar de los consumidores mediante la mejora en la eficiencia operativa de los mercados. En este sentido, la LFCE y la Comisión Federal de Competencia no sancionan a los agentes económicos monopólicos o cuasi monopólicos por sí mismos, sino cuando éstos tienen la capacidad de ejercer su poder de mercado.

Las disposiciones de la LFCE, de acuerdo con su naturaleza, se agrupan en: i) disposiciones preventivas, y ii) disposiciones sancionatorias. En el primer caso, se encuentran aquellas medidas que la LFCE contiene enfocadas a impedir la creación o incremento de poder de mercado, como lo son el control de concentraciones, la participación en procesos de licitación y privatización y la emisión de algunas opiniones. En cuanto a las acciones sancionatorias, se encuentran las facultades para investigar prácticas monopólicas absolutas, prácticas monopólicas relativas y concentraciones prohibidas que no fueron notificadas a la autoridad.

La LFCE establece que ciertas concentraciones, que superan algunos umbrales monetarios que señala la propia Ley, deben ser notificadas a la Comisión antes de ser realizadas². Más aun, la Comisión tiene la facultad de ordenar, durante los 10 días posteriores a la notificación, que los agentes económicos se abstengan de efectuar la operación

1. Presidente de la Comisión Federal de Competencia, México.

2. Los umbrales están definidos en el artículo 20 de la LFCE.

hasta que sea autorizada, sin que la orden prejuzgue sobre el fondo del asunto. La desobediencia a la orden de no ejecución, puede ser sancionada con una multa por hasta el ocho por ciento de los ingresos anuales de los agentes económicos responsables.

La naturaleza preventiva del control de concentraciones se encuentra plasmada en el artículo 2 de la LFCE, que señala que el objetivo de la misma es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios. Asimismo, la exposición de motivos que la origina, reconoce que hay mayor efectividad cuando las concentraciones se evalúan previamente a su consumación que cuando ya se llevaron a cabo. Además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación manifestó que el propósito del legislador al emitir la Ley Federal de Competencia Económica fue combatir, no sólo en vía represiva, sino también preventiva, las conductas que pongan en peligro la integridad de los bienes jurídicos que tutela, independientemente de que los posibles efectos lesivos sobre el mercado ocurran en cada caso concreto, pues esperar a que ello ocurriera significaría permitir que las conductas anticompetitivas produjeran consecuencias de grave perjuicio para la sociedad.

EL CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN EN LA LFCE

La LFCE define concentración como fusión, adquisición de control o cualquier acción mediante la cual un agente económico adquiere sociedades, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general. En México, no es necesario que una operación conlleve a un cambio de control para ser notificable, a diferencia de otras jurisdicciones, como por ejemplo la Unión Europea. Ello permite evaluar los efectos

sobre la competencia que pueden suscitarse de operaciones que significan la obtención de un interés minoritario en un competidor.

El concepto de concentración no se restringe a operaciones de compra-venta de activos. Existen en el mundo corporativo, un sinnúmero de mecanismos que, de facto, implican una transmisión del control de activos, aunque no sean adquiridos. Este puede ser el caso de contratos de arrendamiento o algunos contratos de fideicomiso, que pueden tener efectos análogos a los de una adquisición.

La Comisión está facultada para impugnar y sancionar concentraciones que tengan como objeto o efecto reducir, afectar o evitar la competencia y libre concurrencia a los mercados. En particular, para considerar que una operación es lesiva para la competencia, la LFCE obliga a considerar los siguientes elementos: i) la posibilidad de que la operación otorgue a la empresa adquirente el poder de fijar precios unilateralmente o afectar el abasto al mercado; ii) que tenga como efecto o propósito el desplazamiento de otros agentes económicos o impedirles el acceso al mercado; y iii) que pueda facilitar incurrir en prácticas monopólicas absolutas o relativas.

Las operaciones internacionales no están exentas de análisis. Sin embargo, para que exista la obligación de notificar se requiere que la operación tenga algún tipo de efecto en el territorio nacional. En particular, es necesario que la parte adquirida tenga activos ubicados en México o bien genere ventas en territorio nacional. El análisis de competencia, en el caso de estas operaciones, no difiere del efectuado en transacciones entre partes nacionales. operación tenga algún tipo de efecto en el territorio nacional. En particular, es necesario que la parte adquirida tenga activos ubicados en México o bien genere ventas en territorio nacional. El análisis de competencia, en el caso de estas operaciones, no difiere del efectuado en transacciones entre partes nacionales. en México o bien genere ventas en territorio nacional. El análisis de competencia, en el caso de estas operaciones, no difiere del efectuado en transacciones entre partes nacionales.

ASPECTOS ANALÍTICOS

En el análisis de concentraciones, básicamente existen dos tipos de preocupaciones. La primera, es que la transacción de lugar a los llamados efectos unilaterales, esto es, que la parte adquirente obtenga, gracias al acto de concentración, la capacidad para influenciar unilateralmente, de manera significativa, las condiciones de precio y oferta en el mercado, de manera que pueda incrementar sus beneficios gracias a la obtención de una posición de poder. Esta preocupación se presenta fundamentalmente en el caso de concentraciones horizontales, que son las que ocurren entre empresas que son competidoras. Asimismo, la parte adquirente puede obtener la capacidad para desarrollar acciones de tipo anticompetitivo, que le permitan desplazar indebidamente a otros competidores, por ejemplo, negando el acceso a un insumo.

La segunda preocupación se refiere a los llamados efectos coordinados. Estos efectos se presentan cuando una concentración conlleva la reducción en el número de competidores, y dependiendo de las características del mercado, esta reducción facilita que las empresas que en él participan desarrollen comportamientos coordinados, tácitos o explícitos³.

Para atender estas preocupaciones, la LFCE establece los elementos para: i) definir el mercado relevante, en sus dimensiones geográfica y de producto; ii) determinar si la parte adquirente podría obtener poder de mercado; iii) establecer si la operación puede afectar en mercados relacionados; iii) evaluar las eficiencias obtenidas con la concentración y si estas generan efectos benéficos permanentes para los consumidores; y iv) determinar si, para autorizar una operación, deben establecerse condiciones enfocadas en remediar los efectos negativos de la concentración.

3. La Red Internacional de Competencia Económica (o ICN, por sus siglas en inglés), ha analizado las prácticas más comunes en materia de análisis de concentraciones. Dichas prácticas se resumen en el documento "ICN Merger Guidelines Workbook". La organización, además, emitió el documento denominado "ICN Recommended Practices for Merger Analysis". En este documento se recopila una serie de principios útiles para guiar la actuación de las autoridades. Los documentos elaborados por el Grupo de Trabajo en materia de concentraciones de red están disponibles en la página de internet de la organización: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>

Al igual que la mayor parte de las agencias de competencia del mundo, la Comisión considera que la definición de mercado relevante no es un objetivo por sí mismo, sino un instrumento para determinar de manera adecuada los efectos de una concentración. La metodología empleada es la del llamado monopolista hipotético, la cual es compatible con la LFCE. En efecto, de acuerdo con ésta, para definir el mercado deben considerarse, entre otros elementos: las posibilidades de sustitución entre bienes; los costos de distribución del bien en cuestión así como de sus insumos, complementos y sustitutos; los costos y probabilidad de acceso a otros mercados; y las restricciones regulatorias para el acceso a fuentes alternativas de abasto.

Las participaciones de mercado y los índices de concentración, son insuficientes para determinar si una operación debe ser impugnada⁴. Cuando los niveles de concentración se ubican en niveles de riesgo y existe la presunción de que la operación podría generar o aumentar el poder de mercado de un agente económico, la Comisión realiza un análisis con mayor detalle, en el que considera elementos como las barreras a la entrada, la presencia y poder de otros competidores, las condiciones de acceso a insumos, el desempeño reciente de las partes involucradas en la operación y el acceso a importaciones, entre otros.

Con una frecuencia cada vez mayor, la Comisión se auxilia de herramientas estadísticas y econométricas para obtener evidencia económica de los posibles efectos de las concentraciones.

SALVAGUARDAS DE PROCEDIMIENTO

Las mejores prácticas recomendadas por organismos internacionales, en particular la RICE, señalan que las agencias deben adoptar medidas para garantizar el debido proceso a las partes involucradas en la

4. Existen criterios para aplicar índices de concentración, contenidos en el documento "Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación" publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de julio de 1998.

operación y para salvaguardar los derechos de terceros posiblemente afectados⁵.

En este sentido, la Comisión sigue una política de apertura a la discusión con las partes involucradas acerca de las preocupaciones que la agencia pudiera tener. Esta política permite a los particulares presentar sus argumentos antes de que la Comisión tome una decisión.

Asimismo, la LFCE considera la posibilidad de revisión de las decisiones a través de la presentación de un recurso de reconsideración, derivado del cual una decisión puede ser confirmada, modificada o dejada sin efectos. Otra vía que las partes pueden seguir es la apelación mediante un juicio ordinario administrativo ante el poder judicial. En cualquier caso, las partes tienen el derecho de solicitar la protección de la justicia por la vía del amparo.

Si bien las terceras partes no tienen derechos legales en el procedimiento y, por lo tanto, no tienen acceso al expediente, en la práctica, la Comisión mantiene comunicación con ellas y les requiere información en calidad de coadyuvantes.

Es importante señalar, asimismo, que con el fin de no interferir innecesariamente en el curso de los negocios, la LFCE considera un procedimiento simplificado en el que, en 15 días hábiles, la Comisión resuelve sobre concentraciones en las que resulta notorio que no habrá afectaciones a la competencia⁶. De igual manera, la reforma a la LFCE en 2011 exentó del requisito de notificación a diversas operaciones que normalmente no se notifican en otras jurisdicciones. Tal es el caso de reestructuras corporativas, adquisiciones adicionales cuando el control ya pertenece al adquirente, fideicomisos que no tienen como objetivo la transferencia de activos a un agente económico distinto

5. Estos aspectos son expuestos en detalle en el documento "Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures", disponible en la dirección:
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>

6. El procedimiento normal considera hasta 35 días hábiles para resolver, que pueden ser ampliados por 40 días más en casos particularmente complejos.

al que es fideicomitente, adquisiciones de fondos que invierten por razones puramente financieras, y adquisiciones bursátiles que no permiten obtener más del diez por ciento de tenencia accionaria ni nombrar consejeros⁷.

En materia de confidencialidad, la Comisión está obligada a proteger la información proporcionada por las partes. Además, las leyes federales regulan el acceso a información confidencial.

Un elemento relevante para dar certidumbre a los particulares acerca de los criterios de aplicación de la Ley, es la publicación de guías procedimentales y analíticas, así como criterios técnicos. Además, la Ley obliga a la publicación de la totalidad de las resoluciones adoptadas por la Comisión, lo cual se hace a través de la página de internet de la agencia, salvaguardando la información confidencial.

LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

En la actualidad, la interdependencia entre las economías es cada vez mayor. Por ello, es necesario que las autoridades de competencia establezcan mecanismos de colaboración que permitan que en los análisis de concentraciones sean considerados los efectos sobre la competencia que pudieran ejercer las transacciones entre agentes económicos que operan en una dimensión transfronteriza. También es necesario que las agencias de competencia intercambien información y se asistan técnicamente para mejorar la calidad de los análisis.

Por lo anterior, y con el objeto de facilitar la coordinación y la cooperación, la Comisión ha establecido diversos acuerdos bilaterales con autoridades de otros países. Estos acuerdos permiten que existan mecanismos para comunicar sobre la realización de concentraciones que pudieran afectar a otras jurisdicciones y establecen el marco para

7. Para la adopción de las reformas, la Comisión se benefició de la experiencia internacional, la cual se encuentra plasmada en el documento "Defining Merger Transactions for Purposes of Merger Review", disponible en la dirección:

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc327.pdf>

el intercambio de información relevante, sobre la base del consentimiento de los particulares y la protección de su información.

El gobierno mexicano ha establecido acuerdos de cooperación en materia de competencia con los EUA, Canadá, Corea del Sur, Rusia, Japón y la Unión Europea.

Aunque los acuerdos tienen una naturaleza no vinculante, existe el compromiso de tomar en consideración las preocupaciones de la jurisdicción que actúa como contraparte. La misma actitud ha sido manifestada por las agencias de los países con los que se han establecido los convenios de colaboración.

Actualmente la Comisión trabaja con las agencias de competencia de los EUA (Departamento de Justicia y Comisión de Comercio Federal) así como con las autoridades de Canadá para establecer un protocolo para la colaboración en aspectos como la coordinación en plazos de revisión, recolección y valoración de evidencia y discusión de medidas remediales.

COMENTARIO FINAL

El control de concentraciones es un instrumento preventivo, que permite evitar la generación de situaciones de concentración en los mercados y ayuda a evitar la ocurrencia de prácticas contrarias a la competencia.

La experiencia internacional indica que cada vez son más las jurisdicciones que adoptan regímenes de control de concentraciones de tipo obligatorio. Estos últimos, son claramente más efectivos que los regímenes voluntarios, los cuales conllevan importantes dificultades operativas y legales.

Afortunadamente, la cooperación internacional entre agencias de competencia ha generado un marco analítico general y la adopción

de mejores prácticas que permiten a la jurisdicción revisora dar certidumbre y protección a las partes involucradas en una operación.

La adopción de un régimen obligatorio de revisión de concentraciones, acompañado de los poderes institucionales adecuados, el debido apego a principios jurídicos y económicos, y la adopción de buenas prácticas procedimentales, son aspectos clave para lograr que una agencia de competencia ofrezca a la sociedad los beneficios que de ella se esperan.

ANEXOS

LOS RÉGIMENES *ANTITRUST* DE NOTIFICACIÓN DE FUSIONES EN EL MUNDO¹

Régimen de notificación obligatoria antes del cierre

Albania, Alemania, Argelia, Austria, Azerbaiyán, Belarús, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chipre, Colombia, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Kazajstán, Kenya, Letonia, Lituania, Macedonia, México, Países Bajos, Polonia, Portugal, Provincia de china de Taiwán, República Checa, República de Corea, República de Moldova, Rumania, Rusia, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania, Unión Europea, Uzbekistán y Yugoslavia.

Régimen de notificación obligatoria después del cierre

Argentina, Ex República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Grecia, Indonesia, Japón, República de Corea, Sudáfrica y Túnez.

Régimen de notificación voluntaria:

Australia, Chile, Costa de Marfil, India, Noruega, Nueva Zelandia, Panamá, Reino Unido y Venezuela.

1. Fuente: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Ley Tipo de Defensa de la Competencia. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2010. Pp 82-95.

**PAÍSES CON RÉGIMEN DE NOTIFICACIÓN
OBLIGATORIA ANTES DEL CIERRE**

ALEMANIA

Nueva legislación en vigor desde enero de 1999. Forma de la notificación: ningún formulario especial; más breve que el formulario CO; en alemán.

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Cifra de negocios conjunta mundial de todas las partes superior a 1.000 millones de marcos alemanes, siempre que además al menos una de las partes tenga una cifra mínima de negocios de 50 millones de marcos en Alemania. Notificación previa a la fusión en cualquier momento de concluir ésta.

Plazos de aprobación

Fase 1: un mes desde la notificación.

Fase 2: tres meses más.

Efectos suspensivos: prohibición de perfeccionar la fusión antes de la aprobación (posibilidad de exención por razones de peso).

Motivo en que se funda la aprobación

Si la fusión creará o reforzará o no una posición de mercado dominante (presunciones legales) que no se compense con el mejoramiento de las condiciones del mercado.

Sanciones

Incumplimiento del deber de notificar; notificación incompleta incorrecta o fuera de plazo: multa de hasta 50.000 marcos. 1 millón de marcos o tres veces los ingresos adicionales; nulidad de la operación. Conclusión de la fusión antes de la aprobación: multa de hasta 1 millón de marcos o tres veces los ingresos adicionales; nulidad de la operación.

Incumplimiento del deber de notificar la conclusión de la fusión: multa de hasta 50.000 marcos.

Observaciones

Disposiciones especiales para el sector de la radiodifusión. Otras normas sobre notificación para bancos y compañías de seguros. Notificación "sin demoras" una vez concluida la fusión notificada.

ARGELIA

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Cuando la competencia pueda verse afectada por un fortalecimiento considerable de una posición dominante en un mercado. La cuota de mercado resultante representa como mínimo el 40% del mercado.

Plazos de aprobación

Tres meses.

Motivo en que se funda la aprobación

Cuando la competencia pueda verse afectada por un fortalecimiento considerable de una posición dominante en un mercado.

Observaciones

El Gobierno puede anular una decisión de la Junta de Defensa de la Competencia por la que se rechaza una fusión si ello está justificado por el interés público.

BÉLGICA

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

La cifra total de negocios de las empresas es como mínimo 100 millones de euros en Bélgica o dos de las empresas situadas en Bélgica registran cada una 40 millones de euros en concepto de cifra de negocios en Bélgica.

Plazos de aprobación

Fase 1: 40 días laborables.

Fase 2: 60 días laborables.

Motivo en que se funda la aprobación

Importantes obstáculos para lograr una competencia eficaz.

BRASIL

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

La cuota de mercado resultante de la fusión será como mínimo del 20% del mercado de que se trate, o la cifra de negocios en todo el mundo superará 400 millones de reales. La notificación deberá hacerse en los 15 días hábiles siguientes a la ejecución de la operación.

Plazos de aprobación

30 días en la SEA + 30 días en la SDE + 60 días en el CADE
Estos plazos se interrumpen cada vez que las autoridades envían cartas oficiales pidiendo más información. No hay efectos suspensivos.

Motivo en que se funda la aprobación

Sólo se aprueban las operaciones lesivas o restrictivas de la competencia si mejoran el rendimiento empresarial en beneficio de los consumidores.

Sanciones

Incumplimiento del deber de notificación: las sanciones van de 55.000 a 5,5 millones de reales.

Observaciones

Los sectores regulados también están sujetos a normas especiales.

CANADA

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Es obligatoria la notificación previa si con la fusión se exceden los límites legales respecto de la propiedad de activos y ventas. Las partes podrán hacer la notificación en todo momento desde que tengan un principio de acuerdo, siempre que haya información suficiente para llenar el formulario.

Plazos de aprobación

El plazo es de 14 ó 42 días, según se elija el formulario largo o el abreviado (en este último caso, el Comisario puede ampliar el plazo). Excepcionalmente, el Director puede acortar el plazo. Los plazos tienen efecto suspensivo.

Motivo en que se funda la aprobación

Que la fusión impida o reduzca, o pueda impedir o reducir, la competencia notablemente en el mercado de que se trate.

Sanciones

El incumplimiento del deber de notificación previa de una operación es un delito que se castiga con multa de 50.000 dólares canadienses.

Observaciones

Las operaciones entre no canadienses deberán notificarse de acuerdo con la Ley canadiense de inversiones y podrán tener que notificarse de conformidad con las disposiciones de notificación de la Ley de la competencia si se superan sus umbrales. Las fusiones de medios de difusión, compañías de seguros, sociedades de crédito y bancos, entre otros pueden estar sujetas a notificación y revisión según las leyes especiales de cada sector.

COLOMBIA

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Las empresas que realicen las mismas actividades, por ejemplo, producción, suministro, distribución o consumo de determinados artículos, materias primas, productos, mercancías o servicios, y cuyos activos, individual o conjuntamente, alcancen como mínimo 20 millones de pesos (aproximadamente 10.000 dólares de los E.E.U.U.) deberán notificar todo proyecto de consolidación o fusión.

Plazos de aprobación

El superintendente tiene 30 días bancarios desde la fecha de presentación de la información para rechazar la fusión propuesta. Si en dicho plazo el Superintendente no responde, podrá procederse a la fusión.

Motivo en que se funda la aprobación

Si la fusión restringe indebidamente o no la competencia.

Sanciones

Si no se cumplen todos los requisitos legales, la fusión se considerará nula de pleno derecho.

Observaciones

La sentencia de la Corte Constitucional que declara inconstitucional el Decreto N° 1122 de 1999 es un revés para el control de las fusiones en Colombia; se espera que el contenido del Decreto N° 1122 vuelva a aprobarse próximamente, ya que en su sentencia la Corte Constitucional no observó el procedimiento debido.

ESPAÑA

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

A) Como consecuencia de una transacción, se adquiere o incrementa respecto de cierto producto o servicio una proporción igual o superior al 25% del mercado nacional o de un mercado geográfico definido dentro de éste, o

B) La cifra global de negocios de todos los participantes en España supera la suma de 240.404.841,75 euros en el último ejercicio contable, siempre que por lo menos dos de los participantes tengan una cifra de negocios individual en España de más de 60.101.210,44 euros.

Plazos de aprobación

Fase 1: un mes a partir de la fecha de la notificación al servicio de defensa de la competencia para que efectúe un análisis y posible presentación de la solicitud al Ministerio de Economía con miras a su remisión al tribunal de defensa de la competencia.

Fase 2: ante el tribunal de defensa de la competencia: 2 meses.

Fase 3: el tribunal de defensa de la competencia remite su informe al Ministro de Economía, el cual lo lleva al Consejo de Ministros; éste, a su vez, tiene como máximo un mes para decidir si se opone a la concentración, la prohíbe o supedita su autorización al cumplimiento de ciertas condiciones. Incluso si el informe del tribunal no es vinculante, el Consejo de Ministros ha de exponer las razones de cualquier decisión que no se ajuste informe.

Motivo en que se funda la aprobación

La decisión del Ministerio de Economía en cuanto a si un proyecto de concentración o una transacción pueden obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el merca

do se lleva a cabo previo análisis de sus efectos restrictivos posibles o reales, prestando especial atención a las circunstancias siguientes: a) Definición del mercado pertinente; b) Estructura del mercado pertinente; c) Posibilidades de elección ofrecidas a los proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios; d) Poder económico y financiero de las empresas involucradas; e) Evolución de la oferta y de la demanda; f) Competencia externa.

El Tribunal también puede considerar la contribución que esa concentración puede entrañar a los efectos de mejorar los sistemas de producción y comercialización, promover el progreso técnico o económico, la competitividad internacional de la industria nacional o los intereses de los consumidores y usuarios y si esa contribución compensa sus efectos restrictivos en materia de competencia. En el caso de las empresas participantes, el Tribunal lleva a cabo un análisis especial de los posibles efectos restrictivos sobre la competencia, dimanantes de la presencia de la empresa participada y de las empresas matrices en el mismo mercado o en mercados ascendentes o próximos.

Sanciones

La infracción de la obligación de notificar se sanciona con una multa de hasta 30.050,61 euros y 12.020,24 euros por cada día en que se retrasa la notificación. El Servicio de Defensa de la Competencia puede proponer que el Gobierno imponga multas obligatorias de hasta 2 millones de pesetas, o 12.020 euros, por cada día que transcurra sin que se cumplan las obligaciones pertinentes de conformidad con el Acuerdo. Sin perjuicio de lo que antecede, el hecho de no cumplir lo dispuesto en el artículo 17 puede dar lugar a que el Gobierno imponga a cada una de las empresas involucradas multas de hasta el 10% de su respectiva cifra de negocios en España en el ejercicio económico en que haya tenido lugar la transacción relacionada con la concentración.

Observaciones

El concepto de concentración y el método de calcular la cifra de negocios se basan en las normas sobre el control de las fusiones de la Unión Europea y las comunicaciones de la Comisión de la Unión Europea. Existen normas especiales para calcular la cifra de negocios en los sectores de los seguros y financiero, sobre la base de una oferta pública de adquisición de acciones en la bolsa de valores.

ESTADOS UNIDOS

Cada parte debe presentar una notificación. Los derechos de notificación (que debe pagar la empresa adquirente) son de 45.000 dólares.

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Cuando las pruebas de comercio, tamaño de las partes y volumen de la operación sean positivas y no haya derecho de exención. No hay plazo para presentar la notificación.

Plazos de aprobación

Plazo inicial de 30 días (15 días en el caso de oferta pública de compra de acciones al contado). El plazo puede ampliarse o reducirse emitiendo una segunda solicitud. La fase 2 termina a los 20 días del cumplimiento por todas las partes de la segunda solicitud (en el caso de las ofertas públicas de compra de acciones al contado, la fase 2 termina 10 días después del cumplimiento de la segunda solicitud por la empresa adquirente). La operación se suspende mientras se cumplen los plazos.

Motivo en que se funda la aprobación

Si la operación puede o no reducir notablemente la competencia o contribuir a la formación de un monopolio.

Sanciones

Incumplimiento del deber de notificar: multa de hasta 11.000 dólares al día, puede ordenarse la venta de activos.

La operación no produce efectos antes de la aprobación. La misma sanción se aplica si la operación se concluye antes de la aprobación.

Observaciones

Normas especiales para determinados sectores (telecomunicaciones y banca).

FRANCIA

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

La notificación previa de las operaciones de concentración es obligatoria si se alcanzan los límites legales para que haya control, definidos por la cifra de negocios de las empresas de que se trate (cifra de negocios total superior a 150 millones de euros y cifra de negocios individual realizada por al menos dos de las empresas de que se trate en Francia superior a 15 millones de euros). La notificación puede efectuarse en cualquier momento a partir de que las partes hayan llegado a un acuerdo irrevocable.

Plazos de aprobación

La primera fase dura cinco semanas contadas desde la recepción de la notificación completa (o hasta ocho semanas en total si las partes presentan información ulterior)

La segunda fase, en el que el Consejo de la Competencia tiene que emitir una opinión consultiva al Ministro, dura cuatro meses suplementarios (aumentados en su caso en cuatro semanas si las partes facilitan información ulterior)

La operación se suspende hasta la decisión final, salvo en el caso de las ofertas públicas (los títulos pueden adquirirse, sin que los derechos puedan ejercerse) o si se concede una derogación específica a las partes que la hayan solicitado.

Motivo en que se funda la aprobación

El Ministro verifica si la operación "atenta" a la competencia, en particular creando o reforzando una capacidad de compra que coloca a los proveedores en una situación de "dependencia económica" y eventualmente si la operación contribuye al "progreso económico y social de manera suficiente para compensar los atentados a la competencia"

Las partes pueden proponer medidas para remediar el problema de la competencia.

Al final de la fase 2, el Ministro puede también establecer las condiciones en las que se autoriza la operación.

Sanciones

Incumplimiento de la notificación o ejecución anticipada de la misma: multa hasta del 5% de la cifra de negocios realizada en Francia (1,5 millones de euros para las personas físicas).

Omisión o declaración inexacta en la notificación: la misma multa y posibilidad de retirar la autorización si se ha concedido, con la obligación de repetir la notificación o de volver al estado anterior.

Incumplimiento de los compromisos o condiciones: remisión para que manifieste su opinión al Consejo de la Competencia que constata el eventual incumplimiento y fija la sanción dentro de los mismos límites; el Ministro puede así mismo retirar la autorización o conceder un plazo de ejecución bajo apercibimiento.

Observaciones

La noción de concentración y el modo de calcular las cifras de negocios que obligan a notificar son idénticos a los del Reglamento N° 4064/89 de la CEE para facilitar la labor a las empresas cuando tratan de determinar el control al que quedan sometidas.

Se prevén disposiciones especiales para el audiovisual y el sector bancario. Las operaciones que tengan un escaso impacto sobre los mercados de que se trate son objeto de una notificación abreviada (en el caso de no haber mercado afectado).

INDIA

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

La Ley de Sociedades señala: compra de acciones superior al 25%; transferencia de activos superior al 10%.

El Código de absorciones señala: compra de acciones del 10% o más.

Plazos de aprobación

La ley de Sociedades indica que para acciones de empresas extranjeras son 60 días. Ningún otro plazo.

Motivo en que se funda la aprobación

El interés de la sociedad, el interés público o el interés de los accionistas.

Sanciones

Incumplimiento de la obligación: las sanciones previstas.

Observaciones

Normas especiales para sociedades extranjeras que operan en la India.

ITALIA

Forma de la notificación: un formulario especial. Información detallada análoga a la del formulario CO. En italiano.

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Cifra de negocios conjunta en Italia de todas las empresas de que se trate superior a 387 millones de euros o si la cifra de negocios en Italia de la empresa que se vaya a adquirir supera 39 millones de euros. Los límites se revisan todos los años en una cuantía equivalente al incremento del deflactor de precios del PIB. Notificación previa a la fusión, en cualquier momento antes de perfeccionarse.

Plazos de aprobación

Fase 1: 30 días desde la notificación de una oferta pública de adquisición.

Fase 2: 45 días más (prorrogables otros 30 en caso de información insuficiente)

Efectos no suspensivos. En general, la operación puede realizarse después de la notificación.

Efectos suspensivos: mientras se lleva a cabo la investigación, el organismo italiano encargado de la competencia podrá decretar la suspensión de la operación hasta la decisión final salvo en el caso de ofertas públicas de adquisición.

Motivo en que se funda la aprobación

Si la fusión creará o reforzará o no una posición dominante en el mercado nacional que amenace con eliminar o reducir la competencia de manera notable y prolongada.

Sanciones

Incumplimiento del deber de notificar: multa de hasta un 1% de la cifra de negocios de las partes en Italia en el año anterior al pliego de cargos.

Ejecución antes de la aprobación: no se sanciona.

Incumplimiento de los requisitos relativos a la prohibición de concentración: multas desde un mínimo del 15 hasta un máximo del 10% de la cifra de negocios de la empresa que es objeto de la concentración y si ésta ya ha tenido lugar el organismo podrá imponer medidas para restaurar las condiciones de una competencia eficaz y suprimir cualquier efecto que la distorsione.

Observaciones

Normas especiales para los sectores de la distribución cinematográfica, así como para los bancos. Honorario en concepto de notificación en el 1% del valor de las fusiones notificadas, entre un mínimo de 3.000 euros y un máximo de 50.000 euros.

JAPÓN

Forma de la notificación: presentación de informe oficial a la Comisión de Comercio Leal. La notificación debe presentarse en japonés.

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Las existencias cuyos derechos de voto exceden del 10, 25 ó 50% están sujetas a un requisito de notificación en el caso de las fusiones, las divisiones (establecimiento conjunto y división de la adquisición), la adquisición de empresas u fusiones, las divisiones (divisiones de establecimiento, división de la adquisición) y las adquisiciones de empresas (en lo sucesivo denominadas fusiones, etc.) entre una empresa con activos totales por más de 10.000 millones de yen y una empresa con activos totales por más de 1.000 millones de yenes.

Plazos de aprobación

Fase 1: La comisión de Comercio Leal examinará el caso dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la aceptación de la verificación.

Fase 2: si la Comisión de Comercio leal exige que las partes presenten los informes necesarios dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la notificación, la Comisión examinará el caso dentro de los 120 días siguientes a la fecha de la aceptación de la notificación o de los 90 días siguientes a la fecha de la aceptación de todos los necesarios informes, en función de cuál de ambas fechas sea la posterior.

Motivo en que se funda la aprobación

Se dará la aprobación si la fusión o cesión de empresas no restringe notablemente la competencia en el mercado de que se trate.

Sanciones

Incumplimiento del deber de notificar: multa máxima de 2 millones de yenes.

Ejecución antes de la aprobación: multa máxima de 2 millones de yenes.

Observaciones

En los casos en que se adquiriera una parte considerable de un negocio, el requisito de notificación se considerará en función de las ventas anuales de la empresa adquiriente.

MÉXICO

La notificación se hará mediante un escrito y un formulario. Éste se cumplirá parcialmente si es evidente que no hay efectos en los mercados. Se cumplirá totalmente si es necesario evaluar una concentración en mercados. Escrito y formulario se presentarán en español.

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Procedimiento normal: alrededor de 40 días naturales; en casos complejos pueden alargarse hasta 145 días. Notificación antes de que las fusiones entren en vigor.

Una concentración debe ser notificada si actualiza cualquiera de los siguientes umbrales:

A) Si la transacción importa, en un acto o sucesión de actos, un monto superior al equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

B) Si la transacción implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación del 35% o más de los activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal; o

C) Si en la transacción participan, dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de 4,8 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, y dicha transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social superior o igual a 48 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

La notificación deberá realizarse antes de ejecutar la concentración.

Plazos de aprobación

El plazo para emitir resolución es de 45 días naturales a partir de que se integra totalmente el expediente está integrado totalmente cuando los agentes entregan la información que les requiere la comisión. El plazo de 45 días naturales se puede ampliar.

Motivo en que se funda la aprobación

General: reducción, obstaculización o prevención de la competencia. Específico: adquisición de poder de mercado, desplazamiento de los competidores o exclusión del mercado; fomento de prácticas contrarias a la competencia (directa o indirectamente)

Se debe identificar que el agente que concentra no adquiera o fortalezca poder sustancial en el mercado relevante; Asimismo, se debe identificar que el agente que concentra no adquiera la capacidad de realizar prácticas anticompetitivas.

Sanciones

Incumplimiento del deber de notificar: multa de hasta 300.000 dólares de los EE.UU y nulidad de pleno derecho de la operación.

Multa hasta por el equivalente a 225.000 veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna concentración prohibida por esta ley: y hasta por el equivalente a 100.000 veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal por no haber notificado la concentración cuando legalmente debió hacerse.

Observaciones

Las normas de la competencia se aplican en esferas muy reguladas. Normas especiales para bancos y empresas de telecomunicaciones. Están sujetos a la ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica.

PORTUGAL

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Cuota de mercado conjunta en Portugal superior al 30% o cifra de negocios conjunta en Portugal superior a 30.000 millones de escudos. La notificación se dará antes de realizar las operaciones jurídicas por las que la concentración entra en vigor y antes de anunciar cualquier oferta pública relacionada con la concentración.

Plazos de aprobación

Fase 1: 40 días desde la notificación (prorrogables si se solicita más información o si se notifica información falsa) o 90 días si las autoridades inician el procedimiento de oficio. La notificación se envía al ministro encargado de comercio para que resuelva.

Fase 2: en los 50 ó, como máximo, 95 días siguientes a la notificación dependiendo de la evaluación positiva o negativa de la operación. Suspensión hasta la aprobación.

Motivo en que se funda la aprobación

Si la operación creara o reforzara o no una posición dominante en Portugal, o en buena parte del país, que pueda impedir, falsear o restringir la competencia. No obstante, la operación puede autorizarse si: 1) el saldo económico de la fusión prevista es positivo; o sí; 2) la competitividad internacional de las empresas participantes mejora notablemente.

Sanciones

Incumplimiento del deber de notificar: multa de 100.000 a 100 millones de escudos.

Ejecución antes de la aprobación: la operación no produce efectos jurídicos hasta la aprobación.

Observaciones

La ley no se aplica a los concesionarios de servicios públicos en el ámbito de la concesión. Las disposiciones sobre control de fusiones no se aplican a los sectores de banca, crédito o seguros, que no obstante están sujetos a disposiciones especiales de carácter cautelar. Pueden ser aplicables, entre otras normas, el Código de Sociedades Mercantiles, la legislación financiera y de valores, y las normas relativas a la inversión extranjera.

PROVINCIA CHINA DE TAIWÁN

Forma de la notificación: formulario espacial.

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Toda combinación importante de entidades en la Provincia China de Taiwán en la que: i) la empresa resultante adquiera una cuota de mercado de al menos un tercio; o ii) una empresa participante tenga una cuota de mercado de al menos una cuarta parte; o iii) las ventas de una empresa participante superen los 5.000 millones de dólares de Taiwán.

Notificación previa a la ejecución.

Plazos de aprobación

La Comisión de Comercio Leal debe conceder o no la aprobación en los dos meses siguientes a la recepción de la solicitud o, en caso de requerirse enmiendas o suplementos de aquella, en los dos meses siguientes a la recepción de las enmiendas o suplementos. Suspensión hasta la aprobación.

Motivo en que se funda la aprobación

Si las ventajas para la economía de Taiwán en general superan o no a las desventajas para la competencia.

Sanciones

Incumplimiento del deber de notificar: la Comisión de Comercio Leal puede: i) prohibir la fusión; ii) ordenar la separación de las empresas fusionada; iii) ordenar la venta total o parcial de los activos de la nueva empresa; iv) ordenar el despido del persona; v) dictar cualquier otra orden necesaria.

Observaciones

Normas especiales para las inversiones extranjeras en telecomunicaciones, servicios financieros, etc.

REPÚBLICA DE COREA

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Notificación en los 30 días siguientes a las operaciones de que se trate.

Plazos de aprobación

30 días (prorrogables como máximo a 60).

Efectos suspensivos: deben transcurrir 30 días desde la notificación para proceder a la fusión o adquisición (el plazo puede acortarse o ampliarse).

Motivo en que se funda la aprobación

El criterio fundamental es si la fusión o adquisición propuesta tiene o no efectos contrarios a la competencia en el mercado. La cuota de mercado es un factor importante para determinar si se dan esos efectos.

Sanciones

Incumplimiento del deber de notificar: multa de hasta 100 millones de won.

Conclusión antes de la aprobación: la Comisión de Comercio Leal puede pedir en juicio la nulidad de la fusión de empresas que infrinjan el plazo de suspensión; multa hasta 100 millones de won.

Observaciones

Normas especiales respecto de las concentraciones de chaebol (conglomerados) y las instituciones financieras.

SUDÁFRICA

Hay que llenar los formularios prescritos, aunque no se requieran muchos detalles.

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

La notificación debe hacerse dentro de los siete días siguientes al primero de los hechos siguientes: la conclusión del acuerdo de fusión, el anuncio público de una oferta de fusión, o la adquisición por una parte de una participación mayoritaria en la otra.

Plazos de aprobación

En las fusiones medianas, el plazo de obtención del certificado de autorización de la Comisión es de 30 días, sin perjuicio de derecho de la Comisión a ampliar dicho plazo a un máximo de 60 días. Si la Comisión no responde en el plazo prescrito, se entiende concedida la aprobación. En las grandes fusiones, los plazos pueden ser mayores y no se especifica el plazo para celebrar la vista el Tribunal; sólo se dice que se celebrará en los 15 días siguientes a que la Comisión le remita la causa.

Motivo en que se funda la aprobación

Si la fusión puede o no impedir o reducir la competencia en un mercado determinado. En caso afirmativo, si hay o no ventajas tecnológicas, de rendimiento u otras que favorezcan la competencia y compensen los efectos contrarios a ella, y si la fusión puede o no justificarse por motivos fundados de interés público.

Sanciones

Pueden imponerse una sanción administrativa de hasta el 10% de la cifra de negocios en Sudáfrica y de las exportaciones cuando las partes concluyan la fusión sin obtener la aprobación o infringiendo las condiciones establecidas por las autoridades. Se faculta a las autoridades para ordenar la venta de activos.

Observaciones

Para evaluar un proyecto de fusión se tienen en cuenta los factores sociales y políticos, además de las cuestiones ordinarias de rendimiento económico y beneficio a los consumidores.

Normas especiales para las inversiones extranjeras en banca y radio-difusión.

UNIÓN EUROPEA

Forma de la notificación: formulario espacial: formulario CO. Información detallada sobre las partes (cifra de negocios, sectores y grupos), la propuesta de fusión y los mercados, competidores y clientes afectados. En cualquiera de los idiomas oficiales de la UE.

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Cifra de negocios conjunta mundial de más de 5.000 millones de euros y cifra de negocios en la UE de al menos dos de las partes superior a 250 millones de euros salvo que cada una de las partes alcance más de dos tercios de la cifra de negocios de la UE en un mismo Estado, o cifra de negocios conjunta mundial superior a 2.500 millones de euros; cifra de negocios en la UE de al menos dos de las empresas superior a 100 millones de euros cada una; cifra de negocios conjunta en cada uno de al menos tres Estados miembros superior a 100 millones de euros; cifra de negocios de cada uno de al menos dos de las empresas en cada uno de esos tres Estados miembros superior a 25 millones de euros, salvo que cada una de las partes supere los dos tercios de la cifra de negocios de la UE en un mismo Estado.

Obligación de notificar con antelación a la fusión en la semana siguiente a la conclusión del acuerdo, el anuncio de la oferta pública o la adquisición del control (según la circunstancia que antes se produzca).

Plazos de aprobación

Fase 1: un mes desde la notificación o seis semanas desde la notificación cuando las partes hayan presentado compromisos destinados a servir de base a la aprobación.

Fase 2: cuatro meses más.

Efectos suspensivos: la operación se suspende hasta que se adopte una decisión definitiva, salvo algunas excepciones en el caso de ofertas públicas.

Motivo en que se funda la aprobación

Si la fusión creará o reforzará o no una posición dominante que obstaculice notablemente la competencia en el mercado común o en buena parte de él.

Se evalúan además los aspectos de cooperación de las empresas plenamente conjuntas, según los criterios de los párrafos 1 y 3 del artículo 81. En general, las ventajas económicas deben ser mayores que el perjuicio que se causa a la competencia.

Sanciones

Incumplimiento del deber de notificar: multa de 1.000 a 50.000 euros.
Ejecución de la operación sin aprobación: multa de hasta el 10% de la cifra de negocios conjunta mundial de las partes.

Observaciones

Normas especiales para el cálculo de los límites aplicables a bancos y compañías de seguros.

Las fusiones de empresas de los sectores del carbón y del acero están sujetas a los dispuesto en el Tratado de la CECA (aviso de armonización de procedimientos publicado el 1º de marzo de 1998).

**PAÍSES CON RÉGIMEN DE NOTIFICACIÓN
OBLIGATORIA DESPUÉS DEL CIERRE**

ARGENTINA

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Precisan previa aprobación las fusiones y adquisiciones de empresas cuyas ventas en Argentina alcanzan o superan 200 millones de dólares de los EE.UU. o cuyos ingresos en todo el mundo sobrepasan 2500 millones de dólares.

Notificación con anterioridad o en la semana siguiente a la ejecución del acuerdo, la publicación de la oferta o la adquisición del control.

Plazos de aprobación

45 días.

Motivo en que se funda la aprobación

Si la fusión o adquisición puede o no provocar o consolidar una posición dominante en el mercado en contra del interés económico general.

Sanciones

Incumplimiento del deber de notificar: multa de hasta 1 millón de dólares por cada día de demora.

La conclusión de una fusión o adquisición sin respetar la ley puede dar lugar a la imposición de multas de 10.000 a 150 millones de dólares. Los tribunales pueden ordenar además la disolución, liquidación o desconcentración de las empresas de que se trate o la cesión de sus activos entre ellas.

Observaciones

Los futuros reglamentos de aplicación aclararán algunas de sus disposiciones, puesto que la ley es relativamente nueva.

JAPÓN

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Las existencias cuyos derechos de voto son superiores al 10, 25 ó 50% están sujetas a un requisito de notificación cuando una empresa con activos por más de 2.000 millones de yen y con activos totales por más de 10.000 millones de yen adquiere derechos de voto de una empresa con activos totales por más de 1.000 millones de yen. Ha de presentarse un informe dentro de los 30 días siguientes a la fecha de registro de las existencias.

Plazos de aprobación

Fase 1: la Comisión de Comercio Leal examinará el caso dentro de los 30 días siguientes a la fecha de aceptación de la notificación.

Fase 2: si la Comisión de Comercio Leal exige que las partes presenten los informes necesarios dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la notificación, la Comisión examinará el caso dentro de los 120 días siguientes a la fecha de la aceptación de la notificación o de los 90 días siguientes a la fecha de la aceptación de todos los informes necesarios, en función de cuál de ambas fecha sea la posterior.

Motivo en que se funda la aprobación

Se dará la aprobación si la fusión o cesión de empresas no restringe considerablemente la competencia en el mercado de que se trate.

Sanciones

Incumplimiento del deber de notificar: multa máxima de 2 millones de yenes.

Ejecución antes de la aprobación: multa máxima de 2 millones de yenes.

Observaciones

En los casos en que se adquiriera una parte considerable de un negocio, el requisito de notificación se considerará en función de las ventas anuales de la empresa adquiriente.

**PAÍSES CON RÉGIMEN DE NOTIFICACIÓN
VOLUNTARIA**

NORUEGA

No hay límites jurisdiccionales. El organismo de defensa de la competencia puede intervenir en una fusión hasta seis meses después de la fecha del acuerdo final.

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

No hay límites jurisdiccionales (sino directrices no vinculantes). No hay plazos para notificar.

Plazos de aprobación

El organismo de defensa de la competencia puede intervenir en una fusión hasta seis meses después de la fecha del acuerdo final (el plazo puede ampliarse a un año). La notificación voluntaria abre un procedimiento contencioso en el que el organismo tiene tres meses para decidir si investiga o no la fusión. Si no responde en el plazo de tres meses, la operación se considerará aprobada. Si decide investigarla, tiene un plazo de seis meses para decidir. La fusión no suspende sus efectos durante la investigación.

Motivo en que se funda la aprobación

El criterio fundamental es si la operación provocará o reforzará o no una restricción considerable de la competencia. La aprobación consta de tres fases:

- 1) Se determina primero si la cuota conjunta de mercado de las partes supera el 40% o si las cuotas de mercado de los tres mayores agentes del mercado incluidas las partes, superan el 60%.
- 2) Se determina después si las partes como resultado de la operación, podrán ejercer poder de mercado.

3) Se determina por último si la operación dará origen a mejoras de eficiencia que compensen los efectos negativos de la restricción de la competencia.

Sanciones

No hay multas u otras sanciones por no notificar la operación o por ejecutarla antes de la aprobación del organismo de defensa de la competencia. El incumplimiento de las decisiones del organismo es un delito que puede acarrear multas o penas de prisión de hasta tres años (seis años si hay circunstancias agravantes). El organismo de la competencia puede imponer también multas periódicas y obligar a las partes a renunciar a todos los beneficios obtenidos como consecuencia del incumplimiento de sus decisiones.

Observaciones

Normas especiales para banca, seguros, navieras, minería, energía, medios de difusión, telecomunicaciones y agricultura. Notificación obligatoria según la Ley de adquisiciones de 1994.

NUEVA ZELANDA

Se aplica un régimen voluntario a todas las fusiones que provoquen o puedan provocar una posición de dominio o reforzarla (directrices).
Forma de notificación: formulario especial.

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Se aplica a todas las fusiones que provoquen o puedan provocar posición de dominio o reforzarla (directrices). No hay plazo oficial. El consentimiento, cuando se requiera, deberá pedirse y obtenerse antes del cierre.

Plazos de aprobación

No hay calendario oficial.

Proceso de aprobación: 10 días hábiles.

Proceso de autorización: 60 días hábiles.

Los plazos podrán ampliarse con el acuerdo de los solicitantes. La operación no podrá cerrarse sin la aprobación.

Motivo en que se funda la aprobación

Que la fusión o adquisición no provoque o refuerce una posición dominante en el mercado, salvo que el daño a la competencia se compense con un provecho para el público.

Sanciones

No se sanciona la falta de notificación ni la ejecución antes de la aprobación. Las infracciones a la ley pueden dar lugar a diversas órdenes y sanciones, como interdictos, multas de hasta 5 millones de dólares neozelandeses (2.25 millones de dólares de EE.UU.), órdenes sobre venta de activos y gestión, y daños y perjuicios.

Observaciones

Las inversiones extranjeras en Nueva Zelandia están sujetas a requisitos de aprobación (sobre todo cuando se adquieren tierras). También pueden ser aplicables a las fusiones y adquisiciones la Ley de sociedades, la Ley de inversiones en ultramar y las reglas de admisión a cotización en bolsa.

REINO UNIDO

Forma de la notificación: oficial u oficiosa. En el primer caso, ha de utilizarse el formulario prescrito por la oficina de Comercio Leal. En Inglés.

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Activos mundiales de la empresa que vaya a absorberse superiores a 70 millones de libras esterlinas o cuota de mercado conjunta en el Reino Unido de nueva creación o amentada al 25%. Notificación: no hay plazo oficial.

Plazos de aprobación

No hay calendario oficial a menos de notificación oficial.

Fase 1: normalmente, de cuatro a siete semanas.

Fase 2: máximo de 24 semanas en principio, aunque son posibles prórrogas.

Motivo en que se funda la aprobación

Si se espera que la fusión redunde en una disminución sustancial de la competencia.

Sanciones

Falta de notificación: no se sanciona.

Ejecución antes de la aprobación: no se sanciona.

Observaciones

Normas especiales para medios de difusión, abastecimiento de agua y bancos. La seguridad nacional puede ser un factor en las decisiones.

VENEZUELA

Forma de la notificación: formulario especial

¿Cuándo se debe notificar y en qué plazo?

Monto global de ventas superior al equivalente de 1,8 millones de dólares de los EE.UU.

No hay plazo para notificar.

Plazos de aprobación

Cuatro meses, que pueden ampliarse otros dos. No hay efectos suspensivos.

Motivo en que se funda la aprobación

Factores que deben considerarse:

Nivel de concentración en el mercado de que se trate antes y después de la operación;

Barreras a la entrada de nuevos competidores;

Disponibilidad de productos sustitutos;

Posibilidad de colusión entre los restantes proveedores, y

Ventajas de la operación (competencia efectiva, interés de los consumidores, reducción de costos y nuevas tecnologías).

Nivel de concentración en el mercado de que se trate antes y después de la operación;

Barreras a la entrada de nuevos competidores;

Disponibilidad de productos sustitutos;

Posibilidad de colusión entre los restantes proveedores, y

Ventajas de la operación (competencia efectiva, interés de los consumidores, reducción de costos y nuevas tecnologías).

Sanciones

No se sanciona la falta de notificación ni la ejecución antes de la aprobación.

Observaciones

Normas especiales para el cálculo de los límites aplicables a bancos y compañías de seguros. Normas especiales para seguros y telecomunicaciones.

Si la operación no se notifica, Procompetencia puede abrir una investigación sobre sus efectos para la competencia en el mercado venezolano dentro del año siguiente a la conclusión de la operación.

PROYECTO DE LEY N° 972-2011

PROYECTO DE LEY DE PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA EFICIENCIA EN LOS MERCADOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

(Presentado por el congresista Jaime Delgado)

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Objeto de la Ley

1.1. La presente Ley tiene por objeto promover la libre competencia y la eficiencia económica en los mercados para el mayor bienestar de los consumidores, a través de la evaluación previa de los actos de concentración empresarial, autorizando aquellos actos que no provoquen una disminución sustancial de la competencia efectiva en el mercado o que se demuestre que generan eficiencias económicas que compensan dichos efectos restrictivos y mejoran el bienestar de los consumidores.

Artículo 2º.- Ámbito de aplicación subjetiva de la Ley

La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades, de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios.

Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término "persona" o "empresa".

Artículo 3º.- Ámbito de aplicación territorial de la Ley

Están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley, aquellos actos de concentración empresarial que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, incluyendo asimismo actos que se realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades económicas en el Perú.

Artículo 4º.- Definición y Actos de Concentración Empresarial

4.1. Se entiende por acto de concentración empresarial cualquier operación económica que suponga una modificación permanente de la estructura de control de las empresas partícipes, o de alguna de ellas. Asimismo, dicho acto ejerce una influencia preponderante y continua sobre las decisiones de los órganos de una persona jurídica.

4.2. Existe control cuando se puede ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, que resulte de la titularidad de derechos, contratos u otros medios. En particular, se entiende que existe control cuando se dispone de:

- a) Derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; o,
- b) Derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

4.3. Son actos que generan concentración empresarial los siguientes:

- a) la fusión, escisión, constitución de una empresa en común;

b) la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de consorcio, joint venture siempre que constituyan una entidad autónoma y permanente, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares;

c) la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

4.4. No son actos de concentración empresarial sometida a la presente Ley cuando:

a) las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros o del mercado de capitales cuya actividad normal constituya la tenencia, 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 la finalidad 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;

b) cuando el control lo adquiriera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración

patrimonial u otro procedimiento análogo.

c) cuando el crecimiento de una empresa mediante inversión propia o con recursos de terceros no participa en el mercado nacional.

4.3. Son actos que generan concentración empresarial los siguientes:

a) la fusión, escisión, constitución de una empresa en común;

b) la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de consorcio, joint venture siempre que constituyan una entidad autónoma y permanente, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares;

c) la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

4.4. No son actos de concentración empresarial sometida a la presente Ley cuando:

a) las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros o del mercado de capitales cuya actividad nor-

mal constituya la tenencia, 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 la finalidad 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;

b) cuando el control lo adquiriera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo.

c) cuando el crecimiento de una empresa mediante inversión propia o con recursos de terceros no participa en el mercado nacional.

CAPÍTULO II DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Artículo 5º.- Concentraciones empresariales sometidas al procedimiento de autorización previa.

5.1 Se encuentran sometidas al procedimiento de autorización previa todos aquellos actos de concentración empresarial en los que:

a) Las empresas involucradas en el acto de concentración empresarial registren, individual o conjuntamente, en el balance del año anterior ventas brutas anuales o volumen total de negocios en el país iguales o superiores a 100 000 UIT (cien mil Unidades Impositivas Tributarias); y

b) Al menos una de las otras empresas involucradas en el acto de concentración empresarial registre en el balance del año anterior ventas brutas anuales o volumen total de negocios en el país iguales o superiores a 10 000 UIT (diez mil Unidades Impositivas Tributarias).

Artículo 6°.- Concentraciones autorizadas

6.1 Los actos de concentración empresarial estarán sujetos a la aprobación previa de la Comisión. En caso la Comisión determine que el acto de concentración empresarial genere o pueda generar una disminución sustancial de la competencia efectiva, no autorizará dicho acto. Sin perjuicio de ello, la Comisión podrá autorizarlos siempre que las empresas solicitantes demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos restrictivos a la competencia identificados y mejoren el bienestar de los consumidores.

6.2 A estos efectos, en el procedimiento de autorización se tomarán en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- a) La estructura del mercado relevante.
- b) Las barreras de acceso al mercado, sean legales o económicas.
- c) Las fuentes de aprovisionamiento de insumos.
- d) Los canales de distribución y comercialización.
- e) El poder económico y financiero de las empresas.
- f) La evolución de la oferta y la demanda.
- g) La competencia exterior.
- h) La creación o reforzamiento de una posición de dominio.

Artículo 7°.- Ineficacia de la Concentraciones Empresariales

7.1 Los actos de concentración empresarial no surtirán efectos ni podrán ejecutarse sin la autorización prevista en la presente Ley o cuando ha sido denegada su autorización.

7.2 Son ineficaces los actos de concentración empresarial regidos por la presente Ley y las operaciones comerciales derivadas de ellas, cuya ejecución se pretenda sin haber cumplido con la notificación previa requerida.

7.3 Se podrá ordenar la desconcentración parcial o total de aquello que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda, adoptando para ello las medidas e impulsando las acciones necesarias para dejar sin efecto el acto de concentración realizado sin autorización.

7.4 Se podrá declarar de oficio la nulidad de la decisión por la que se aprobó el acto de concentración cuando la información suministrada por el solicitante sea falsa o se haya entregado alterando los valores reales. Asimismo, se dejará sin efecto la autorización cuando los involucrados incumplan las condiciones que les hubieran sido impuestas.

CAPÍTULO III AUTORIDAD COMPETENTE

Artículo 8º.- Instancias de decisión

Es competente en primera instancia administrativa la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI y en segunda instancia el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

Artículo 9º.- La Comisión

9.1 La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargada de la aplicación de la presente Ley con competencia primaria y exclusiva a nivel nacional.

9.2 A efectos de la presente Ley, son atribuciones de la Comisión:

- a) Autorizar, condicionar o denegar actos de concentración empresarial;
- b) Ordenar a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador de investigación y sanción por infracción a la presente Ley;
- c) Dictar órdenes o mandatos respecto de los actos de concentración empresarial;
- d) Expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley; y,
- e) Las demás que le asignen las disposiciones legales vigentes.

Artículo 10º.- La Secretaría Técnica

10.1 La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional que realiza la labor de instrucción del procedimiento de investigación sobre concentraciones empresariales y emite opinión al respecto.

10.2 Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

- a) Efectuar indagaciones e investigaciones preliminares;
- b) Instruir el procedimiento, realizando investigaciones y actuando medios probatorios, ejerciendo para tal efecto las facultades de investigación previstas en el Decreto Legislativo N° 807 – Ley de sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI y en el Decreto Legislativo N° 1033 Ley de

Represión de Conductas Anticompetitivas;

c) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de infracciones a la presente Ley;

d) Realizar estudios y publicar informes;

e) Elaborar propuestas de lineamientos;

f) Realizar actividades de capacitación y difusión de la aplicación de la presente Ley; y,

g) Otras que le asignen las disposiciones legales vigentes.

Artículo 11º.- El Tribunal

El Tribunal es el órgano encargado de revisar en segunda y última instancia, los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica.

CAPÍTULO IV PROCEDIMIENTO

Artículo 12º.- Notificación de las concentraciones

12.1 Las concentraciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley deberán ser notificadas a la Comisión en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de la conclusión del contrato o acuerdo, del anuncio de la oferta pública de adquisición, o de la adquisición de una participación de control, lo primero que suceda. Podrán notificarse las concentraciones incluso si las partes no han suscrito el acuerdo cuando demuestren su intención de concentrarse en un futuro próximo.

12.2 Los actos de concentración que consistan en una fusión o en la constitución de un control en común deberán ser notificadas conjuntamente por las empresas intervinientes. En los demás casos, la notificación incumbe a la persona o empresa que

adquiera el control de una o más empresas o la que compre los activos correspondientes.

12.3 Cuando la concentración se lleve a cabo a través de una oferta pública de adquisición de títulos admitidos a negociación en una bolsa de valores, la oferta pública de adquisición y las transacciones de títulos podrán ser realizadas; no obstante, el comprador no podrá ejercer los derechos de voto inherentes a los títulos adquiridos en tanto no se obtenga la autorización respectiva. El ejercicio de los derechos de voto inherentes a los títulos adquiridos sin la autorización respectiva constituye ejecución no autorizada del acto de concentración, sancionable en los términos de la presente Ley.

12.4 Tratándose de un proceso de promoción de la inversión privada sobre empresas, acciones, participaciones o activos del Estado, el Comité encargado de llevar a cabo el referido proceso definirá el momento dentro de él en que el procedimiento de autorización previa a que se refiere la presente Ley deberá ser iniciado por las empresas habilitadas para tal fin por dicho Comité. De preferencia, el mencionado momento deberá ser anterior al otorgamiento de la buena pro, siempre que no afecte la competencia en el proceso de promoción. En caso el mencionado Comité omitiera el momento de iniciar el procedimiento de autorización previa por parte de las empresas habilitadas, éstas deberán presentar la solicitud de autorización previa antes de realizarse el acto de concentración, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la presente Ley.

Artículo 13°.- Contenido de la notificación

13.1 En la notificación, el o los solicitantes deberán presentar la siguiente información y documentación:

- a) Identificación de las personas o empresas que efectúan la notificación y de las otras partes que intervienen en el acto

de concentración;

b) Descripción de la estructura de propiedad y control de cada una de las personas o empresas que participan en el acto de concentración, incluyendo la de las empresas que pertenezcan al mismo grupo económico;

c) Descripción de los vínculos personales, de propiedad, y/o de gestión existentes entre cada una de las personas o empresas comprendidas en el punto anterior respecto de otras empresas que operan en el mercado o en los mercados relacionados;

d) Descripción de los pormenores del acto de concentración;

e) Identificar los mercados involucrados en el acto de concentración;

f) Respecto de cada mercado involucrado, indicar la participación de las empresas y el grado de competencia existente; el ámbito geográfico; la estructura de propiedad o control propuesta tras la realización de la operación; las posibilidades de elección de proveedores, clientes y usuarios; la existencia de hecho o de derecho de obstáculos de acceso al mercado; la evolución de la oferta y demanda; la evolución del progreso técnico o económico; la perspectiva de interconexión con otros mercados;

g) Descripción de los efectos de la operación sobre los mercados involucrados, indicando si la operación puede aportar eficiencias económicas dentro del mercado en beneficio de los consumidores;

h) Copia de los documentos definitivos o más recientes relativos al cierre del acto de concentración, incluyendo los documentos acreditativos del contrato, acuerdo o adquisición

de derechos que dé lugar al acto de concentración, con las modificaciones que, en su caso, hubieran sufrido con posterioridad a su celebración;

i) Copia de los análisis o estudios llevados a cabo por las empresas involucradas en la operación a efectos de evaluar el acto de concentración en cuanto a las condiciones de competencia, los competidores y la situación de mercado;

j) Copia del balance general, estado de ganancias y pérdidas, estado de cambios en el patrimonio neto y del estado de flujos de efectivo, de los tres últimos ejercicios de las empresas que participan en la concentración;

k) Copia de la constancia de pago de la tasa por evaluación análisis y estudio de los actos de concentración;

l) Otros documentos que establezca la Comisión mediante resolución.

13.2 Tratándose de un proceso de promoción de la inversión privada, además de la información señalada en el numeral anterior, el o los solicitantes presentarán la siguiente información y documentación:

a) Descripción de la empresa, activo o proyecto materia del proceso de promoción de la inversión privada; y,

b) Copia de las Bases del proceso de promoción respectivo, incluyendo sus modificaciones, si las hubiere.

13.3 La notificación de una concentración económica estará sujeta al pago de una tasa administrativa equivalente al 0,1% del valor total de la operación hasta un límite de 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

13.4 Las empresas podrán solicitar que se declare la confidencialidad de determinada información relacionada con la concentración proyectada conforme a lo establecido en el Artículo 18° de la presente Ley.

13.5 La Comisión podrá requerir a las empresas, la presentación de información adicional en relación con la operación notificada.

Artículo 14°.- Plazo de verificación formal de la notificación

14.1 Recibida la notificación, la Secretaría Técnica tendrá un plazo de cinco (5) días hábiles para verificar la suficiencia de la información. De ser necesario, la Secretaría Técnica otorgará un plazo de cinco (5) días hábiles para completar la información de la notificación, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la presentación de la información complementaria, la Secretaría Técnica deberá pronunciarse sobre la suficiencia o insuficiencia de ésta.

14.2 A partir de la fecha en que la Secretaría Técnica declara la suficiencia de la información, empezará el cómputo del plazo previsto en el artículo siguiente.

14.3 La omisión de pronunciamiento al vencimiento del plazo establecido dará lugar a que se entienda como suficiente la información presentada y se inicie el cómputo del plazo previsto en el artículo siguiente.

Artículo 15°.- Evaluación del acto de concentración

15.1 Declarada la suficiencia de la información o transcurrido el plazo de diez (10) días hábiles sin pronunciamiento de la Secretaría Técnica, se iniciará un plazo de treinta (30) días hábiles durante los cuales la Comisión evaluará si la operación no provocará una disminución sustancial de la competencia efectiva en el mercado. Durante este plazo, la Comisión podrá solicitar más

información al solicitante, así como a terceras personas que participen en los mercados involucrados por el acto de concentración. Los plazos otorgados al solicitante para la preparación de la información solicitada suspenden el cómputo del plazo. Esta suspensión no será mayor a diez (10) días hábiles.

15.2 Al finalizar el plazo de treinta (30) días hábiles, la Comisión deberá aprobar o denegar la solicitud o emitir una resolución de continuación de la evaluación. La resolución que decida continuar con la evaluación deberá estar motivada y deberá ser debidamente notificada a los solicitantes.

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

15.4 Las empresas podrán solicitar a la Comisión, una certificación de haber presentado la solicitud de evaluación de la concentración, así como del transcurso del plazo de treinta (30) días hábiles a partir de haber sido admitida a trámite. La Comisión, bajo responsabilidad, deberá emitir la certificación, en la que expresará que la concentración ha sido aprobada como consecuencia de lo dispuesto en el presente artículo.

Artículo 16°.- Plazo adicional de evaluación

16.1 En aquellos casos en los que la complejidad de la operación o de la información presentada amerite un análisis mayor de los efectos de la concentración en el mercado o mercados afectados, la Comisión podrá ampliar el plazo para su pronunciamiento por noventa (90) días hábiles adicionales. Durante este plazo, la Comisión podrá solicitar más información a las empresas involucradas en el acto de concentración, así como a otros agentes y autoridades, según considere.

16.2 Vencido el plazo sin que exista pronunciamiento de la autoridad, operará la autorización automática a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 17°.- Actuaciones durante la evaluación

Durante el procedimiento de evaluación, las empresas podrán solicitar la realización de audiencias y presentar los argumentos que consideren pertinentes a su pretensión. Asimismo, deberán informar sobre las modificaciones sustanciales del acto de concentración y podrán proponer modificaciones voluntarias a la disposición o utilización de activos para facilitar su autorización por la Comisión. Asimismo, las empresas podrán proponer a la Comisión proyectos de desinversión o condiciones para adecuar la operación a la competencia efectiva.

Artículo 18°.- Información confidencial y pública

18.1 A solicitud de parte, la Comisión podrá declarar la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, por tratarse de un secreto empresarial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Para tal efecto se aplicará lo establecido en el Artículo 32° del Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

18.2 Sin perjuicio de lo establecido en el numeral anterior, toda la información presentada durante el procedimiento de autorización será tratada como confidencial y tendrá carácter reservado. Sólo podrá ser utilizada para la finalidad para la que fue requerida. Los funcionarios y servidores de la Secretaría Técnica, sea cual fuere su régimen laboral o de contratación, y los miembros de la Comisión, así como de la Secretaría Técnica del Tribunal y los miembros de esta última, estarán obligados a no divulgar dicha

información, bajo responsabilidad. Únicamente las partes tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a éste y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiere aprobado su reserva por constituir información confidencial

Lo establecido en el párrafo precedente no impide la publicación de la resolución final una vez que ésta haya quedado firme en sede administrativa, resguardándose el interés legítimo de las empresas de que no se divulguen sus secretos comerciales y/o industriales.

18.3 Tratándose de procesos de promoción de la inversión privada de empresas, acciones, participaciones o activos del Estado, los expedientes son públicos, salvo la información referida a secretos comerciales e industriales cuya divulgación pueda afectar el legítimo interés de las empresas o personas involucradas.

Artículo 19º.- Resolución Final

19.1 La resolución final de la Comisión será motivada y decidirá sobre la operación, adoptando de forma motivada alguna de las siguientes decisiones:

- a) Autorizar el acto de concentración;
- b) Autorizar la concentración subordinada a la observancia de condiciones que compensen los efectos restrictivos sobre la competencia. Dichas condiciones podrán consistir, entre otras, en la obligación de transmitir ciertos negocios o activos o en la imposición de limitaciones; o,
- c) Denegar la autorización del acto de concentración por sus efectos anticompetitivos.

19.2 La resolución se notificará a las partes comprendidas en el procedimiento en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contados desde su expedición.

19.3 En caso de denegatoria de la solicitud, las empresas podrán ofrecer, en el plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de la decisión final, nuevos compromisos, los mismos que deberán ser aceptados o rechazados por la Comisión en el plazo máximo de quince (15) días hábiles.

Artículo 20°.- Ejecutividad de la resolución final

La interposición del recurso de apelación no suspenderá la ejecución de la medida correctiva dictada, salvo que la Comisión determine lo contrario. En caso de que la resolución final sea apelada, el Tribunal podrá determinar, si lo estima necesario, la suspensión de la decisión de la Comisión.

Artículo 21°.- Trámite del Recurso de Apelación

Para el trámite del recurso de apelación, se aplicarán las disposiciones del Capítulo VII del Título V del Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que corresponda.

CAPÍTULO V INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 22°.- Infracciones administrativas

22.1 Constituyen infracciones administrativas las siguientes:

(a) Omitir notificar el acto de concentración empresarial sometido a la presente Ley.

(b) Ejecutar el acto de concentración empresarial sometido a la pre-

sente Ley sin haber obtenido la autorización previa, o incumpliendo las condiciones o medidas impuestas por la Comisión.

(c) Suministrar información falsa o inexacta en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión, o no proporcionar la información dentro de los plazos establecidos.

(d) Realizar el acto de concentración empresarial luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal.

(e) Realizar un acto de concentración empresarial declarado anti-competitivo por la Comisión.

(f) Incumplir las medidas ordenadas por la Comisión.

Artículo 23°.- Sanciones

23.1 Las infracciones administrativas previstas en el artículo anterior serán sancionadas con multas cuantificadas en Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme a los siguientes niveles de gravedad:

a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;

b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,

c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

23.2 Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo a la presente Ley, se utilizará la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción.

23.3 La multa aplicable podrá ser rebajada en un veinticinco por ciento (25%) cuando el infractor cancele su monto con anterioridad a la culminación del término para impugnar la resolución de la Comisión que puso fin a la instancia y en tanto no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución.

Artículo 24°.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa

Para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa, la Comisión aplicará los criterios establecidos en el Artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y, supletoriamente, los criterios contemplados en el Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 25°.- Plazo de prescripción de la infracción administrativa

Las infracciones a la presente Ley prescriben a los tres (3) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. La prescripción se suspende por cualquier acto de la Comisión relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable. El cómputo del plazo se reinicia si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de treinta (30) días hábiles por causa no imputable al investigado.

Artículo 26°.- Procedimiento sancionador

El procedimiento sancionador aplicable a las infracciones administrativas previstas en el presente Capítulo se rige por las siguientes reglas:

(a) La imputación de cargos es efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión.

(b) El plazo para la presentación de descargos es de diez (10) días hábiles.

(c) La Secretaría Técnica de la Comisión realiza la instrucción en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles. Vencido dicho plazo, la Secretaría Técnica remitirá a la Comisión, un informe detallando las pruebas que deben ser analizadas por la Comisión y su opinión sobre la existencia o inexistencia de infracción administrativa. Copia de dicho informe será puesto a conocimiento de la empresa o empresas imputadas, las que tendrán cinco (5) días hábiles para presentar alegatos de defensa contra dicho informe, de ser el caso.

(d) Vencido el plazo para la presentación de alegatos de defensa, la Comisión tendrá quince (15) días hábiles para pronunciarse. Al inicio de este plazo, a pedido de parte o de oficio, la Comisión podrá conceder el uso de la palabra para informe oral.

Artículo 27°.- Reglas supletorias

Para todo lo no previsto en el presente Capítulo se aplica supletoriamente las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que fuera aplicable, y en su defecto, las disposiciones de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

CAPÍTULO VII MULTAS COERCITIVAS

Artículo 28°.- Multas coercitivas por incumplimiento de órdenes o mandatos.-

28.1 Si el obligado a cumplir una orden o mandato dictado por la Comisión no lo hiciera, se le impondrá una multa coercitiva equivalente ciento veinticinco (125) UIT. La multa coercitiva impuesta deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

28.2 En caso de persistir el incumplimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión podrá imponer una nueva multa coercitiva, duplicando sucesivamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se cumpla la medida correctiva ordenada y hasta el límite de mil (1 000) UIT.

28.3 Las multas coercitivas impuestas no tienen naturaleza de sanción por infracción administrativa.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

PRIMERA.- Derogación de la Ley N° 26876

Deróguese la Ley N° 26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y sus Reglamentos aprobados por los Decretos Supremos números 017-98-ITINCI y 087-2002-EF.

SEGUNDA.- Derogación expresa

Deróguese el inciso 1 del artículo 77 del Decreto Supremo N° 013-93-TCC que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 17 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

PRIMERA.-

Modifíquese la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034, conforme a texto siguiente:

“PRIMERA.- Competencia primaria.-

El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dicho organismo”.

SEGUNDA.-

Modifíquese la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1044, conforme a texto siguiente:

“PRIMERA.- Competencia primaria.-

El control de las conductas desleales se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dicho organismo”.

TERCERA.-

Modifíquese el 2do párrafo del artículo 11 del Decreto Supremo 013-2008-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, conforme al texto siguiente:

Cuando el objeto de la demanda verse sobre actuaciones del Banco Central de Reserva del Perú (BCR), Superintendencia del Mercado

de Valores (SMV), de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y del INDECOPI es competente, en primera instancia, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso. Es competente para conocer la solicitud de medida cautelar la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior.

(...)

CUARTA.-

Modifíquese la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1044, conforme a texto siguiente:

“CUARTA.- Exclusividad de competencia administrativa y alcance de las excepciones.-

Los órganos competentes para la aplicación de esta Ley conforme a lo dispuesto en el Título IV tienen competencia exclusiva a nivel nacional para la determinación y sanción de actos de competencia desleal.

La competencia administrativa para la aplicación de esta Ley podrá ser asumida por órgano administrativo distinto únicamente cuando una norma expresa con rango legal lo disponga.

Cuando el acto de competencia desleal que se determina y sanciona es uno que se ha desarrollado mediante la actividad publicitaria, la competencia administrativa únicamente corresponde a los órganos competentes para la aplicación de esta Ley, conforme a lo dispuesto en el Título IV, sin excepción alguna”.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

ÚNICA.- Procesos en trámite

Los procedimientos de notificación previa a que se refiere la Ley N° 26876 iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley y en los que la Comisión de Defensa de la Competencia aún no ha

emitido su decisión, se adecuan al procedimiento de autorización previa prevista en la presente Ley, en la etapa en la que se encuentren, conforme a las reglas que se establezcan en el Reglamento de la presente Ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Autoridad Competente

La aplicación de la presente ley y del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, es de competencia exclusiva de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual del Indecopi.

SEGUNDA.- Vigencia de la Ley

La presente Ley entra en vigencia al año de la fecha de su publicación.

Lima, 28 de marzo de 2012

¿COMPETIDORES O MONOPOLISTAS?

El crecimiento económico de nuestro país debe promover oportunidades para todos los empresarios, sean grandes, medianos o pequeños.

La monopolización del mercado puede en algunas circunstancias resultar contraria a nuestra Constitución que promueve la libre competencia y combate toda práctica que la limite.

ISBN 978-612-4113-67-3



9 786124 113673