

Construyendo un Sistema de Control de Fusiones para Evitar Distorsiones en la Libre Competencia

Julio Durand Carrión*

“La Dinamización de las relaciones mercantiles comienza a exigir un rol activo del Estado en la regulación de formaciones monopólicas u oligopólicas, con lo cual crece la necesidad de introducir valores sociales y políticos en el derecho de la competencia ¿Por dónde debe comenzar el Perú?”

Introducción en el tema

A finales de la década de los ochenta e inicios de los noventa, el Perú vivió un proceso de estabilización y de reformas estructurales, que incluyó un cambio en la política económica y una preocupación sobre un tema olvidado: mejorar los niveles de competitividad de las empresas para permitir su desarrollo eficiente, dentro de un mercado globalizado y altamente competitivo. Era la transición entre una economía como la nuestra –en donde era común la escasez de productos, los subsidios estatales, las especulaciones en la comercialización de productos ante la inminencia de la subida de los precios, las largas colas, etc. hacia una apertura económica cuyo norte era el bienestar de los consumidores, para ofrecerles más opciones de bienes y servicios, a mejor calidad, mejores condiciones y mejores precios.

El jurista español Hermenegildo Baylos¹ afirma: *“para que pueda decirse que un mercado se desarrolla en un régimen de competencia, es necesario que se den en él, en mayor o menor medida, tres circunstancias que bien podríamos llamar sus elementos competitivos, a saber: la formación autónoma de precios, la libertad de elección de los consumidores y la imposibilidad de que las empresas concurrentes basen exclusivamente en decisiones propias su política industrial, comercial y de ventas”*. Dentro de este marco, fue necesario que en noviembre de 1992 se creara el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, para que actúe como un ente que garantice la salud del sistema económico

de manera que las reglas básicas de la competencia sean respetadas.

INDECOPI tiene bajo su ámbito de acción aspectos muy diversos aunque siempre unidos por el común denominador de la defensa del consumidor y la tutela del libre mercado. Uno de sus órganos funcionales es la Comisión de Libre Competencia, que cuenta con autonomía técnica y administrativa. Esta Comisión tiene como finalidad principal procurar la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva de tal manera que se logre el mayor beneficio para los usuarios y consumidores.

Pero esta finalidad no es un mero concepto: se persigue que sea una realidad concreta. Se busca que se den las condiciones que conduzcan a que el éxito empresarial esté en relación a la capacidad de las empresas de oír al consumidor y responder a sus demandas con eficiencia y competitividad. En el fondo la competitividad no es una decisión del gobierno, es un acto de fe del sector privado en el marco que dicho gobierno propone. Y la fe en el sistema es lo que persiguen las normas de libre competencia.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, se reafirmaron estos conceptos ya a nivel constitucional. El Artículo 61° dice: *“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y*

* Doctor en Derecho por la PUCP. Consultor, ex Vicepresidente de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI. Profesor de la Escuela de Graduados de la PUCP; de la Facultad de Derecho y Escuela de Postgrado USMP; y de la Facultad de Derecho y del Doctorado en Administración de Empresas de la UNMSM

¹ Baylos Corroza, Hermengildo. Tratado de Derecho Industrial, Madrid, Editorial Civitas, 1993.

el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)". En otras palabras, el Estado debe establecer las normas, condiciones y procedimientos en los que la libre competencia pueda desarrollarse de la mejor manera. Al mismo tiempo, ejerce vigilancia para que las reglas funcionen y para que los actores del mercado se conformen a ellas. Esto supone que pueda forzar a cumplir las normas y que sancione las transgresiones.

Uno de los principales problemas que tiene que superar la libre competencia es la existencia de posiciones dominantes o monopólicas. Aunque los economistas tienen una terminología mucho más desagregada, la Constitución habla en términos genéricos en esta materia. Así, las posiciones dominantes son aquellas que, sin tener el control absoluto de la oferta o demanda de un producto, copan una parte significativa del mercado. Las posiciones monopólicas son aquellas que controlan absolutamente la oferta o la demanda de un producto.

Una de las formas de distorsionar la libre competencia se da a través de la concentración de empresas, dentro de la cual tenemos el tema de las fusiones de empresas. El propósito de este ensayo es analizar si existe en nuestro país un adecuado marco legal que impida el establecimiento de monopolios u oligopolios mediante el acto societario de la fusión, si es necesario regularlo, qué entidad o entidades tendrían que participar en el control de las fusiones y si este control constituiría un excesivo intervencionismo del Estado en las reglas del mercado.

Antecedentes Normativos

Otro de los cambios estructurales que se originaron en la década de los 90' fue el de las privatizaciones de las empresas públicas. El Estado dejó de ser el gran administrador de las empresas de servicios públicos, convirtiéndose en un regulador activo y expectante de estas actividades que pasaron a ser manejadas por inversiones privadas, quedando atrás la ineficiencia, la burocracia y los intereses políticos.

Uno de los sectores que se enmarcó dentro de esta reforma fue la industria de energía eléctrica, tanto en lo que respecta a su estructura de propiedad como a su estructura de mercado al mismo tiempo que se redefinía el nuevo marco regulatorio del sector.

En 1992 se promulgó el Decreto Ley N° 25884, Ley de Concesiones Eléctricas. Esta ley trajo como innovación la separación de la actividad eléctrica en tres segmentos: la generación, la transmisión y la distribución, actividades que podían ser desarrolladas por la iniciativa privada.

Precisamente el Artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas establecía un antecedente importante en cuanto al

tema de la regulación de fusiones. Decía: "*Las actividades de generación, de transmisión perteneciente al Sistema Principal y de distribución de energía eléctrica no podrán efectuarse simultáneamente por un mismo titular, salvo en los casos previstos en la presente Ley*"².

Con la promulgación de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, se desarrolló ampliamente este tema. El Artículo 1° de esta ley establece: "*Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de previa autorización 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.*"

Esta Ley puso en vigencia importantes precisiones en el tema, como por ejemplo definir que actos se consideran "concentración", y es aquí que tenemos a 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 usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar. 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.

La Ley dispone que antes de realizar estos actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, sin cuya aprobación no podrá realizarse, ni tendrán efecto legal alguno. Por cierto la norma establece ciertas condiciones para hacer exigible esta autorización previa, como que las empresas posean un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal, o en su caso, igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados en los actos de concentración vertical.

Otro antecedente normativo importante, siempre en el sector eléctrico, es el Decreto Supremo N° 27-95-ITINCI del 19 de octubre de 1995, que regula la existencia de infracción a la norma del Artículo 3° del Decreto Legislativo 701 cuando, en un mismo Sistema Interconectado, una

2 Modificado por el Artículo 13° de la Ley 26876. "*Las actividades de generación y/o de transmisión pertenecientes al Sistema Principal y/o de distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de éste, salvo lo dispuesto en la presente Ley.*"

empresa titular de una concesión o autorización de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, cuya posición sea dominante en el mercado, o una o más personas que ejercen el control de dichas empresas realicen cualquiera de los siguientes actos:

- Adquieran el control sobre la totalidad o parte de otra empresa dedicada a dichas actividades del sector eléctrico.
- Se fusionan con otra empresa dedicada a las actividades de energía eléctrica, bajo cualquiera de las modalidades establecidas en el Artículo 354° de la L.G.S., o
- Se asocien con otra empresa dedicadas a esas actividades, bajo cualquiera de las modalidades establecidas en los Artículos 398° y 406° de la L.G.S.³

Esta norma también le delega a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI la tarea de velar por el cumplimiento de estas prohibiciones.

Finalmente, citamos el Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, que es el Reglamento de la Ley que establece el control de concentraciones empresariales en el sector eléctrico. Esta norma regula todo el procedimiento que tienen que seguir las empresas del sector eléctrico que pretenden adoptar la decisión de concentrarse y las sanciones a las que se sujetan en caso de incumplimiento.

Como vemos, el sector eléctrico ha tenido una amplia regulación en el tema, para evitar que el libre albedrío de las empresas al adoptar sus decisiones societarias perjudiquen o distorsionen al mercado y a la libre competencia. En mi opinión, estos antecedentes normativos deben sentar las bases para una necesaria regulación de las concentraciones de empresas, y en especial de las fusiones.

La Defensa de la Competencia como Instrumento de Acción del Estado

Partamos de una premisa: nuestro país no tiene un sistema de control de fusiones. Como ya hemos visto, salvo en la industria de la energía eléctrica, no existen normas que regulen de manera previa, los requisitos, autorizaciones y condiciones a las que se deben sujetar las empresas que adoptan la decisión societaria de fusionarse.

Por supuesto que una medida de esta naturaleza traería como consecuencia un eventual rechazo del sector empresarial, ya sea de manera colectiva a través de sus organizaciones tales como la CONFIEP, la Sociedad Nacional de Industria, las Cámaras de Comercio, etc. como de manera sectorial, tal es el caso de las avícolas, las mineras, textiles, pesqueras, agroindustriales, etc. Probablemente se hable en los medios de comunicación

(escrita, radial, televisiva) de un intervencionismo estatal excesivo, de restricciones a la libertad de contratación, de medidas populistas e inconstitucionales y otras tantas que sería difícil de enumerar. Es obvio que los empresarios velan por sus inversiones y sus intereses económicos, pero no nos olvidemos que es el consumidor el fin último, quizás el único, de toda economía social de mercado. Es al consumidor a quien debemos proteger ya que es la parte más débil del sistema, aplicando el aforismo jurídico: trato desigual para los desiguales.

“(...) el sector eléctrico ha tenido una amplia regulación en el tema, para evitar que el libre albedrío de las empresas al adoptar sus decisiones societarias perjudiquen o distorsionen al mercado y a la libre competencia.”

Muchas empresas basan sus metas y objetivos en ganar la mayor cantidad de utilidades en un menor tiempo. Aquellas que tienen una posición de dominio en el mercado ejercerán las presiones que sean necesarias para lograr la menor cantidad de pasivos, dentro de lo cual se encuentran los sobre costos laborales, los tributos, los trámites administrativos y judiciales, los costos de transacción, entre otros.

En vista de ello, considero que este tema debe ser visto no como una medida populista que se le ocurre a un burócrata en ciernes o a un político que quiere aumentar su aceptación en las encuestas, sino desde la luz de la experiencia vivida en los países europeos y en Norteamérica, en donde el tema del control de las fusiones ya tiene varias décadas de aplicación.

El autor español Luis Cases Pallares⁴, nos dice que la defensa de la competencia constituye actualmente, en la Comunidad Económica Europea, una forma de acción fundamental de la Administración en el mercado, para controlar, supervisar y dirigir los comportamientos de las empresas en el mercado para mantener un régimen de competencia adecuado.

La defensa de la competencia, el llamado derecho antitrust en EE.UU, es una forma de intervención del Estado en el mercado, diseñada para mantener una competencia adecuada. Por ello, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha indicado que el sistema del derecho antitrust se fundamenta en que: “*la interacción*

3 La norma se remitía al articulado de la anterior L.G.S., en donde el Art. 354 establecía las formas de fusión (por absorción o por constitución); el Art. 398° se refería a la asociación en participación y el Art. 406° a los contratos sin participación en pérdidas y sin aportes.

4 Casas Pallares, Luis. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia, Escola de Administració Pública de Catalunya, Madrid, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, 1995

no restringida de las fuerzas competitivas comportará una mejor asignación de nuestros recursos económicos, precios más bajos, mayor calidad y mayor progreso material...⁵.

Las leyes antitrust en los Estados Unidos se remontan a varios siglos de antigüedad. Ya la Constitución del Estado de Maryland de 1776 indicaba que: *“los monopolios son indeseables, contrarios al espíritu del libre gobierno y los principios del comercio y no deberían ser tolerados”*.

Sin embargo, la evolución del sistema económico norteamericano, especialmente a partir de la guerra civil, hizo necesaria una normativa dirigida concretamente a evitar las concentraciones de poder económico que causan perjuicios a los ciudadanos. La expansión del mercado y las trascendentales innovaciones tecnológicas permitieron incrementar las ganancias de las empresas, al mismo tiempo que creaban problemas derivados de una intensificación de la competencia entre ellas. Las empresas buscaron entonces medios de protección para reducir la competencia a través de varias fórmulas. Se produjo una aceleración de la concentración del poder económico, que reemplazó al anterior sistema descentralizado, en perjuicio de pequeñas empresas.

Estas nuevas grandes empresas, que concentran una parte importante del poder económico, no se percibían por el público en general como interesadas en la competencia, en la eficiencia o en la protección de los consumidores, sino en la acumulación de riqueza y poder. Las empresas que teóricamente debían competir entre ellas intentaban, mediante trust, acuerdos que permanecían secretos y monopolios, proteger su propio status económico a través del mantenimiento de precios y otros aspectos del entorno de la competencia.

Aparece entonces la demanda de una legislación cuyo objetivo sea la lucha contra estos acuerdos o situaciones de concentración de poder que sirven a unos, a su acumulación de riqueza y de mayor poder, en contra de los ciudadanos, especialmente a partir de 1880.

Posteriormente, esta preocupación originó la adopción en 1890 de una normativa federal contra las combinaciones para restringir la competencia en el mercado y contra las situaciones monopolísticas, la llamada Sherman Act. Como ha dicho Joaquín Garrigues⁶, esta legislación refleja *“una lucha paradójica contra la libertad, en favor de la libertad”*. Esta ley aparece muy vinculada a la creencia postulada por Thomas Jefferson de que los monopolios son incompatibles con la tradición democrática de los EE.UU.

Es preciso destacar la consideración que merece esta normativa por parte de la Corte Suprema americana: *“El Derecho antitrust en general, y la Sherman Act en*

concreto, son la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para la preservación de la libertad económica y para nuestro sistema de libre empresa como es la Bill Of Rights para la protección de nuestras libertades personales fundamentales”⁷.

Cabe señalar que para los americanos es importante disponer de mecanismos que eviten la concentración de poder económico, pues éste no debe residir en una persona o grupo de personas y para ello se estructuró la legislación antitrust federal, en concordancia con el sistema político de la Constitución federal americana, caracterizada por la difusión del poder mediante constantes equilibrios y contra-equilibrios expresados en los conocidos *check and balances*, como fórmula fundamental para la preservación de los derechos de los ciudadanos.

En este sentido en el debate sobre la ratificación de la Constitución Federal, Thomas Jefferson propuso que se incluyera en la *Bill of Rights* una prohibición de los monopolios legales y James Madison respondió a esta propuesta con unas consideraciones que expresan claramente como la concentración del poder económico, es claramente contraria al sistema político americano. Así, expresó: *“los monopolios son sacrificios de muchos para unos pocos. Donde el poder está en estos pocos, es natural para ellos sacrificar a muchos con sus propias parcialidades y corrupciones...”⁸*

La Sherman Act fue una respuesta no al deseo de la industria de obtener protección federal de las incertidumbres de la competencia, sino mas bien una respuesta al sentimiento popular de que las grandes organizaciones corporativas estaban ganando demasiado poder sobre la vida de los ciudadanos, por ello se sancionó dicha norma

El propio Senador Sherman, en las encendidas discusiones parlamentarias expresó: *“...que era necesario adoptar normas para controlar la concentración de poder como una forma de preservar los derechos ciudadanos que veían peligrar sus prerrogativas en manos de grandes concentraciones que pueden dominarlo y dirigirlo hacia sus propios intereses y es en este contexto donde encuentran razón de ser las disposiciones federales que impiden los acuerdos restrictivos y las demás situaciones monopolísticas de empresas que pretenden dominar el mercado y establecer prácticas desleales de comercio...”*

En el famoso discurso del senador Sherman se lee: “(...) Si los poderes de una combinación son encomendados a un solo hombre, esto es una prerrogativa real, inconsistente con nuestra forma de gobierno, y de deberían ser sujetos a la firme oposición del estado y de las autoridades nacionales... Si no toleramos a un rey como poder

5 Northern Pacific Railway Co. Vs United Status. 356 US 1,4 (1958), citado por Casas Pallares, Op. Cit. p.36

6 Garrigues, Joaquín. La Defensa de la Competencia Mercantil, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964

7 S. Weaver, Antitrust División of the Department of Justice. Citado por Casas Pallares, p. 44

8 Carta de James Madison a Thomas Jefferson, 17 de octubre de 1788, reeditada en The Founders Constitution, P. Kurland & R. Lerner, 1987, p.478, citado por W.H. Page, Interest Groups, Antitrust and State Regulation: Parker v. Brown in the Economy Theory of Legislation, Op cit p. 654. Tomado de Casas pallares Op Cit, p.41

político, no deberíamos tolerar a un rey de la producción, transporte y venta de los que necesitamos para vivir. Si no nos sometemos a un emperador, no nos deberíamos someter a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar los precios de cualquier bien o producto... Estas asociaciones ya desafían o controlan poderosas empresas de transporte y alcanzan a las autoridades estatales, nos alcanzan con sus garras hasta cualquier parte de nuestro país... El Congreso puede manejarlas, y si no tenemos la voluntad o somos incapaces, pronto habrá un monopolio para cada producto y un señor que fijará el precio de cada producto necesario para la vida..."⁹

La Corte Suprema americana ha establecido que la Sherman Act fue diseñada para ser un código comprensivo de la libertad económica como regla del comercio, con la finalidad de preservar la competencia libre y no obstaculizarla y servirá para la mejor utilización de los recursos económicos, para favorecer el progreso y para potenciar una situación conducente a la preservación de nuestras instituciones políticas, sociales y democráticas

Por otra parte, el sistema de defensa de la competencia en Europa, tiene sus peculiaridades. En efecto, el derecho comunitario de la competencia básico se encuentra recogido en los artículos 85 a 94 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En ellos se establecen normas aplicables a las empresas, normas relativas a las prácticas antidumping y normas acerca de las ayudas otorgadas por los Estados miembros.

El Derecho Antitrust de los Estados Unidos ha tenido una notable influencia en el derecho comunitario de la competencia, tan es así que la historia da cuenta que las reglas de la concurrencia introdujeron en Europa la filosofía antitrust americana y que los artículos 65 y 66 del tratado de la CECA habrían sido redactados por un estudio de abogados de Washington con sede en París¹⁰. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 se ha de inscribir en una oleada de legislaciones que son adoptadas en los Estados europeos después de la Segunda Guerra Mundial con el objetivo de proteger a la libre competencia en el mercado. Esta oleada refleja un estado de opinión que se debe, en parte, a los EE.UU. por su influencia en todos los órdenes sobre los países de la Europa occidental desde 1945. En ese momento se rechazan las políticas económicas dirigistas propias del período entre guerras y se contempla al proceso competitivo como el tipo preferido de conducta económica.

La influencia que tuvo EE.UU. en el proceso de reconstrucción de los Estados europeos tras la Segunda Guerra mundial se evidencia en la estructura de su derecho de

la competencia. Garrigues afirma, de forma ilustrativa, que *"he aquí que los principios americanos de la legislación antitrust penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania"*¹¹.

No obstante, en el año 2003 se dio cuenta en Europa de una investigación realizada por el Dr. Julio Pascual y Vicente, vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia de España en ese entonces; quien descubrió que antes de la Sherman Act de 1890, existieron en el Reino de Castilla y León, otras normas antitrust que prohibían y sancionaban las conductas colusorias anticompetitivas. Estas normas, que se remontan al siglo XIV y que estuvieron vigentes en España hasta mediados del siglo XIX, eran la *Suma de Tratos y Contratos* de Fray Tomas de Mercado, de 1571, y la *Guía de Alcaldes y Ayuntamientos* de Jorge Torres, de 1847. Este constituiría uno de los hitos más antiguos en la legislación de la materia¹².

La necesidad ineludible de reconstruir las naciones devastadas por la segunda guerra mundial en Europa, no podía seguir siendo afrontada con los esquemas legales anteriores, y con estilos económicos anticompetitivos, cartelizados y restrictivos de la competencia. Ello, sumado al impulso americano a través del famoso *Plan Marshall*, motivó que los Estados europeos dejen de lado su mentalidad de cartel e incorporen normas protectoras de la competencia en las legislaciones nacionales y las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

En efecto, en la totalidad de los Estados miembros de la Comunidad Europea se produce una coexistencia de normas protectoras de la competencia. Por un lado, el derecho comunitario. Por otro, el ordenamiento interno de los Estados miembros. Se trata de legislaciones que son entre sí autónomas en el sentido de que cada una tiene su propio campo de aplicación delimitado técnicamente a través de los elementos constitutivos de los distintos supuestos normativos previstos en los preceptos que protegen la libre competencia. El derecho comunitario se aplicará cuando, en concurrencia con otros aspectos, la conducta afecte al comercio entre los Estados miembros.

En el sistema europeo esta coexistencia es posible por cuanto la presencia de normas comunitarias no supone la erradicación de la facultad soberana (de los Estados miembros) para regular legalmente, en el marco específico de su jurisdicción territorial, el funcionamiento de la competencia económica en el mercado interno o nacional, ni la imperatividad y supremacía normativa del derecho europeo de la competencia conlleva un efecto derogatorio o en todo caso excluyente de las legislaciones nacionales en materia de competencia.

9 123 Cong. Rec. 2,457 (1890), citado por W.B. Comegys, Antitrust Compliance Manual. A Guide for Counsel Management and Public Officials, Op Cit 5-6. En Casa Pallares, Op Cit p.45

10 Del Mármol. La Protection contre les abus de puissance économique en Droit Belge. Loège, 1960, p.56, citado en A. Bouthelier, Ordenaciones Legales Antimonopolio, RPS Nums. 57-58 p.29. Tomado de Casa Pallares, Op. Cit p.58

11 Garrigues Joaquin. La Defensa de la Competencia Mercantil, Op Cit, p. 24

12 Véase la Separata de la Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, número 225, mayo-junio 2003, p.113-115

Actualmente, la política de competencia moderna, en casi todos los países que tienen legislación sobre la materia, se articula hoy a lo largo de tres ejes: represión, prevención y fomento. En efecto, la política represiva está referida al llamado control de conductas por el cual se sanciona las conductas anticompetitivas incompatibles con el mercado. La política preventiva, se instrumenta a través del llamado control de estructuras, es decir la facultad de los poderes públicos de examinar los proyectos de fusiones y adquisiciones de empresas. La política de fomento de la competencia, se propicia desde los poderes públicos, mediante la combinación de instrumentos de desregulación, liberalización y privatización, entre otras políticas de apertura de mercados y promoción de la competencia¹³.

Necesidad de Regular el Control de Fusiones en el Perú

Luego de haber realizado una reseña sobre las legislaciones antitrust norteamericana y en la Unión Europea, podemos darnos cuenta que existe la necesidad inmediata de regular el control de fusiones en el Perú.

Actualmente existen empresas con una marcada posición de dominio en el mercado que en un abrir y cerrar de ojos pasan de ser encarnizados competidores, a formar un solo poder económico como consecuencia de un proceso de fusión, formándose monopolios u oligopolios en el mejor de los casos.

Hemos sido testigos de innumerables procesos de fusión en donde por falta de una regulación adecuada que estudie el impacto que tendrá este acto societario, se termina, por un lado, distorsionando al mercado, y por el otro, perjudicando a centenares de familias con reducciones de personal y ceses colectivos. Finalmente, el mercado se sostiene por la oferta y la demanda, y ésta a su vez, se sostiene por el consumo, y para que exista consumo es indispensable que exista trabajo.

Considero que INDECOPI, con la experiencia que ha ganado a lo largo de este último decenio en el campo del sector eléctrico, se encuentra en la capacidad de proponer una regulación justa y eficaz para este tema. Obviamente se trata de proponer un proyecto coherente y razonable que no trastoque las reglas del mercado

Para ello, basta con mirar a los países más desarrollados y que han sido citados en el presente ensayo. Es indudable que este tema ha sido estudiado y debatido ampliamente a nivel continental en Europa y a lo largo de su consolidación económica en Norteamérica.

Como ya hemos expuesto en la parte introductoria, el tema del control de fusiones es debatible y como tal, va a tener serios opositores, sobre todo desde el lado de los empresarios e inclusive académicos conservadores. Por eso para su regulación, será necesario un estudio

netamente técnico (que lo puede realizar el propio INDECOPI) sobre los mecanismos que se pueden utilizar para elaborar un proyecto coherente y razonable, sin trámites engorrosos, ni onerosos, pero salvaguardando las condiciones esenciales con el que debe contar el mercado para su óptimo funcionamiento, sin distorsiones de ningún tipo.

“INDECOPI, con la experiencia que ha ganado a lo largo de este último decenio con el sector eléctrico, se encuentra en capacidad de proponer una regulación justa y eficaz (...)”

Eventuales Propuestas

Al existir ya una regulación sobre el control de las concentraciones (que incluye las fusiones) en el sector eléctrico, se deben seguir los principios y el procedimiento planteado para dicho sector para aplicarlos a la generalidad de las fusiones.

En primer lugar, es necesario que se modifique la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, en el título relativo a las Fusiones. El Art. 346° regula la aprobación del proyecto de Fusión y el Art. 347° regula el contenido del proyecto de Fusión. Es necesario que se establezca que el proyecto de fusión aprobado por el Directorio de cada una de las sociedades que participan en la fusión, deberá ser remitido a la Comisión de Libre Competencia, para su evaluación y aprobación. En cuanto al contenido del proyecto, se debe exigir que las empresas especifiquen el impacto laboral que tendrá la fusión sobre sus trabajadores, sea cual fuere la modalidad de contratación de éstos.

La Comisión de Libre Competencia deberá establecer determinados parámetros que la ayuden a determinar si ese proceso de fusión implicará una reducción de personal importante, la constitución o el reforzamiento de grupos económicos monopolísticos u oligopolísticos o la eliminación de la competencia que afecte el mercado y por ende a los consumidores, entre otros temas.

La Comisión de Libre Competencia tendría las opciones de:

- a) Denegar de plano el proyecto de fusión.
- b) Denegar el proyecto de fusión estableciendo ciertas condiciones y requisitos que deberán ser cumplidos por las empresas interesadas.
- c) Autorizar el proyecto de fusión.

13 Pascual y Vicente, Julio. La Nueva Política Comunitaria Europea de Control de Conductas y su repercusión en España. Separata de Anuario de la Competencia, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003

Si las empresas no están de acuerdo con la decisión de la Comisión de Libre Competencia, podrán apelar ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, quien podrá confirmar o revocar la decisión de la Comisión. Con la resolución del Tribunal, se agota la vía administrativa y se encuentra expedito el derecho de las empresas interesadas de interponer una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial. Para evitar trámites engorrosos y demoras que impliquen un sobre costo en las decisiones societarias, se debe procurar que el trámite administrativo ante INDECOPI, hasta agotar la vía administrativa, no demore más de cuatro meses.

Este procedimiento debe estar acompañado de un sistema sancionador que puede incidir por una lado, sobre un porcentaje del volumen de negocio de las empresas participantes, o por el contrario, mediante un margen determinado de Unidades Impositivas Tributarias. Las sanciones se aplicarán contra los que no acaten la resolución firme que deniega el proyecto de fusión o contra las empresas que omiten la notificación del proyecto a la Comisión de Libre Competencia. Como dije anteriormente, existe ya una regulación muy bien trabajada en la Ley N° 26876 y en el Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, que podría ser tomada como referencia para la regulación de este tema.

El Registro de Personas Jurídicas de las Oficinas Registrales, deberán exigir como requisito para la inscripción de la escritura de fusión, la copia autenticada de la Resolución de la Comisión de Libre Competencia, o del Tribunal en su caso, que autorice el proyecto de fusión.

Asimismo, se debe tener en consideración que existen pequeñas y medianas empresas cuya fusión obviamente no implica ningún riesgo de monopolización o abuso de posición de dominio que afecte el mercado. Por ello se debe establecer volúmenes de venta anuales o criterios de posicionamiento en el mercado, que determinen cuales serían los umbrales para efectos de someterse a una eventual legislación de control de fusiones, lo que permitirá establecer con criterio cuales serían las empresas obligadas a presentar sus proyectos de fusión.

Cabe señalar que el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, propuesto por el INDECOPI en el año 2005, para su debate y aprobación contempla disposiciones muy precisas sobre este tema¹⁴.

Entre las disposiciones que incluye el proyecto de ley en mención, es preciso destacar las siguientes propuestas:

El proyecto de Ley acoge el estándar norteamericano conocido como “substantial lessening of competition” para el control de las concentraciones económicas, en línea con el reciente ajuste del Derecho comunitario europeo hacia dicho estándar.

- El referido estándar señala que la autoridad autorizará aquellas operaciones de concentración que no reduzcan substancialmente la competencia efectiva en el mercado
- Los criterios utilizados para que una operación de concentración económica quede sujeta a la notificación obligatoria ante la autoridad de competencia son:
 - a. La adquisición de una cuota de mercado igual o superior al 25% siempre que el volumen de ventas global en el Perú del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de cien mil UIT.
 - b. Que los partícipes reúnan una cuota de mercado igual o superior al 70%, sin importar sus ingresos
- La “Teoría de los Efectos” nuevamente es recogida por la Ley, a fin de controlar aquellas operaciones de concentración que, no obstante realizarse en el extranjero, involucren de alguna manera a empresas que desarrollan actividades económicas en el Perú.
- Esta disposición asegura la efectividad de los mecanismos de control previstos en la Ley.

La reforma que propuso en su momento el INDECOPI estaba inspirada principalmente en la reciente reforma integral del ordenamiento comunitario europeo, especialmente en los reglamentos (ce) 1/2003 y 139/2004, referidos al control de conductas y de estructuras, respectivamente. La reforma ha tomado en cuenta la ley 25.156 (Argentina, 1999) del control de estructuras, del cual carecía su antecedente de 1980 y también se han tomado en cuenta las legislaciones nacionales europeas, en particular, las de España y Alemania.

Concluyo diciendo que el desarrollo del mercado interior y su integración en los procesos de negociación multilateral, provocaran importantes reestructuraciones de las empresas, particularmente a través de operaciones de concentración económica entre las cuales la fusión

¹⁴ Véase Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, propuesto por el INDECOPI dentro del marco de Los avances de la reforma legislativa del ordenamiento nacional en materia de Defensa de la Competencia (www.indecopi.gob.pe)

“Artículo 36.- Concentraciones sometidas a la Ley.-

Quedan sujetas a las disposiciones de la Ley las operaciones de concentración de empresas, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se dé una de las siguientes condiciones:

- a) Que como consecuencia de la operación se adquiera o se incremente una cuota de mercado igual o superior al veinticinco por ciento (25%), siempre que el volumen de ventas global en el Perú del conjunto de los partícipes en la operación supere en el último ejercicio contable la cantidad de 100 000 UIT –cien mil Unidades Impositivas Tributarias–.
- b) Que la participación de mercado, individual o conjunta, de las empresas participantes en la operación sea igual o superior al setenta por ciento (70%) en cualquiera de los mercados relevantes en el Perú, con independencia de los ingresos totales de dichas empresas.

A efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerarán los ingresos totales y la participación del mercado del grupo económico involucrado en la operación.”

es una de las más comunes, por ello es necesario valorar estos procesos en principio de forma positiva en la medida que responden a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad y mejorar las posibilidades de crecimiento interno. No obstante debemos cuidar que las concentraciones económicas no causen un perjuicio duradero a la competencia, de manera que la nueva legislación sobre la materia debe ser el instrumento jurídico específico que garantice el control efectivo sobre las prácticas que afecten la estructura de la competencia en el país. Por lo tanto la legislación de la materia debe contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan eventualmente obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado peruano o en una parte sustancial de éste.

El funcionamiento competitivo de los mercados requiere una adecuada legislación de competencia para que haya eficiencia económica, sin restricciones de ningún tipo, debemos aceptar que el *laissez faire* no es actualmente una receta suficiente y válida en el contexto económico actual y hoy es necesario una mayor vigilancia de los poderes públicos con el fin de que las fuerzas del mercado se desarrollen eficientemente y para que encuentren espacios suficientes para crecer en condiciones de

igualdad y de auténticas condiciones de competencia efectiva, con un cuadro normativo, adecuado y propio del mercado en que operan los agentes económicos.

Es falso que el mercado se cuida a sí mismo como expresan algunos autores. O que el Estado se ocupa del mercado, cuidando que exista y de que se perpetúe o las propias fuerzas del mercado acabarán pronto con él¹⁵. Por consiguiente, el mundo de hoy y en especial el mercado actual lleno de presiones crecientes y extendidas reclama la inclusión de valores sociales y políticos en el Derecho de la Competencia, aceptando que la eficiencia es uno de los objetivos de este Derecho, pero no el único, y en este contexto el asunto no es mantener un enfrentamiento entre la eficiencia económica y otros valores sociales, sino que por el contrario, la cuestión es establecer un adecuado equilibrio para establecer una política de competencia coherente y eficaz, que promueva el desarrollo, la competitividad, respetando los derechos de los consumidores.

El tema es por demás polémico y que requerirá necesariamente de voluntad política para regularlo. Pero vale la pena intentarlo por un mercado libre de obstáculos, distorsiones y limitaciones, y sobre todo, por el bienestar del soberano del mercado: el consumidor 