

¿REZANDO ENTRE TINIEBLAS?: EL CREDO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES* **

Eduardo Quintana Sánchez

Es requisito para la eficacia del mercado como mecanismo de asignación de recursos la existencia de competencia. Por ello, se le trata de garantizar a través de normas que sancionan los comportamientos que la restringen o crean barreras a la entrada de nuevos competidores al mercado.

Una de las formas como los agentes económicos falsean la competencia es mediante acuerdos horizontales. Dichos acuerdos permiten dar la apariencia de competencia cuando en realidad, si bien hay varios productores, existe detrás una concertación que la impide. Ejemplos de acuerdos horizontales son el reparto del mercado, y la coordinación de precios, entre otros.

En el presente artículo se hace un análisis de las ventajas y desventajas de imponer un control de fusiones, ya que a través de éstas se unen dos empresas que se encuentran en la misma fase de producción -que antes competían- y, por tanto, se reducen el número de competidores en el mercado.

En 1991 el consorcio italo-francés Aviones de Transporte Regional (ATR) conformado por *Alenia-Aeritalia e Selenia SpA* y *Aérospatiale SIN* - empresas dedicadas a la fabricación de aviones, satélites y otros - decidió adquirir los activos de la división *De Havilland* a la *Boeing Company* - su filial canadiense destinada a la fabricación de turbohélices de transporte regional -. Dicha decisión fue notificada a la Comisión de la Comunidad Europea (CE) a fin de solicitar su autorización, tal como lo disponen las normas correspondientes.

Luego de analizar el mercado afectado, la Comisión de la CE determinó que *De Havilland* era el competidor más importante de ATR y que, luego de la adquisición, esta asociación tendría la mitad del mercado mundial de transporte regional y más de dos veces y media la participación de su competidor más cercano. En efecto, la cuota de ATR pasaría del 30% a un 50% aproximadamente y su rival más directo - Saab - sólo tendría alrededor del 19% del mercado. La mayor participación de ATR le permitiría competir por precios de forma más flexible, su estrategia de ventas se realizaría concertadamente y podría ofrecer toda una gama de modelos a sus clientes. Adicionalmente, el establecimiento de una estructura común para la comercialización y mantenimiento de equipos supondría un ahorro de costos significativo para ATR.

No obstante haber tenido en consideración los elementos antes señalados, que mostraban claros efectos de eficiencia y mejor servicio al cliente, la Comi-

* A Tati, por tantas cosas.

** Agradezco los comentarios de Santiago Dávila al presente trabajo. Las opiniones vertidas en el mismo son de entera responsabilidad personal del autor.

sión de la CE decidió impedir la adquisición debido a que generaría una posición dominante de carácter permanente en el mercado, lo que supondría un obstáculo significativo para la competencia efectiva.¹ Este caso no es más que una muestra de los defectos que puede tener el denominado control de concentraciones empresariales, y de los errores en que pueden incurrir quienes son investidos de la facultad para evaluarlas y, de ser el caso, impedir las.

Al respecto, se conoce que las normas de libre competencia buscan utilizar al mercado como mecanismo de asignación de recursos dirigido a producir el bienestar del consumidor; por ello sancionan los comportamientos que tienden a restringir la competencia. Entre estos comportamientos prohibidos se encuentra el denominado abuso de posición de dominio - la empresa con poder de mercado que aprovecha su posición preponderante para causar perjuicios a sus competidores u otros agentes del mercado -. Bajo tal supuesto, se asume que las normas de libre competencia no sancionan la posición de dominio sino solamente el abuso de la misma. En el caso peruano así lo reconocen la Constitución de 1993 y el Decreto Legislativo 701.

Sin embargo, la gran mayoría de países, incluso en Latinoamérica, han dictado normas que aparentemente están destinadas a impedir que se creen o fortalezcan empresas con posición de dominio en el mercado, a pesar que ello no es considerado ilegal dentro del marco general de libre competencia. De inmediato surgen las siguientes interrogantes: ¿cuál es la utilidad de asumir como un "credo" el control de concentraciones empresariales?; ¿es tan importante el nivel de concentración que una fusión produce, en términos del número de empresas que quedan en el mercado y de su cuota de participación en el mismo, como para ser el fundamento para impedirla?; ¿es que el control de concentraciones no toma en cuenta la inversión realizada por las empresas para determinar la viabilidad de una concentración empresarial?; ¿no tiene importancia el hecho de que las fusiones generen ahorros en costos que pueden ser trasladados al consumidor final?

La pregunta en general podría ser la siguiente: ¿por qué el Estado se cree en capacidad para decidir si una fusión o la toma de control de una firma por otra puede dañar la competencia, otorgándose la potestad de impedirla? Si la respuesta fuera afirmativa, la aplicación del sistema de control de concentraciones podría condenar a las empresas a crecer internamente como única alternativa para lograr mayor eficiencia en el mercado y ser más competitivas. En efecto, si las empresas encuentran que la unión con empresas competidoras o de otras actividades - camino corto para el crecimiento - se prohíbe por incrementar su cuota de mercado y reducir así el número de agentes que intervienen en él, sus posibilidades podrían quedar limitadas al crecimiento interno, a pesar que ello resulte más costoso que, por ejemplo, un proceso de fusión.

En el Perú se ha escrito muy poco sobre el tema², a pesar de que se trata de un aspecto crucial en materia de legislación comercial y de libre competencia. Adicionalmente, cabe agregar que desde noviembre de 1997 existe un régimen de control de concentraciones en el sector eléctrico peruano, por lo que resulta un tema bastante actual. En este trabajo se intenta dar una visión general sobre la materia, indicando los defectos de aplicación que han encontrado los especialistas y ofreciendo una visión crítica sobre la expectativa que, en nuestra opinión, se ha generado sobre un sistema basado en supuestos cuestionables.

I. DE LOS ORÍGENES E IMPLICANCIAS DEL CREDO

El origen del control de concentraciones empresariales se encuentra en las normas del Derecho de la Competencia. Esta rama jurídica inicialmente se limitaba a regular la conducta de las empresas - prácticas concertadas y abuso de posición de dominio -; sin embargo, situaciones coyunturales e ideologías de la época ampliaron su ámbito a la regulación de la estructura del mercado - control de fusiones y adquisiciones de empresas -.

La regulación de conductas sanciona las prácticas concertadas entre empresas, es decir, la coordina-

¹ Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1991, Asunto No. IV/M.053-*Aérospatiale-Alenia/De Havilland*. Diario Oficial de la Comunidad Europea DOL No. 334/42-61 (02.12.91).

² Al respecto pueden consultarse: BOZA, Beatriz. "¿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, Lima: Didi Arteta S.A., 1998, p. 157-160. CARRANO, Italo. "La ley antimonopolios y antioligopolios del sector eléctrico: ¿deben controlarse las fusiones y adquisiciones en el mercado de la electricidad?" En: Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 4. México, 1998, p. 40-51. QUIROGA, M. y RODRÍGUEZ, M. "La Concentración de Empresas y la Libre Competencia. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1997. REBAZA, Alberto, "El Control de adquisiciones y fusiones en la nueva ley antimonopolio del sector eléctrico: Una raya más al tigre del intervencionismo". En: *Thémis Revista de Derecho*. Segunda Época No. 36 Lima, 1998, p. 91-101. TÁVARA, José. "Las Políticas Antimonopolio y la Promoción de la Competencia en el Perú". Lima: CISEPA-PUCP, 1997, documento de trabajo No. 138.

ción de su comportamiento para actuar como un monopolio, evitando los riesgos de la competencia (acuerdos o concertaciones de precios, repartos de mercado, coordinación en las propuestas ofrecidas en procesos de adquisición pública, etc.). Por otro lado, prohíbe el abuso de posición de dominio relativo a las empresas más grandes o líderes en el mercado que pueden actuar independientemente de sus competidores, clientes o proveedores, fijando precios u otras condiciones de intercambio y abusando de dicha situación, con lo que provocan perjuicios en el mercado (ya sea contra sus competidores o sus proveedores, clientes, distribuidores e incluso consumidores).

La regulación de estructuras, por su parte, cuida que la conformación del mercado permita el desarrollo de la actividad empresarial en libre competencia. A través de ella se intenta evitar que las empresas lleguen a tener un poder irrestricto frente a los demás agentes que participan en el mercado, y que por ende carezcan de incentivos para ser eficientes y generar bienestar, ya sea porque se encuentran seguras de las mínimas posibilidades de ingreso de nuevos competidores - existencia de barreras de acceso al mercado³ - o porque tienen como política adquirir o tomar el control de los competidores existentes o potenciales. Entre los mecanismos adoptados para conseguir dicho objetivo se encuentra el establecimiento de leyes de control de concentraciones empresariales, en virtud de las cuales se obliga a solicitar una autorización administrativa a las empresas que desean, por ejemplo, realizar una fusión o adquirir otra firma.⁴

El origen del control de concentraciones empresariales se encuentra en el temor a la concentración de los mercados, tanto en términos del número de empresas participantes como de su cuota de participación, porque se presumía que la reducción de

empresas ocasionada por las concentraciones empresariales generaba monopolios u oligopolios dañinos para la competencia. La justificación fue que no existía ninguna razón para prohibir la concertación entre empresas para limitar la competencia y a su vez permitir que a través de fusiones o adquisiciones las empresas lograran el mismo resultado.⁵

Las concentraciones de empresas pueden ser de tres tipos. En primer lugar, las integraciones horizontales, realizadas entre empresas que realizan la misma actividad o se encuentran situadas en una misma fase de la producción, es decir, entre competidoras que actúan en el mismo mercado - por ejemplo la fusión por absorción realizada entre AFP Nueva Vida y AFP Providencia -. Por otro lado, las integraciones verticales, que involucran a empresas que pertenecen a un mismo sector de actividades pero que se ubican en fases diferentes de la producción, es decir, entre productores y proveedores o distribuidores - tales el caso de la Cervecería Backus & Johnston y su proveedora Maltería Lima -. Finalmente, las integraciones de conglomerado, realizadas entre empresas que participan en diferentes mercados y cuyas actividades no son afines - por ejemplo Alicorp, que surgió de la fusión entre el Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico y Nicolini Hermanos -.

Los tres tipos de concentraciones mencionadas pueden generar desventajas para la competencia, pero también beneficios en la asignación de recursos (que los precios del mercado sean iguales al costo marginal de producción o tiendan a ello) y eficiencia en la producción (depuración de las empresas a través de la competencia de modo que queden las que producen a los menores costos).⁶ En cuanto a la integración horizontal, se pueden encontrar las siguientes eficiencias: el mayor tamaño de la empresa

³ Las barreras de acceso o entrada al mercado son factores que impiden o disuaden a las empresas de ingresar a una industria. Pueden ser estructurales, es decir, relacionadas a los costos hundidos o irrecuperables involucrados, la tecnología requerida y el tamaño o características de la demanda; o estratégicas, es decir, derivadas de la conducta de las empresas ya existentes que pueden amenazar con prácticas predatorias en contra de los competidores. La regulación estatal excesiva también puede constituirse en una barrera de acceso. KHEMANI, R.S. y SHAPIRO, D.M. "Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia" Banco Mundial: OECD, 1996. p. 3-4.

⁴ El término concentración empresarial tiene una connotación amplia; se refiere a todo acuerdo, acto o contrato por el cual una empresa adquiere control sobre otra, incluyendo las fusiones, la formación de empresas en común, la adquisición de empresas, acciones o activos, los contratos de cesión de derechos de voto de accionistas, los contratos de financiamiento entre empresas, e inclusive hechos concretos como convertirse en proveedor obligatorio de un determinado productor. Se debe considerar como requisito que el cambio de control tenga carácter de permanencia en el tiempo.

⁵ AROZEMENA, María J. "Las Concentraciones de Empresas en la Comunidad Europea" Madrid: Editorial Civitas S.A., 1993. p. 43-44. HOVENKAMP, Herbert. "Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice" St. Paul, Minn, West Publishing Co.: 1994. p. 442-444.

⁶ Ver HOVENKAMP, Herbert. "Antitrust" St. Paul Minn., West Publishing Co: 1986. p. 128-134, 206-208 y 233-241.

puede reducir el costo por unidad producida (economías de escala); el manejo de varias plantas puede ser más barato que operar una sola -por ejemplo, en la compra de insumos-; la mayor capacidad de producción puede permitir a la empresa contratar con distribuidores más grandes que requieren un suministro seguro en las cantidades requeridas⁷.

Entre las ventajas de la integración vertical se pueden mencionar: la reducción de costos de producción derivada de la reunión de actividades de una misma rama de producción - por ejemplo, el suministro de insumos para elaborar productos lácteos -; la reducción de los costos de transacción involucrados en la negociación de condiciones contractuales con proveedores y en la inseguridad de no lograr el suministro; la reducción de costos de distribución vinculados a la identificación de los clientes, control de los puntos de venta y fijación de los precios al consumidor final.⁸

Respecto de los beneficios de la integración de conglomerado cabe señalar: el ahorro en la utilización de tecnologías similares en el proceso productivo de bienes diferentes - betún para zapatos y cera para pisos -; la reducción de costos en la distribución y mercadeo de bienes complementarios - máquinas

de escribir y cintas -; la utilización del prestigio o del buen manejo directivo de una empresa en beneficio de la otra que se integra; el traslado de fondos de una actividad con alto rendimiento a otra con recuperación de inversiones muy lenta; etc.⁹

En cuanto a las legislaciones, dependiendo de cada país se establece la obligación de notificar las concentraciones empresariales ya sea previamente a su realización, paralizando sus efectos -como sucede en Canadá, la Comunidad Europea, Estados Unidos, México o Perú -¹⁰, o indistintamente, antes o después de ser efectuadas, dependiendo de la voluntad de las empresas participantes -tal es el caso de Brasil, España, Estados Unidos en la década del 70 ó Venezuela -¹¹

De hecho, la notificación previa resulta ser mucho más efectiva, ya que reduce los problemas de cumplimiento de las decisiones cuando no se autoriza la operación. Ello no sólo por la resistencia de la autoridad para ordenar la desconcentración una vez que la misma ya se ha efectuado, sino también por las dificultades legales para anular o deshacer todos los actos o contratos ya celebrados, como la desinversión por ejemplo.¹²

⁷ Entre sus eventuales desventajas se reconoce que reduce el número de empresas y que, además puede otorgar a una empresa posición de dominio e incrementar así la posibilidad de que el menor número de empresas existente coordine su comportamiento para evitar la competencia.

⁸ Las posibles desventajas de la integración vertical serían: la discriminación de precios entre clientes que puede aplicar la empresa integrada dependiendo de la importancia que tienen sus productos para ellos, aunque esta es una práctica sancionable ya por la reglas de abuso de posición de dominio; la generación de barreras de acceso al mercado para competidores potenciales, puesto que toda nueva empresa deberá crear sus propias fuentes de aprovisionamiento de insumos o buscar fuentes alternativas a la empresa integrada que no estará interesada en venderles o lo hará a un precio elevado, aunque esto sólo es un problema si entrar en ambos niveles implica un alto costo. Es pertinente resaltar que la mayoría de estas supuestas desventajas no son más que el producto de la mayor eficiencia que se consigue a través de las concentraciones de empresas, por lo que no deben tacharse a priori como dañinas, menos aún si el mercado no presenta muchos obstáculos para el ingreso de competidores potenciales.

⁹ En la actualidad, el único inconveniente razonable que se encuentra a la integración de un conglomerado es su posibilidad de reducir la competencia en un mercado al evitar que empresas que participan en otra actividad económica ingresen a dicho mercado como nuevos agentes - "competencia potencial actual" - o que firmas que realizan actividades relacionadas (dentro de la industria de los productos de limpieza del hogar, por ejemplo) percibidos como posibles competidores en el mercado de un producto específico, en vez de producirlo independientemente decidan integrarse a una empresa ya existente en dicho mercado - "competencia percibida como potencial" -. En tales casos, la evaluación de las circunstancias es imprescindible para determinar si las integraciones de conglomerado pueden ser un problema, teniendo en cuenta, por ejemplo, si el nuevo mercado ya está bastante concentrado, si tienen barreras de acceso u otros elementos similares.

¹⁰ Ver para Canadá, TRAVERSY, Val. "Evolución de la investigación de fusiones según la legislación canadiense" En: Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina. Lima: Didi Arteta S.A., 1998. p. 147-150; para la Comunidad Europea, Reglamento (CEE) Núm. 4046/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas; para Estados Unidos, la Sección 7 de la *Clayton Act* (1914), así como la *Celler-Kefauver Antimerger Act* (1950), la *Hart/Scott/Rodino Improvements Act* (1976) y la *Federal Trade Comisión Improvements Act* (1980); para México, la Ley Federal de Competencia Económica de 1992; y, para el Perú, la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Oligopolio del Sector Eléctrico de noviembre de 1997.

¹¹ Ver para Brasil, OLIVEIRA, Gesner. "Algunas consideraciones sobre las políticas de fusiones en economías en transición: el caso de Brasil" En: Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina. Lima: Didi Arteta S.A., 1998. p. 165-168; para España, la Ley 16/1989, Ley de Defensa de la Competencia; para Estados Unidos, LANDE, Robert. "La teoría de la política de fusiones". En: Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina. Lima: Didi Arteta S.A., 1998. p. 141-145; para Venezuela, el Decreto 1311 de 1996, Reglamento 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

¹² LANDE, Robert. Op. Cit. p. 141, y SORIANO GARCÍA, J. "Derecho Público de la Competencia". Madrid: IDELCO-Marcial Pons, 1998. p. 581-603.

Por regla general, las concentraciones empresariales quedan sujetas a la notificación si superan una determinada cantidad de dinero establecida legalmente. Los procedimientos de cada país disponen plazos cortos para que la entidad encargada de autorizar la operación se pronuncie, ya sea permitiéndola o solicitando mayor información por la complejidad de la materia, dejando en tal caso suspendida la decisión por un plazo adicional. Se encuentran varios casos en los que se otorga el beneficio del silencio administrativo positivo, de forma que si no hay un pronunciamiento de la autoridad en el plazo previsto la operación se entiende autorizada.

II. DEL CAMINO DE LOS PRIMEROS FIELES

2.1. Control de Concentraciones en Estados Unidos

El primer síntoma de preocupación por el tema de la concentraciones empresariales surge en los Estados Unidos, donde algunos casos de fusiones entre competidores fueron evaluados según la ley general sobre prácticas restrictivas de la competencia -la *Sherman Act* de 1890-; recién en el presente siglo se dictó la *Clayton Act* de 1914, cuya sección séptima prohibía la integración horizontal de empresas ya sea por adquisición de toda la empresa o de parte de sus acciones. Posteriormente, en 1950 la *Celler-Kefauver Antimerger Act* modificó la sección séptima antes mencionada dejando claramente establecido que el control de operaciones de concentración se extendía también a las integraciones verticales y a la adquisición de activos de empresas; luego se dieron dos modificaciones más en 1976 y en 1980, incluyendo las operaciones que no ocurrían dentro del mercado norteamericano pero que podían afectarlo y aquellas que involucraban no sólo a corporaciones sino también a personas.¹³

Gran parte de los casos resueltos en Estados Unidos demostraron que se privilegiaba la protección de los competidores en vez de la defensa de la competencia. Dos decisiones de la Corte Suprema norteamericana son citadas reiteradamente como ejemplos, puesto que prohibieron fusiones o adquisiciones solamente por el hecho de reducir el número de competidores e incrementar la concentración del mercado.

La primera de ellas fue la decisión *Brown Shoe Co., Inc. v. United States* (1962) que impidió que dicha compañía, que tenía el 4% de la manufactura de calzado a nivel nacional, adquiriera la empresa *Kinney Shoe Company* con el 0.5% de la producción nacional, no tanto por la capacidad productiva de cada una sino porque en 32 ciudades la participación conjunta de ambas empresas en las ventas era mayor al 20% y, en tal sentido, la Corte presumió que su unión podía generar una clara restricción de la competencia que disminuiría la rivalidad de empresas en dicho mercado.¹⁴

La otra decisión fue *United States v. Von's Grocery Co.* (1966). En este caso la fusión involucraba a la tercera y sexta cadena de almacenes de abarrotes en el área de Los Angeles, que juntas llegaban a tener una participación del 7.5% del mercado, es decir, quedaban en segundo lugar después de *Safeway*, que era la cadena más grande con 8%. Sin embargo, tomando en cuenta que entre 1948-1958 la participación de mercado de las cadenas más grandes de Los Angeles había crecido del 44% al 57%, mientras que el número de firmas independientes se había reducido en un 30%, la Corte consideró que permitir dicha fusión era un peligro¹⁵ en un mercado con tendencia a la concentración.

La mayor crítica se centró en que tanto una fusión como el crecimiento interno de una empresa provocan el incremento de su tamaño en el mercado y, sin embargo, el tratamiento legal de la primera es mucho más riguroso, sin que exista otra justificación que la mayor concentración del mercado creada por las fusiones. En tal sentido, la Corte Suprema no sólo entendía que las eficiencias creadas por las operaciones de concentración no tenían que ver con su legalidad, sino que incluso llegaba a considerarlas barreras de acceso para nuevos competidores. Es decir, se consideraba más importante proteger a las pequeñas empresas que al consumidor que podía beneficiarse con las eficiencias generadas por la integración.

La salida que se planteó fue preguntarse cuál podía ser el propósito de una fusión entre empresas con pequeñas participaciones de mercado (10% en conjunto, por ejemplo) sino la reducción de costos para ser más eficientes y competir con las demás firmas (el otro 90%). En tal sentido, se sostuvo que incluso

¹³ HOVENKAMP, Herbert. "Antitrust" St. Paul Minn.: West Publishing Co, 1986. p. 205.

¹⁴ MORGAN, Thomas. "Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins" St. Paul Minn.: West Publishing Co., 1994. p. 443-457.

¹⁵ Ibid. p. 474-475; y, SMILEY, Robert. "Merger activity and antitrust policy in the United States". En: *Mergers, Market and Public Policy*, G. Mussati, Ed. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1995. p. 66.

en mercados oligopólicos, con sólo dos empresas por ejemplo, podía presentarse una fuerte competencia y, por tanto, la evaluación de la concentración del mercado era intrascendente, en la medida que el objetivo de toda norma protectora de la libre competencia era el bienestar del consumidor y no la protección de las empresas.¹⁶

En 1968 el Departamento de Justicia de Estados Unidos emitió unos lineamientos para analizar las concentraciones empresariales, contemplando la utilización de data que permitiera medir la concentración del mercado antes y después de la operación, evitándose de esa forma las deficiencias de medir el nivel de competencia en el mercado sobre la base de la participación porcentual de las empresas. El método de medición fue el ratio de concentración de cuatro firmas: CR4.¹⁷ Posteriormente, en 1982 se emitieron otros lineamientos reemplazando a los de 1968, en los cuales se utilizaba un método para medir el grado de concentración denominado Índice de Hirschman-Herfindahl (HHI),¹⁸ con la ventaja de que éste consideraba la participación de todas las empresas y permitía determinar mejor el impacto de la operación sobre la concentración del mercado.¹⁹

Dos años más tarde se modificaron los lineamientos de 1982, estableciéndose los términos en que deben evaluarse las operaciones notificadas. Según los lineamientos de 1984, el punto de partida es la definición del mercado relevante desde el punto de vista del producto y del ámbito geográfico; luego se establecen los márgenes de concentración según el HHI. Sin embargo, la concentración generada no se considera como el único criterio de evaluación, sino que se da mayor importancia al análisis de las condiciones de ingreso de nuevas firmas al mercado y se preve que aún si la operación generaba un alto

grado de concentración y el ingreso al mercado no era tan sencillo, debía autorizarse si existían pruebas de que se generaban eficiencias.²⁰

Finalmente, en 1992 se elaboraron los lineamientos que inspiran el actual sistema de control de concentraciones empresariales en Estados Unidos. Los aspectos más importantes de dicho documento son, por un lado, el reconocimiento de que el mayor daño a la competencia que pueden generar las integraciones horizontales es el de facilitar la concertación entre competidores - único peligro que había encontrado Bork ya en la década del 70 - y, por otro, la mayor revalorización que se da al análisis de factores diferentes a los índices de concentración, tales como las barreras de entrada al mercado y la capacidad de respuesta de la oferta ante la concentración.²¹

2.2. Control de Concentraciones en la Comunidad Europea

Por su parte, el primer antecedente de control de concentraciones en la CE fue el artículo 66 del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) de 1951. Posteriormente, se intentó un control general para todos los sectores económicos ampliando el campo de aplicación de los dispositivos que prohibían las prácticas concertadas y el abuso de posiciones dominantes - artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea (Tratado de Roma de 1957) -.

Sin embargo, la poca efectividad de dicho intento se hizo evidente en las decisiones adoptadas por la Comisión de la CE, según las cuales sólo se controlaban aquellos casos en que una empresa con posición dominante adquiriría a un competidor.²² Final-

¹⁶ BORK, Robert. *"The Antitrust Paradox, a Policy at War with Itself"* New York: The Free Press, 1993. p. 198-216.

¹⁷ El CR4 consistía en la suma de los porcentajes de participación en el mercado de las cuatro empresas más grandes. Si el mercado tenía 6 empresas con los siguientes porcentajes: 25%, 20%, 20%, 15%, 10% y 10%, el CR4 sería de 80 (25+20+20+15). Si el CR4 excedía de 75 u 80 la operación de concentración debía ser analizada con cuidado; por el contrario, si era menor a 40 no existía mayor problema.

¹⁸ El HHI consiste en la suma de los cuadrados de los porcentajes de mercado de cada firma. Si el mercado consta de cuatro firmas con los siguientes porcentajes: 30%, 25%, 25% y 20%; el HHI sería de 2250 (900+625+625+400). Si el HHI era mayor a 1800 lo más probable era que se objetara la operación; si se encontraba entre 1000 y 1800 no había mucha probabilidad de que se prohibiera; y si era inferior a 1000 la autorización era casi automática.

¹⁹ HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit. p. 212-217. SMILEY, Robert. Op. Cit. p. 74-75.

²⁰ Resulta conveniente precisar que ya en la década de 1970, Robert Bork había señalado el camino a seguir planteando la defensa de las operaciones de concentración sobre la base de los diversos tipos de eficiencias generadas por las integraciones horizontales, verticales y de conglomerados, que beneficiaban al consumidor a pesar de reducir el número de empresas participantes en el mercado. BORK, Robert. Op. Cit., p. 217-262.

²¹ HOVENKAMP, Herbert. *"Federal Antitrust Policy, the Law of competition and its Practice"*. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1994. p.445, 466-485.

²² Cabe precisar, sin embargo, que la decisión de la Comisión de la CE *Philip Morris/Rembrandt/Rothmans (1985)* consideró sujeta al control de prácticas concertadas - artículo 85.1 del Tratado de Roma - una adquisición de la participación mayoritaria en otra empresa que

mente, se dictó el Reglamento CEE 4046/89 estableciéndose un régimen explícito sobre control de operaciones de concentración, el mismo que ha sido materia de afinamientos paulatinos a través de las denominadas "Comunicaciones" de la Comisión de la CE.

Los criterios utilizados para definir si se autoriza una operación de concentración o no son, entre otros: la cuota de mercado de las empresas, su capacidad financiera, las posibilidades de elección de los proveedores o clientes, las barreras de entrada al mercado y la competencia internacional (importaciones). Sin embargo, no existe un método específico para cuantificar la concentración del mercado como en el derecho norteamericano; en términos generales el criterio es menos estricto en la CE y si bien una operación que implique una cuota de mercado del 25% es permitida, no se ha establecido cuál es el umbral que permite sostener que una operación puede ser peligrosa para la competencia.

La Comisión de la CE utiliza cuatro indicadores para medir el impacto de las operaciones de concentración, dos referidos a la rivalidad entre empresas - el crecimiento de la demanda y la penetración de importaciones en el sector -, y otros dos sobre las ventajas en eficiencia derivadas de la operación - economías de escala y contenido tecnológico del sector involucrado -.²³ A pesar de que la Comisión de la CE no ha definido explícitamente el manejo de dichos indicadores, éstos miden la reducción de la rivalidad y la eficiencia generada por esa operación, de modo que permiten identificar cuatro tipos de situaciones: (a) no se reduce la rivalidad entre las empresas ni se producen mejoras en eficiencia, (b) se producen mejoras en eficiencia sin provocar una reducción de la rivalidad, (c) se reduce la rivalidad pero hay mejoras en eficiencia, y (d) se reduce la rivalidad sin ventajas de eficiencia.

Teniendo en cuenta ello, las operaciones que producen las situaciones (a) y (b) no deberían generar preocupación, las del tipo (c) deberían ser estudiadas al detalle para balancear sus ventajas y desventajas y, finalmente, las del tipo (d) deberían ser

prohibidas. No obstante, se puede apreciar que la atención de las autoridades de la CE aún se mantiene pendiente del tema de la concentración del mercado, suponiendo que el menor número de empresas representa un peligro para la competencia.²⁴ El ejemplo citado en la introducción de este trabajo es muestra clara de ello y lo alarmante es que se trata de un pronunciamiento relativamente reciente.

2.3. Estado de la Cuestión

Las finalidades que persigue cada Estado a través del control de concentraciones son diversas. Al respecto, se puede citar que al inicio las leyes norteamericanas buscaban evitar la reducción del número de empresas en el mercado y proteger a la pequeña industria frente a las grandes compañías; es decir, protegían a los competidores en vez de a la competencia. Por su parte, en la CE también se buscaban objetivos ajenos al análisis de competencia, tales como la cohesión económica y social de la Comunidad, sobre la base de criterios de índole industrial y social que consideraran las características de desarrollo de cada región.²⁵

Como se aprecia de la descripción sobre el nacimiento y evolución del sistema de control concentraciones empresariales, desde sus inicios reflejó una clara hostilidad hacia la concentración del mercado, tanto en términos del número de empresas participantes como de su cuota de participación, puesto que se entiende que la consecuencia de la concentración es la reducción o limitación de la competencia y, por tanto, de sus beneficios.

Sobre el particular, es preciso aclarar que la concentración no implica necesariamente reducción de la competencia, puesto que incluso un mercado con dos empresas puede ser altamente competitivo. Al respecto, tal como concluyeron los lineamientos norteamericanos luego de largos debates y modificaciones, a pesar de que la medición de los índices de concentración aparentaba ser una herramienta objetiva y segura para evaluar el impacto de las concentraciones empresariales, en realidad sólo permitía observar uno de los aspectos involucrados

confería control sobre la misma, puesto que podía tener el efecto de restringir la competencia y coordinar el comportamiento de las empresas que dejaban de ser independientes; aunque dicha línea de razonamiento no fue seguida posteriormente. Ver BELLAMY, CH. y CHILD, G. "Derecho de la Competencia en el Mercado Común" Madrid: Editorial Civitas S.A., 1992. p. 557-570.

²³ Dirección General de Asuntos Económicos de la CE, *European Economy*, 1989, número 40, citado en: BALLARIN, E., CANALS, J. y FERNÁNDEZ, P. "Fusiones y Adquisiciones de Empresas, un Enfoque Integrador" Madrid: Alianza Editorial S.A., 1994. p. 181.

²⁴ BALLARIN, E., CANALS, J. y FERNÁNDEZ, P. "Fusiones y Adquisiciones de Empresas, un Enfoque Integrador" Madrid: Alianza Editorial S.A., 1994. p. 178-184.

²⁵ BELLAMY, CH. y CHILD, G. Op. Cit., p. 585.

y probablemente el menos significativo;²⁶ aunque debe indicarse que no todos los ordenamientos han llegado a sacudirse de dicho lastre, puesto que la experiencia de la CE demuestra que el temor al fantasma de la concentración se mantiene muy latente.

III. DE ALGUNOS MARTIRIOS PASAJEROS

Entre los cuestionamientos al sistema de control de concentraciones empresariales se encuentran diversas opiniones que plantean impedimentos temporales o situaciones de coyuntura que permitirían eludir la tentación de utilizarlo en países en desarrollo, en particular en el Perú. Cabe mencionar que si bien dichas razones podrían tener fundamento, no parecen ser suficientes para justificar la inexistencia de dicho sistema de control.

3.1. Costo del Sistema y Funcionarios Capacitados

Una de las críticas a la aplicación de las normas de control de concentraciones empresariales está referida al costo de administrar un sistema de control de concentraciones empresariales y a la inexistencia de funcionarios especializados en el tema. Estos hechos, unidos a la inexistencia de criterios de evaluación claros y a la falta de una tradición exitosa de regulación, podrían ocasionar una alta probabilidad de corrupción de funcionarios y, por otro lado, el tratamiento deficiente de la confidencialidad de los asuntos ventilados en los procedimientos de autorización.²⁷ Sobre el particular, algunos autores consideran que tales preocupaciones son coherentes con los postulados de la "teoría de la captura", según la cual los entes reguladores podrían terminar siendo manipulados por los grupos de interés si no existen medidas para asegurar la independencia de dichos agentes.²⁸

De hecho los costos de implementar un sistema de control de concentraciones son altos y en una economía en desarrollo puede ser un dolor de cabeza conseguir la información actualizada y bien

estructurada sobre los distintos mercados que se requiere; asimismo escasean especialistas que procesen y evalúen dicha información y puedan elaborar criterios objetivos y técnicos. No obstante, se trata de una cuestión que podría ser superada dependiendo del lugar que ocupen las políticas de competencia dentro de las prioridades de cada Estado.

En todo caso, la posibilidad de cubrir los costos que el control de concentraciones empresariales implica podría hacerse realidad en determinado momento y podrían crearse algunos sistemas para evitar que los profesionales encargados de aplicar las normas correspondientes se mantengan neutrales a la "captura", pero en tales circunstancias cabría preguntarse si ello sería suficiente para lograr que el sistema funcione adecuadamente y no se comenten equivocaciones irremediables en nombre de la protección de la competencia.

3.2. El Fortalecimiento de las Empresas

Se sostiene, por otro lado, que el proceso de reorganización del aparato productivo y de las iniciativas empresariales generado en el Perú durante los últimos años recomienda que se esperen los resultados del reacomodo de los agentes en el mercado, evitando que a través de la intervención estatal se decida si una fusión es buena o mala.²⁹ Adicionalmente, se agrega que si bien las concentraciones podrían ser perjudiciales, el control de concentraciones empresariales no resulta conveniente en economías poco desarrolladas como la peruana cuya prioridad debería ser promover el desarrollo. En tal sentido, se sostiene que la legislación debe atacar las situaciones que son claramente dañinas para la competencia, y no corresponde incluir entre ellas a las fusiones y adquisiciones puesto que sus consecuencias difícilmente pueden conocerse por anticipado. Por ello el control de concentraciones en un momento como el actual podría generar riesgos excesivos y muy pocos beneficios.³⁰

Al respecto, se puede señalar que la aplicación de normas de control de concentraciones ha demostra-

²⁶ Las medidas de concentración no son suficientes y tienen un carácter relativo, ya que un índice de concentración elevado para un sector como el de la distribución de productos de consumo masivo, puede no ser muestra de falta de competencia dentro de una actividad como por ejemplo, la de producción de insumos para la industria automotriz.

²⁷ BOZA, Beatriz. Op. Cit. p. 157-160.

²⁸ TÁVARA, José. Op. Cit. p. 17.

²⁹ BOZA, Beatriz. Op. Cit. p. 158.

³⁰ QUIROGA, M. y RODRÍGUEZ M. Op. Cit. p. 243-244.

do que en nombre del mercado se impidió el fortalecimiento de empresas que pretendían ser más eficientes para competir; sin embargo, el reacomodo o fortalecimiento de las empresas en un mercado con tradición de intervencionismo estatal o poco desarrollado resulta también una cuestión temporal, que por sí misma no sería razón suficiente para evitar que luego de un período prudencial, o cuando las empresas ya se encontraran debidamente fortalecidas, se estableciera el control de concentraciones empresariales.

3.3. La Inseguridad de los Inversionistas

También se ha planteado como una desventaja de las normas de control de concentraciones el hecho que aleja a los inversionistas, quienes desvían sus negocios hacia otro país al ver que dicho sistema de control los condena al crecimiento interno como única alternativa para incrementar su participación en el mercado.³¹ Sobre el particular, resulta evidente que en la actualidad la mayoría de países desarrollados de los que podrían provenir los inversionistas disponen de normas de control de concentraciones empresariales en todos los sectores económicos; algunas son más rigurosas que otras pero siempre se sigue una práctica común. De ello se deduce que los inversionistas se encuentran acostumbrados a ese tipo de sistemas y su existencia resulta una variable más en la evaluación de riesgos de la inversión, que probablemente pueda hacerla más compleja pero que no constituye el gran ogro que se pretende, ni tampoco una razón de peso para alejar irremediablemente a los empresarios.

Tal como se señaló al inicio de esta sección, los cuestionamientos citados constituyen razones para dudar sobre el éxito de la aplicación del control de concentraciones empresariales o de su utilidad práctica en países en desarrollo, mas no sirven como base para objetar la razón misma de su existencia o su estructura de funcionamiento, ya que permiten suponer que ante la inexistencia de tales factores el control de concentraciones podría ser válidamente implantado. Consideramos que ello no es así y que existen argumentos de mayor importancia para cuestionar dicho sistema.

IV. DE LOS MILAGROS OFRECIDOS

Si bien el milagro que pretendió ofrecer el control de concentraciones empresariales fue mantener una

situación competitiva en el mercado, la aplicación efectiva del mismo derivó en pronunciamientos contraproducentes con el objetivo propio de las normas de libre competencia - producir el mayor bienestar del consumidor -. En muchos casos se prefirió un mercado fragmentado en varias empresas, aunque fueran pequeñas e ineficientes en vez de los beneficios que podía generar la integración de empresas a pesar de ocasionar un mayor índice de concentración en el mercado. El regreso forzado al camino de la "defensa por eficiencias" y de la revalorización de las barreras de acceso al mercado no ha sido suficiente para convencer de que los resultados del control de concentraciones han sido útiles.

4.1. Aparentes Beneficios

Tomando en cuenta lo anterior, podría afirmarse que la mayor utilidad que parecería haber tenido el sistema de control de concentraciones empresariales sería la posibilidad de establecer determinadas condiciones u ordenar la modificación de ciertos aspectos del proyecto de operación a efectos de autorizarlo - facultad que normalmente otorgan las leyes a la entidad estatal correspondiente -. A través de esta medida podrían eliminarse anticipadamente los aspectos restrictivos de la competencia sin necesidad de impedir la realización de la operación de concentración. Finalmente, tendría que reconocerse que si bien dicha facultad implica una cierta medida de intervencionismo estatal en las decisiones privadas, al menos permite que la operación llegue a concretarse en sus líneas directrices.

Lamentablemente no tenemos información sobre el número de procedimientos en que la autoridad competente establece condiciones para autorizar la operación ni tampoco sobre el carácter de dichas limitaciones; es decir, si sólo buscan reducir las posibilidades de una mayor concentración de empresas en el mercado o se refieren a la evaluación de eficiencias en comparación a las probables desventajas, por lo que mal podría concluirse que se trata de una virtud del sistema.

En todo caso, lo que sí podemos afirmar con certeza es que el número de operaciones no autorizadas es muy reducido - ni siquiera llega al 2% del total de procedimientos tramitados - tal como se aprecia del siguiente cuadro:³²

³¹ REBAZA, Alberto. Op. Cit. p. 101.

³² Información obtenida de: NEUMANN, Manfred. "Competition Policy in the Federal Republic of Germany". En: Mergers, Market and Public Policy, G. Mussati, Ed. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1995. p. 113; BELLO MARTÍN CRESPO, María. "Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria" Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 1997. p. 42; LANDE, Robert. Op. Cit., p. 141-142.; GOBBO,

País u otra Entidad	Período de Tiempo	Operaciones Notificadas	Casos Prohibidos	Porcentaje del Total
Alemania	Desde 1973	14,403	98	0.7%
Com. Europea	Desde 1990	400	6	1.5%
Estados Unidos	En un año	1,800	20	1.2%
Italia	Desde 1990	1,014	2	0.2%
México	En 1997	208	2	1%

Algunos han creído ver, erradamente en nuestra opinión, que este hecho confirma la efectividad del control de concentraciones empresariales, puesto que éste sólo impide un número mínimo de concentraciones empresariales cuando implican un riesgo grave para la competencia. Se sostiene incluso que dentro de este régimen la prohibición de las concentraciones es la excepción y en la generalidad de casos se debe promover el fortalecimiento de empresas autorizando su integración.³³

Nosotros, por el contrario, consideramos que justamente uno de los puntos más débiles del control de concentraciones empresariales es el mínimo resultado que tiene sobre el gran universo que pretende abarcar. Al respecto, si bien se plantea que el objetivo de las normas de control de concentraciones no es impedir que ellas se realicen, sino sólo diagnosticar si las mismas son saludables o no para el mercado, en realidad se trata de un enorme y costoso procedimiento preventivo para detectar posibles "enfermedades" - los efectos dañinos sobre el mercado - que afectan solamente a un porcentaje menor al 2% de pacientes que evalúa. Más aún, se trata de un diagnóstico que no determina la existencia de la "enfermedad" sino que presume que dicha dolencia va a presentarse si no se prescribe el remedio adecuado.

Adicionalmente, debe señalarse que los costos del sistema de control de concentraciones no sólo son los antes señalados, correspondientes al gasto público necesario para crear la infraestructura de información necesaria y formar profesionales especializados e imparciales ante la "captura" capaces de asumir el reto. También se constituye en un alto costo para la empresa privada que invierte inmensas cantidades de dinero y tiempo en determinar si es viable su proyecto de concentración empresarial (estudios contables, valorización de activos, *due diligence*, asesorías legales, formalización de los actos y contratos, etc.) así como en la defensa legal y

económica durante el procedimiento para obtener la autorización de la operación de concentración. Por si fuera poco, existe el costo social, incierto en su dimensión, derivado de los no pocos errores que se han cometido y podrían seguir cometándose al evitar integraciones eficientes de empresas que podrían generar un importante beneficio para el consumidor pero que son prohibidas en nombre de una errada concepción sobre la competencia.

En tal sentido, resulta pertinente preguntarse si la cantidad de concentraciones empresariales que, luego de la evaluación respectiva son prohibidas por sus presuntos efectos dañinos justifica incurrir en todos los costos antes señalados.

4.2. Exceso de Confianza en el Control de Concentraciones

A lo ya de por sí problemático de responder la interrogante anterior, queda por agregar aquella que dio inicio a este trabajo, es decir: ¿por qué el Estado se cree en capacidad para decidir si una fusión o la toma de control de una firma por otra puede dañar la competencia y luego se otorga la potestad de impedirlo?

Al respecto, el establecimiento del sistema de control de concentraciones demuestra dos cosas bastante claras; por un lado, el temor a la concentración en el mercado y, por otro, el optimismo con el que era factible evaluar adecuadamente el impacto de las concentraciones empresariales sobre el mercado. Los hechos demostraron que el optimismo no era suficiente. El desarrollo de los planteamientos teóricos permitió que las entidades encargadas de evaluar las concentraciones empresariales fueran sacudiéndose lentamente del peso de los índices de concentración en el mercado y dirigieran su mirada a los aspectos de las barreras de acceso al mercado y de las eficiencias generadas. Así parecía cerrarse el círculo y comenzar una nueva etapa en que se observaba con renovado optimismo la posibilidad de hacer un análisis adecuado del impacto de las concentraciones sobre el mercado.

Sin embargo, dicha óptica deja de lado, una vez más, el meollo del asunto, es decir, la discusión acerca de la capacidad del Estado para realizar dicho análisis. Los errores derivados de una evaluación basada principalmente en los índices de concentración hicieron lo

F. y SALONICO, T. "The protection of the market in Italy: the experience of the antitrust authority". En: *Mergers, Market and Public Policy*, G. Mussati, Ed. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1995. p. 203 y 206; Comisión Federal de Competencia, *Informe de Competencia Económica 1997 México*. Comisión Federal de Competencia, 1998. p. 167.

³³ SORIANO GARCÍA, J. "Derecho Público de la Competencia". Madrid: IDELCO-Marcial Pons, 1998. p. 582-587.

suyo para demostrar la invalidez de presumir efectos dañinos a su amparo. La tendencia actual, más racional por cierto, recomienda analizar las eficiencias y las barreras de acceso al mercado. Sin embargo el mecanismo sigue siendo el de presumir los efectos sobre la base de supuestos de hecho previos a las concentraciones empresariales. El cambio ha sido pasar de predecir sobre la base de índices de concentración (lo "malo") a hacerlo por comparación de las ventajas y desventajas en términos de eficiencia (lo "bueno"). Lo cuestionable es que se sigue intentando predecir el futuro sobre bases que pueden ser discutibles.

En efecto, la evaluación de los efectos de eficiencia no sólo es una cuestión sumamente técnica y compleja, sino que se realiza con criterios de comparación (beneficios vs. perjuicios) que distan de ser aceptados uniformemente.³⁴ Dicho nivel de análisis tampoco resulta libre de problemas en su aplicación práctica, plantea la dificultad de determinar cuáles son los ahorros de costos aceptables - si deben considerarse los de producción, distribución u otros, ya sea exclusivamente o en conjunto - y en qué período de tiempo debe lograrse la reducción de costos para considerarla como una "defensa por eficiencias".

Más aún, se requiere de elementos de juicio adecuados para comparar los beneficios resultantes frente a las desventajas que podrían producirse por las concentraciones empresariales.³⁵ Incluso se llega a discutir si es suficiente que las eficiencias sean aprovechadas por las empresas o si es necesario que los beneficios sean trasladados de alguna forma al consumidor (a través de menores precios, mejor calidad, mayores servicios post venta, mayor información disponible u otros mecanismos), tema que, como se ha señalado anteriormente, debería resolverse en el último sentido.

Cabe agregar que entre los autores que se encuentran de acuerdo con el sistema de control de concentraciones empresariales se reconoce que cualquier pronunciamiento sobre el efecto que las mismas

tendrán sobre el mercado es siempre relativo y por lo general el sector público no cuenta con mejor información que la del sector privado para definir cuáles son las decisiones correctas que deben adoptar las empresas.³⁶

Al respecto, la reconocida opinión del profesor Khemani en la materia - quien de hecho comulga con el control de concentraciones incluso en economías en desarrollo - indica que la política y normas de libre competencia deben aplicarse con cautela para no impedir la eficiencia en nombre de la defensa del mercado. Pero además, admite la debilidad del análisis económico para estudiar situaciones a futuro con las siguientes palabras: "Aunque hemos aprendido bastante en este último siglo acerca de las políticas de precios y producción de las empresas y del funcionamiento de los mercados, predecir con precisión el funcionamiento del mercado sigue siendo difícil. Por ello debe tenerse cautela en la administración de la política-Ley de Competencia".

Adicionalmente, puede sostenerse que la introducción de la "defensa por eficiencias" y la consideración de las barreras de acceso al mercado como parte del análisis del control de concentraciones empresariales no sólo hace más difícil la labor sino que tenderá a reducir cada vez más el número de concentraciones empresariales consideradas dañinas. En tal sentido, podría sostenerse que la evolución de dicho sistema de control estaría generando su propia extinción, al extremo de ofrecer cada vez un menor ámbito de acción donde tenga resultados efectivos.

De acuerdo a todo lo expresado, creemos que la cuestión más importante es determinar si resulta preferible que el Estado decida cuándo una fusión es eficiente y cuándo no. En nuestra opinión, la respuesta debería ser negativa. Ello obedece al reconocimiento de que el problema del control de concentraciones empresariales se encuentra en que se basa en "predicciones" que pueden ser muy técnicas y acabadas, pero que no por ello dejan de ser pronun-

³⁴ En el caso de las normas de tránsito vehicular, por ejemplo, se establece un sistema de control que prohíbe determinados comportamientos - pasar la luz roja, conducir en determinadas áreas como calles adyacentes a colegios a velocidades excesivas, conducir en estado de ebriedad, etc. - puesto que se presume la ocurrencia de accidentes derivados de su incumplimiento y se evitan los riesgos consecuentes. Sin embargo, dicho sistema de control se basa en hechos ciertos y daños efectivamente ocasionados, no en ejercicios teóricos sobre supuestos efectos dañinos. Adicionalmente, cabe anotar que dichas normas no someten a evaluación y autorización las conductas, sino que optan por una prohibición explícita.

³⁵ Además, debe tenerse en cuenta que las desventajas o probables efectos dañinos que normalmente se encuentran a las concentraciones empresariales están referidos a posibles actos que luego de la operación de concentración la empresa podría realizar en perjuicio de sus competidores u otros agentes del mercado, es decir, supuestos que bien podrían ser tratados por la regulación de conductas del derecho de la competencia (prácticas concertadas o abuso de posición de dominio).

³⁶ BALLARIN, E., CANALS, J. Y FERNÁNDEZ, P. Op. Cit. p. 187; KHEMANI, Shyam. "Cambios en los paradigmas de la economía industrial y desarrollo de la política de competencia". En: Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina. Lima: Didi Arteta S.A., 1998. p. 36 y 41; QUIROGA M. y RODRÍGUEZ M. Op. Cit. p. 125-126.

ciamientos sobre hechos futuros e inciertos; es decir, sujetos a un amplio margen de error. Entonces, la cuestión en debate al definir si es necesario el sistema de control de concentraciones debería ser si existe la convicción de que el Estado debe ser quien realiza la "predicción" y quien tiene la opción de equivocarse.

Sobre el particular, reconocemos que las concentraciones empresariales pueden generar efectos dañinos sobre el mercado; pero creemos que no es posible determinarlo *a priori* a través del control de concentraciones, por más destacados que sean los especialistas comprometidos en dicha tarea. Igualmente, consideramos que los costos implicados en tal sistema de control sobrepasan en exceso los supuestos beneficios que produce en resultados concretos. En tal sentido, las normas de control de conductas que conforman el Derecho de la Competencia pueden suplir la carencia del control de concentraciones, hacer frente a aquellas conductas ilícitas que eventualmente pudieran derivarse de una de esas raras concentraciones empresariales "dañinas".

Por último, consideramos que si el objetivo es evitar el fortalecimiento de empresas en mercados donde existen importantes obstáculos para el ingreso de competidores potenciales, no es imprescindible el control de operaciones de concentración sino que probablemente uno de los mecanismos más eficaces para generar competencia en dichos mercados sea el de institucionalizar la elaboración de informes en que se analicen las características estructurales de cada mercado y se detecten dichas barreras, proponiéndose ante las instancias competentes las medidas necesarias para su eliminación o reducción, como se practica por ejemplo en España.³⁷ La mayor ventaja frente al sistema de control de concentraciones sería el tipo de análisis, puesto que dichos estudios llegarían a conclusiones sobre la base de información de hechos y situaciones concretas y vigentes sin aventurarse a un pronunciamiento sobre hechos futuros.

4.3. Para Monopolios Naturales es necesario

Se plantea como un caso extremo que requiere del control de concentraciones empresariales el de las industrias en las que no es posible eliminar las

barreras de acceso al mercado puesto que ellas constituyen parte inherente de la actividad que se realiza. Nos referimos a los servicios esenciales tales como el suministro de agua potable o energía eléctrica, que se requieren continuamente para satisfacer una necesidad imprescindible de una generalidad de sujetos. Dichos servicios se caracterizan por la existencia de monopolios naturales necesarios para su prestación, puesto que utilizan sistemas de distribución - red de cables de energía eléctrica o tendido de tuberías subterráneas para el agua - que en condiciones normales obligan a que una sola empresa realice el "transporte" de tales bienes, en tanto los costos fijos en infraestructura son altos y la recuperación de la inversión bastante lenta.

De ello se deduce que el ingreso potencial de competidores en dichos mercados siempre enfrentará esa barrera de acceso infranqueable, ya que su costo de producción sería mayor al de la empresa ya existente - por la necesidad de establecer redes o tuberías paralelas, incluso en las mismas calles - impidiéndole ofrecer un precio de venta competitivo al usuario, reduciéndose así su expectativa de recuperar la inversión en un plazo adecuado y con ello el incentivo para entrar a competir.³⁸

Por lo general, dicha circunstancia impulsa al Estado a establecer una regulación especial para esos sectores - respecto de las tarifas, la calidad, el ámbito mínimo de prestación, los compromisos de extensión paulatina del servicio a zonas rurales, etc. -, razón por la cual, muchos autores afirman que siendo actividades ya controladas vía regulación no es necesario un sistema de control de operaciones de concentración porque ellas no pueden dañar la competencia. En esa línea se pronuncian, por ejemplo, las críticas a la norma que establece el control de concentraciones en el sector eléctrico peruano.³⁹ Consideramos dicha afirmación correcta sólo en parte, puesto que incluso en sectores regulados pueden generarse prácticas restrictivas de la competencia, por lo cual no resulta totalmente cierto que la regulación sea suficiente en todos los casos.

Ello se debe a que la regulación no inhibe de por sí el comportamiento anticompetitivo de las empre-

³⁷ Se debe precisar, sin embargo, que la institucionalización de tal mecanismo debería dotar a los organismos de competencia que elaboran los informes de las facultades necesarias para llevar adelante las recomendaciones planteadas, de forma que se evite la lamentable ineficacia que han tenido los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia español debido a los obstáculos generados por el desinterés del Estado. El reconocimiento de este hecho puede verse en: Tribunal de Defensa de la Competencia. "La Competencia en España; Balance y Nuevas Propuestas 1995" Madrid: Sección Reprografía del Ministerio de Economía y Hacienda, s/f. pp. 21-26.

³⁸ Para un mayor detalle sobre el tema se puede ver nuestro trabajo "¿Están desapareciendo los servicios públicos?" En: Revista Derecho & Sociedad, No. 12, año VIII, Segunda Etapa. Lima: Cultural Cuzco S.A., noviembre 1997 - marzo 1998. pp. 203-212.

³⁹ REBAZA, Alberto. Op. Cit. p. 99-101; CARRANO, Italo. Op. Cit. p. 51.

sas, aunque puede limitarlo; obviamente el éxito en esta materia dependerá de cuán detallada y exhaustiva sea la regulación. Al respecto, se reconoce que uno de los posibles perjuicios de la integración vertical sobre la competencia se da en el caso de mercados con precios regulados en que las empresas intentan evadir la regulación integrándose con sus proveedores para venderse insumos a precios elevados artificialmente con el objeto de inflar sus costos y solicitar el incremento de la tarifa regulada.⁴⁰

Si bien el marco regulatorio del sector eléctrico peruano no permitiría la conducta antes descrita -puesto que las tarifas se fijan sobre la base de un "sistema económicamente adaptado" que impediría inflar los costos indebidamente-, otros aspectos de dicha industria, como la interconexión a las redes de transmisión de energía eléctrica, sí podrían ser materia de prácticas restrictivas de la competencia por una regulación deficiente. Además, debe señalarse que existe un mercado "libre de regulación" - usuarios que consumen más de 1,000 kilowatts mensuales y negocian libremente el suministro con las generadoras o distribuidoras de electricidad - donde pueden ocurrir diversas prácticas anticompetitivas. Estos argumentos sólo intentan demostrar que la existencia de un mercado regulado puede no ser garantía suficiente para asegurar que no se dañe la competencia en los aspectos de dicho mercado donde esta última pudiera existir.

No obstante lo indicado, estimamos que ni siquiera en los sectores de servicios esenciales caracterizados por ser monopolios naturales sería necesario el control de concentraciones, puesto que en tales casos lo más adecuado es establecer una regulación integral y bien estructurada - que incluya la observación de las condiciones de acceso al mercado y promueva la competencia en el sector - y, por otro lado, prohibir expresamente en la ley aquellos tipos de concentraciones empresariales no deseados por el costo social que generan. Ambas medidas adoptadas conjuntamente permitirían lograr con mayor efectividad el objetivo que supuestamente busca el control de concentraciones; es decir, mantener un nivel de competencia razonable en los sectores involucrados, evitando a su vez que la mayoría de las operaciones de concentración sean inexorablemente sometidas al procedimiento de evaluación previa

por una entidad estatal, con los consecuentes riesgos de error que ello implica.⁴¹

V. CONCLUSIONES

De acuerdo a lo señalado líneas arriba, si bien el control de concentraciones empresariales forma parte del Derecho de la Competencia, su aplicación ha sido muy cuestionada debido a que en diversos casos ha contradecido los objetivos de dichas normas - existencia de menores precios y ahorro de costos en la producción - impidiendo en nombre de una menor concentración del mercado integraciones de empresas que implicaban importantes eficiencias.

Por otro lado, el control de concentraciones ha demostrado pocos resultados efectivos, es decir, pocas concentraciones de las que se debe proteger al mercado, y sin embargo resulta un sistema sumamente costoso para el Estado, para las empresas y para la sociedad en su conjunto por las equivocaciones que ha tenido. Por ello, la primera cuestión que debería discutirse es si vale la pena introducir dicho sistema conociendo sus altos costos y sus pequeños resultados concretos; es decir, si el beneficio que se obtiene a través de estos últimos justifica lo que se invierte en el sistema.

No obstante que existen argumentos que podrían retardar la implantación del control de concentraciones, su validez se encuentra supeditada a un lapso temporal que puede ser más o menos corto según las prioridades de cada Estado. Más aún, todas ellas dejan sin resolver el tema de fondo, esto es, si existen los elementos de juicio suficientes para "predecir" el futuro de una concentración empresarial.

La cuestión, más allá de los argumentos técnicos sobre la elaboración y aplicación del control de concentraciones, es si los principios y bases que fundamentan el marco legal y la corriente de opinión de cada país son partidarios de dicho sistema de control. Teniendo ello en cuenta, podría ser más fácil determinar quién debe gozar de la potestad de decidir sobre las ventajas de una concentración empresarial con el riesgo de equivocarse en su apreciación. Asimismo, podría ser un camino para aclarar si la fe en los beneficios del "credo" es suficiente como para permitir que una agencia estatal pueda rezarlo entre tinieblas, asumiendo los costos que tales rezos pudieran originar.

⁴⁰ Ver por ejemplo: HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit. p.339-340.

⁴¹ Opiniones que avalan la adopción de ambas medidas en vez del control de concentraciones empresariales se pueden ver, para el caso de integraciones verticales, en: HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., p. 340; PAREDES, Ricardo, "Integración vertical: teoría e implicancias de política pública." En: Estudios Públicos, número 66. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 1997. p. 189-200.