

# MEDICINAS QUE NO CURAN: EL PROBLEMA DE LA INEFECTIVIDAD DE LOS REMEDIOS EN LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

**Mario Fernando Drago Alfaro\***  
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

*Pareciera que la promulgación de la Ley de Control de Fusiones es inminente luego de la reciente publicación de un proyecto de ley sobre la materia. Sin embargo, ¿qué tan acertada podría ser esta ley?, ¿será eficaz en nuestra realidad económica?*

*En el presente artículo, el autor realiza un análisis sobre la pertinencia de una Ley de Control de Fusiones en nuestro país, señalando las críticas, el impacto que tendría, los problemas de aplicación y la experiencia internacional sobre el tema. En este sentido, sostiene que una Ley de Control de Fusiones es innecesaria en un país como el nuestro, ya que se generarían perjuicios en el mercado y desincentivos para las empresas. En lugar de ello propone una regulación ex post, pues es mejor no intervenir en la economía cuando el propio mercado puede autorregularse con el tiempo.*

\* Abogado. Asociado de Bullard, Falla y Ezcurra.

## I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que el Perú fue uno de los primeros países latinoamericanos en contar con una norma que regule la Libre Competencia<sup>1</sup> y la fiscalización *ex post* de conductas anticompetitivas; hasta la actualidad no existe una regulación (excepto en el mercado eléctrico) cuya finalidad sea controlar los potenciales problemas que, a criterio de la autoridad, podría generar una concentración empresarial en un mercado. Las características propias de una economía en vías de desarrollo y una necesaria apertura del mercado para atraer inversiones en la década de 1990, han sido las principales razones políticas por las cuales esto es así. Desde nuestro punto de vista, la decisión de no contar con un control de fusiones es acertada, dados los distintos problemas que una medida como esta trae al desarrollo de la economía.

Efectivamente, el control de fusiones es constantemente criticado en el plano académico; su ineffectividad para combatir conductas anticompetitivas, la destrucción de sinergias eficientes debido a la innecesaria intervención en el mercado, su tendencia proteccionista, el peligro de la captura, el desincentivo que genera para el progreso tecnológico, entre otras, son algunas de las razones por las cuales se cuestiona su existencia<sup>2</sup>.

No obstante los severos cuestionamientos al control de fusiones que se desprenden de la información estadística disponible en los países donde existe este mecanismo, nuestro país parece tender a la creación de una regulación en la materia. En efecto, recientemente ha sido publicado el Proyecto de Ley de Promoción de la Libre Competencia y la Eficiencia en los Mercados para la Protección de los Consumidores (en adelante, el Proyecto de Ley de Control de Fusiones)<sup>3</sup>, y, según parece, cada vez nos acercamos más a una nueva Ley de Control de Fusiones.

Tomando ello en cuenta, el presente artículo se concentrará en realizar una crítica que

tiene doble valor. Por un lado, esperamos que colabore en impedir la emisión de una Ley de Control de Fusiones innecesaria en un país como el nuestro. Por otro, en caso lo primero no sea posible, esperamos aportar algunas ideas que deberían tomarse en cuenta para evitar incurrir en errores que generen intervenciones estatales ineficientes y, por tanto, perjudiciales para el mercado.

Así, nuestro análisis únicamente se dará en torno a los problemas que se generan como consecuencia de la implementación de los denominados “remedios” en los procesos de aprobación de fusiones. Para ello, nos valdremos de los hallazgos obtenidos en las dos jurisdicciones más importantes del mundo en temas de competencia: Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Europea.

De esta forma, en el presente artículo esbozaremos los riesgos derivados de la aplicación de los distintos tipos de remedios por parte de la autoridad al momento de condicionar una fusión y los problemas de efectividad derivados de la incorrecta aplicación de los mismos. Partiremos, para ello, del siguiente supuesto: la autoridad de competencia ya ha concluido que la concentración podría implicar perjuicios para la competencia y, en esa medida, decide condicionar la operación al cumplimiento de determinados requisitos que a su criterio son razonables para mitigar estos efectos adversos.

## II. ¿QUÉ ES UN REMEDIO Y QUÉ FUNCIÓN TIENE EN EL PROCESO DE APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES?

En teoría, la misión de la autoridad al momento de aplicar un remedio no debe ser la de favorecer o perjudicar a determinados agentes en el mercado para conservar un nivel de competencia. Tal como señala el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “las provisiones decretadas deben preservar el proceso competitivo y no proteger o favorecer a determinados

<sup>1</sup> Publicado en 1991.

<sup>2</sup> Ver las referencias realizadas por DUSO, Thomas; GUGLER, Klaus y Burcin, YURTOGLU. “How effective is European merger control?”. Discussion Paper 354. 2011. p. 2.

<sup>3</sup> Publicado el 02 de abril de 2012.

competidores”<sup>4</sup>. Los remedios aceptables, de acuerdo a la mencionada autoridad, serán los que preserven efectivamente la competencia sin generar desincentivos para competir<sup>5</sup>. La autoridad, bajo esa lógica, considerará la aplicación de remedios “proporcionales” a las potenciales restricciones a la competencia que supuestamente podrían generarse.

La decisión sobre qué tipo de remedio utilizar dependerá de las características de la concentración empresarial y lo que, a criterio de la autoridad, sea necesario para salvaguardar la potencial restricción a la competencia. Lo importante es que el remedio:

- a) Provea una solución final para el problema de competencia que se generaría por la concentración propuesta.
- b) No cree un nuevo problema de competencia, tanto en el mercado afectado como en otro mercado.
- c) Pueda implementarse rápida y eficazmente.
- d) Sea especificado con suficiente nivel de detalle como para permitirle a la Comisión hacer una evaluación completa del mismo<sup>6</sup>.

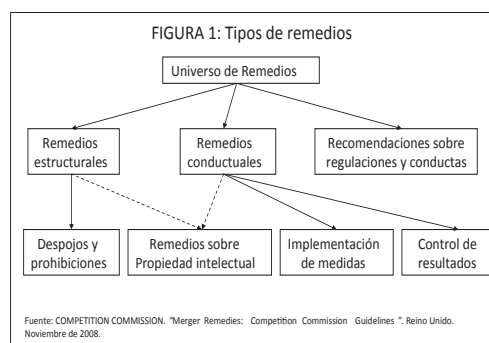
Los remedios suelen clasificarse en dos grandes rubros: remedios estructurales y remedios conductuales. Los primeros pueden ser definidos como aquéllos que modifican la asignación de derechos de propiedad en el mercado. En esta categoría podemos encontrar remedios tales como desinversiones, consistentes en la obligación de despojarse de una propiedad en concreto (desde bienes hasta propiedad intelectual) a favor de un tercero (en inglés se les denomina *divestitures*). La meta de los remedios estructurales es restaurar la

competencia que potencialmente se perdería como consecuencia de la operación de concentración. Así, estos remedios buscan crear una nueva fuente de competencia a través de escisiones o ventas de líneas de negocio, entre otros<sup>7</sup>. Se les denomina remedios estructurales, en ese sentido, porque tienen un efecto sobre la estructura física del negocio.

Por su parte, los remedios conductuales son aquellos que usualmente suponen la imposición de determinadas obligaciones post-concentración para las empresas fusionadas, y que tendrán un impacto directo sobre la conducta empresarial de las mismas. Estos remedios son utilizados generalmente para restaurar la competencia en los casos en que la autoridad considera que podrían existir restricciones derivadas del comportamiento de los agentes involucrados en la operación. Así, se generan obligaciones tales como la prohibición de conductas discriminatorias, la creación de *firewalls*<sup>8</sup>, o la restricción de ciertas prácticas contractuales.

Existe además un tercer grupo de remedios, en donde caben las recomendaciones sobre regulaciones y conductas que la autoridad de competencia le hace al propio Estado. Para efectos del presente artículo, no entraremos a los detalles de este último punto.

El siguiente cuadro resume, a grandes rasgos, el universo de los remedios:



<sup>4</sup> DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. "Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies". 2011. p. 3. Traducción libre de: "decree provisions should preserve competition generally rather than protect or favor particular competitors."

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> WILMER, CUTLER y PICKERING. "Notice on Merger Remedies – Commission Notice". 12 de Julio de 2001

<sup>7</sup> Ver: SOKOL, D. Daniel y William BLUMENTHAL. "Merger Control: Key International Norms and Differences". p. 21. En: <http://ssrn.com/abstract=1981794>.

<sup>8</sup> Por ejemplo, se obliga a que las empresas fusionadas continúen comportándose como competidores. Con el *firewall* se les prohíbe transmitirse información del mercado.

Dadas las características de ambos grupos, *“los remedios estructurales son preferidos sobre los conductuales en los casos de concentraciones dado que son relativamente limpios y certeros, y generalmente evitan que el gobierno asuma los costos de involucrarse en el mercado”*<sup>9</sup> [El énfasis es nuestro]. Efectivamente, los remedios conductuales requieren de un monitoreo continuo por parte del gobierno en los años posteriores. Esto es, especialmente, cierto para el caso de las fusiones horizontales, donde las autoridades consideran que existe un riesgo mayor de que se presenten efectos anticompetitivos en el mercado. No obstante lo anterior, también es cierto que las agencias alrededor del mundo han incrementado la utilización de remedios conductuales, por lo general conjuntamente con utilización de terceros fiscalizadores que se encarguen el proceso de observación<sup>10</sup>. Cada vez es más fácil también apreciar un *mix* de remedios estructurales y conductuales.

### III. LOS REMEDIOS Y SUS POTENCIALES PROBLEMAS

Tanto en Estados Unidos de Norteamérica como en la Unión Europea, la política de competencia posee un patrón similar<sup>11</sup>. Al escoger un remedio, la autoridad de competencia, tal como hemos adelantado, busca asegurar la mitigación de los efectos anticompetitivos que podrían derivarse de la fusión. Sin embargo, y tal como plantean Motta, Polo y Vasconcelos *“un remedio que en teoría resuelve cierto problema podría no ser efectivo en la práctica”*<sup>12</sup> [El énfasis es nuestro]. Esto es cierto en la medida que la autoridad se enfrenta a una serie de dificultades: problemas de asimetría

informativa; la dificultad de implementación de determinados remedios, la existencia de incentivos disonantes entre la autoridad y las partes o terceros, entre otros.

En el caso de los remedios estructurales (específicamente las referidas desinversiones), la autoridad se enfrenta a una serie de riesgos asociados a la potencial ineffectividad de sus medidas y las consecuentes pérdidas de eficiencia en el mercado, generando desincentivos para los privados.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el efecto buscado por un remedio estructural no podrá darse sino hasta que la desinversión se concrete totalmente. Esto es, *“una vez que el negocio es transferido a un comprador idóneo en cuyas manos se convertirá en un competidor activo”*<sup>13</sup> [El énfasis es nuestro]. Encontrar al comprador idóneo debe hacerse de manera rápida. El *timing*<sup>14</sup> del proceso es vital no sólo para el éxito de la operación de concentración (cada día de retraso es un costo adicional para las partes), sino también para el mercado en general, pues se retrasa el ingreso de un potencial competidor. En teoría, los remedios que son aplicados rápidamente deberían ser más efectivos que los que tendrán un impacto al mediano o largo plazo. Mientras más tiempo demore la aplicación de un remedio, más inciertos serán sus efectos<sup>15</sup>. La evidencia en torno al tema es mixta. Los estudios caso por caso indicarían la superioridad de los remedios estructurales (y conductuales) en la primera fase del procedimiento por sobre los remedios aplicados en la segunda fase. Sin embargo, existen serias dudas en torno a la efectividad general de los remedios<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> Citado por: WEISER, Philip J. “Reexamining the Legacy of Dual Regulation: Reforming Dual Merger Review by the DOJ and the FCC”. En: Federal Communications Law Journal. p.178. Traducción libre de: “[s]tructural remedies are preferred to conduct remedies in merger cases because they are relatively clean and certain, and generally avoid costly government entanglement in the market.”

<sup>10</sup> SOKOL, D. Daniel y William BLUMENTHAL. “Merger Control: Key International Norms and Differences”. p. 22.

<sup>11</sup> MOTTA, Massimo; POLO, Michele y Helder VASCONCELOS. “Merger Remedies in the European Union: An Overview”. Paper presentado en el Simposio: “Guidelines for Merger Remedies – Prospects and Principles”. Paris. 2002. p. 2.

<sup>12</sup> *Ibíd.* p. 3.

<sup>13</sup> Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) 139/2004 and under Commission Regulation (EC) 802/2004 (2008/C 267/01). Párrafo 47.

<sup>14</sup> Ver, por ejemplo: COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO Y DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. “Horizontal Merger Guidelines”. 2010. p. 29.

<sup>15</sup> COMISIÓN DE COMPETENCIA. “Merger Remedies: Competition Commission Guidelines”. Reino Unido. 2008.

<sup>16</sup> Ver: DUSO, Thomas; GUGLER, Klaus y Burcin, YURTOGLU. “How effective is European merger control?”. *Op. cit.* p. 2.

Otro factor que influye en la efectividad de los remedios tiene que ver con la poca capacidad que tendrá el tercero adquirente del negocio materia de desinversión de generar un nivel adecuado de eficiencias con los bienes se le transfieren, por lo general debido a la inexistencia de un *know-how* suficiente, economías de escala y otros.

No sólo es difícil encontrar un comprador en el mercado debido a las altas exigencias necesarias para que éste sea un competidor idóneo<sup>17</sup>, sino que existen intereses contrapuestos que pueden derivar en la elección no meditada del adquirente del negocio.

En efecto, la experiencia internacional demuestra que las partes que se fusionan no poseen incentivos para asegurarse de que el comprador pueda competir eficientemente en el futuro. Es “antinatural” pensar que alguien ayudaría a su competidor a obtener una posición sólida en el mercado y, con ello, arriesgarse a perder participación en el mismo. Así, no existen incentivos para encontrar un comprador idóneo para el negocio que ha sido vendido por la empresa fusionada. Es evidente, por el contrario, que las partes fusionadas buscarán no poner en riesgo su posición de dominio. De esta manera, si es posible, propondrán que el negocio sea adquirido por algún agente que, desde su punto de vista, les genere la menor cantidad de contingencias posibles.

Además, incluso en el supuesto en que se encuentre a un comprador idóneo, es probable que como consecuencia de la aplicación de remedios estructurales se generen contextos que promuevan la colusión entre competidores. En efecto, en la medida que debe haber una comunicación (por lo menos al principio) entre la empresa fusionada y el agente adquirente del patrimonio desinvertido para lograr una simetría informativa que beneficie el mercado, se facilitará la concertación entre los competidores, particularmente por la constante transmisión de información

necesaria. Así, lo que en principio debía crear una situación de competencia entre dos empresas (la fusionada y la nueva que se crea con el negocio desinvertido), puede terminar en algo totalmente distinto: se crea un ambiente propicio para que las dos empresas se coludan, con las consecuencias perjudiciales que ello trae para el mercado.

Esta situación será aún más probable en aquellas situaciones en las cuales *debe* existir una relación permanente entre los competidores (por tecnología, por ejemplo). En Estados Unidos de Norteamérica, un estudio ha demostrado que la desinversión de los bienes no genera un beneficio para el proceso competitivo: “*en trece de diecinueve casos estudiados donde existía esta clase de relación, o el comprador no podía operar eficientemente, o existía una concertación entre las dos empresas*”<sup>18</sup>. [El énfasis es nuestro.]

Por otro lado, las empresas concentradas enfrentan la indeseable posibilidad de que la autoridad se extralimite en el alcance del remedio estructural ordenado. Muchas veces, una línea de negocio por sí sola no es lo suficientemente rentable, por lo que, para “asegurar” la viabilidad del nuevo negocio que se transferirá a un tercero, la autoridad tendría que obligar a las empresas fusionadas a deshacerse de otras propiedades que se sumarían al negocio desinvertido con el único fin de hacerlo más atractivo. Así, podrían incluirse en el remedio estructural, actividades que no se encuentran relacionadas directamente con el mercado en el cual se ha hallado un potencial problema, en la medida que ésta sería la única posibilidad para “crear” un competidor eficiente en el mercado afectado: “*Un ejemplo de un caso que ilustra estos puntos es el de Unilever/ Bestfoods. Para remover las preocupaciones de la EC sobre competencia, las partes llevaron a cabo la desinversión de un número significativo de marcas (tales como Lesieur, Royoco y Oxo). Primero, para asegurar la viabilidad del negocio desinvertido, el paquete también incluyó elementos tales*

<sup>17</sup> De acuerdo a la Unión Europea, el comprador debe cumplir con los siguiente requisitos: (i) ser independiente y no vinculado a las partes; (ii) poseer recursos financieros, expertise, incentivos y habilidad para mantener viable el desarrollo del negocio, con la capacidad suficiente para competir con las partes; y, (iii) la adquisición del negocio no debe provocar un nuevo problema de competencia. Ver: Commission notice on remedies. Op. cit. Párrafo 48.

<sup>18</sup> PARKER R. y D. BALTO. “The Evolving Approach to Merger Remedies”. Antitrust Report. 2000.

*como acuerdos respecto de provisiones apropiadas, facilidades para la manufactura, fuerzas de venta y derechos de propiedad intelectual asociados al negocio en particular. Segundo, para asegurar que el adquirente sea capaz de competir plenamente con la entidad fusionada, las partes fusionadas debieron desinvertir un gran número de productos, incluyendo algunos por los cuales la EC no tenía preocupaciones relacionadas a la competencia”<sup>19</sup> [El énfasis es nuestro].*

Así, es claro que la solución planteada por la autoridad de competencia puede exceder peligrosamente los alcances del problema que quiere solucionar e ir más allá, distorsionando irrazonablemente otros mercados que no poseen relación con el mercado afectado. Como la autoridad es incapaz de predecir el futuro, hará un “acto de adivinanza” sobre los alcances que cree que el remedio debería tener para ser viable. Esta situación no sólo puede generar una distorsión en el mercado afectado, sino que se corre el riesgo de intervenir innecesariamente tanto en la esfera patrimonial de las empresas fusionadas como en el desarrollo natural de otros mercados.

Como se aprecia, si bien los remedios estructurales parecieran ser la solución más sencilla frente a un problema de competencia, existen razones para pensar que, en la práctica, dichos remedios podrían presentar mayores problemas de los que se cree. Desde una perspectiva económica, las dificultades para asegurar la efectividad de un remedio estructural no son una sorpresa. Después de todo, tal como explica la economía neo-institucional, las empresas suelen tener comportamientos estratégicos diseñados para maximizar sus ganancias (lo que comúnmente se denomina “oportunismo *ex post*”), a menos que un arreglo contractual o estructural se los impida efectivamente<sup>20</sup>.

La entrada forzada de un nuevo competidor

al mercado no es sinónimo de mayor competencia y, por tanto, no puede definirse como la solución idónea frente a un problema derivado de la fusión. Por el contrario, la propia incapacidad de la autoridad para predecir cómo reaccionará el mercado frente a una concentración empresarial debe ser justificación suficiente para evitar intervenir innecesariamente en la esfera patrimonial de los privados. Sus intervenciones, tal como veremos en el siguiente acápite, no sólo han demostrado tener una dudosa eficacia, sino que incluso han generado efectos anticompetitivos antes que solucionar problemas potenciales.

Por su parte, desde el punto de vista de los remedios conductuales también podemos encontrar problemas de similar naturaleza. Los riesgos vinculados a la aplicación de remedios de esta naturaleza se relacionan, en primer lugar, con la gran dificultad que tendrá la autoridad para supervisar el cumplimiento de los mismos. Esto es cierto tanto para el cumplimiento de compromisos de no realizar determinadas conductas en el mercado (por ejemplo, no discriminar), como para conductas dentro del propio grupo empresarial, tales como la prohibición de transmisión de información debido a la existencia de un *firewall*.

Los costos asociados a saber en todo momento cómo se comporta determinada empresa en el mercado son considerables, tanto en términos monetarios para el Estado, como también en términos horas-hombre invertidas para lograr un control efectivo. Por ejemplo, respecto a lo primero, podemos apreciar que en el año 2010, cerca del 15% del presupuesto de la Federal Energy Regulatory Commission’s (FERC’s) y la Federal Communications Commission (FCC’s) fue utilizado para la supervisión y fiscalización<sup>21</sup>. Estos costos serán más altos en el caso de la agencia de competencia, pues no tiene

<sup>19</sup> *Ibíd.* p. 4.

<sup>20</sup> Para mayores referencias, ver: JOSKOW, Paul L. “Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies”. 18 *J.L. Econ. & Org.* 95, 114 (2002).

<sup>21</sup> COMISIÓN FEDERAL DE REGULACIÓN ENERGÉTICA. “Fiscal Year 2012 Congressional Performance Budget Request” at 2 & 4. En: <http://www.ferc.gov/about/strat-docs/FY12-budg.pdf>; COMISIÓN FEDERAL DE COMUNICACIONES. “Fiscal Year 2012 Budget Estimates Submitted to Congress”, at 39 & 69. 2011. En: [http://transition.fcc.gov/Daily\\_Releases/Daily\\_Business/2011/db0214/DOC-304636A1.pdf](http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2011/db0214/DOC-304636A1.pdf). Citados por: KWOKA, John E. y Diana L. MOSS. “Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement”. 2011. En: <http://ssrn.com/abstract=1959588>.



el *expertise* de un regulador. Desarrollar las capacidades necesarias para cada mercado que se estudie es un costo muy elevado que difícilmente valga la pena asumir por una operación en particular.

Respecto al costo horas-hombre, Richard Posner apunta correctamente respecto del caso AT&T<sup>22</sup> que *“las agencias de supervisión y las cortes no poseen recursos técnicos adecuados, y no se mueven lo suficientemente rápido como para darse abasto en un sector de negocios muy complejo y que cambia muy rápidamente”*<sup>23</sup> [El énfasis es nuestro]. En el contexto de la aprobación de una concentración empresarial, los retos existentes respecto a la imposición de un remedio conductual efectivo son mayores no solo por la falta de experiencia de la autoridad en los mercados involucrados, sino porque la agencia de competencia debe actuar en plazos relativamente cortos.

Asimismo, cuando la autoridad se enfrenta a remedios que buscan facilitar la entrada al mercado a través del acceso a facilidades esenciales o a tecnología clave, por lo general se requiere de la participación de la empresa fusionada debido a un problema de asimetrías informativas. Como ya hemos mencionado, esta empresa carecerá de incentivos suficientes para colaborar efectivamente con sus competidores y generar más competencia. Por tanto, pese a la existencia de una obligación impuesta por la autoridad, nada asegura que la colaboración alcance un nivel de efectividad óptimo.

Dados los problemas que genera la aplicación de los remedios conductuales debido a sus costos y a la ausencia de incentivos para las partes, una regulación *ex post* como la que actualmente tiene nuestro país es, desde nuestro punto de vista, la mejor opción para procurar que las empresas con posición de dominio en el mercado sean conscientes de las limitaciones existentes a su accionar en el mercado.

#### IV. ¿QUÉ TAN EFECTIVOS HAN SIDO LOS REMEDIOS EN LA EXPERIENCIA COMPARADA?

Las fusiones son un fenómeno extraordinariamente común en Estados Unidos de Norteamérica. Sólo en este país se reportaron a la FTC y al DOJ 15,730 operaciones de concentración empresarial durante la última década. De estas, 749 (4.8%) implicaron un segundo requerimiento por parte de la autoridad y, de esas, en 65 se inició un procedimiento. Esto significa que el 0.4% de las fusiones reportadas, termina en un procedimiento. En la práctica, esto implica que las fusiones son muy comunes, pero es poco frecuente que generen problemas de competencia<sup>24</sup>. Ya desde acá podemos ver que la intervención del Estado parece ser innecesaria y aporta principalmente demoras en los procesos.

En el caso europeo sucede algo similar, desde 1990 hasta la fecha se han presentado aproximadamente 4,200 notificaciones de concentraciones empresariales que no han sido materia de un compromiso por parte de las empresas fusionadas, lo que equivale a cerca del 90% del total de transacciones. Sin embargo, ha habido un importante grupo de operaciones que ha sido aprobada con condiciones, aunque sólo veinte han sido bloqueadas<sup>25</sup>.

Pese a los antecedentes del mercado, la efectividad de los remedios no había sido tomada en consideración sino hasta el año 1999, cuando la FTC realizó por primera vez un estudio respecto al impacto y eficacia de treinta y cinco remedios estructurales (únicamente se revisaron desinversiones) aplicados entre los años 1990 y 1994<sup>26</sup>. El periodo fue escogido ya que permitía reconocer de mejor manera cuál había sido el resultado derivado de la ejecución de dichos remedios luego de un mediano-largo plazo.

<sup>22</sup> United States v. AT&T, 552 F. Supp. 131, 168 (D.D.C. 1982).

<sup>23</sup> POSNER, Richard. “Antitrust in the New Economy”. 68 Antitrust L.J. 925, 925. 2001.

<sup>24</sup> KWOKA, John y Daniel GREENFIELD. “Does merger control work? A retrospective on U.S. enforcement actions and merger outcomes”. Boston: Northeastern University. 2011. p. 2.

<sup>25</sup> DUSO, Thomas; GUGLER, Klaus y Burcin, YURTOGLU. “How effective is European merger control?”. Op. cit. p. 2.

<sup>26</sup> BUREAU OF COMPETITION OF THE FEDERAL TRADE COMMISSION. “A study of the Commission’s Divestiture Process”. 1999.

<sup>26</sup> En: <http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf>.

Por su parte, en octubre de 2005, el DG Competition publicó un análisis *ex-post* detallado de 96 remedios adoptados en cuarenta concentraciones aprobadas en el periodo 1996 a 2000<sup>27</sup>, lo que representa un 44% del total de decisiones que aplicaron remedios durante el mencionado periodo, y 21% del total de decisiones que adoptaron remedios hasta el 2004<sup>28</sup>. En este caso, a diferencia del estudio de la FTC, sí se tomaron en consideración otros tipos de remedios además de las desinversiones (esto incluye, remedios conductuales).

En el caso europeo, el objetivo del estudio fue verificar cómo es que ha evolucionando en el tiempo la implementación de los remedios. El estudio presenta, en ese sentido, un análisis de los casos en los que los remedios fueron inefectivos para resolver el problema de competencia encontrado (*weak type II errors*)<sup>29</sup>. A primera vista, los resultados parecerían ser muy positivos, ya que el 94% de los negocios desinvertidos aún se encuentra en el mercado luego de tres a cinco años, luego de la implementación del remedio, y 81% del total de remedios analizados habrían sido total o parcialmente efectivos.

Pero, como bien señala Léveque, estos resultados son árboles que esconden el bosque<sup>30</sup>. Si escarbamos un poco más, veremos que en realidad las desinversiones solo resolvieron el problema de competencia en 56% de los casos<sup>31</sup>. Es decir, la mitad de las veces la intervención de la autoridad de competencia fue inútil.

En efecto, el hecho que un negocio haya sobrevivido no es sinónimo de que el remedio fue exitoso, pues la única manera de juzgar ellos es a través de un análisis de la participación del mercado de cada competidor<sup>32</sup>. En

promedio, en el caso europeo la participación de mercado de los negocios desinvertidos decreció en 44% de los casos (algunas veces de manera dramática, cayendo más del 50%), mientras que permanecieron estables en 34%. Contrariamente, el negocio que se mantuvo en manos de la empresa fusionada aumentó su participación en 57% de los casos<sup>33</sup>.

El estudio del DG Competition muestra algunos datos respecto a determinados puntos críticos que influyeron en el fracaso de la aplicación efectiva de los remedios.

En primer lugar, puede observarse que el problema más grande que presentan los remedios estructurales es el alcance de los bienes que serán materia de transferencia. El 79% de las veces se han encontrado serios problemas relacionados a una definición insuficiente y/o inadecuada de los bienes. No transferir los bienes correctos redundará en la incapacidad de los nuevos negocios de poder competir en el mercado a futuro; además, perjudica a las partes fusionadas en tanto los despoja de un patrimonio innecesariamente, generando costos sociales.

En segundo término, es posible concluir que el 48% de las desinversiones analizadas por el DG Competition presentaron problemas relacionados a la idoneidad del comprador. Por lo menos en 11 casos se eligió mal al mismo. Esto puede deberse en gran medida, a que los compradores son empresas pequeñas, incapaces de generar el mismo nivel de eficiencias que la empresa fusionada.

Además, dado que “*el interés de los compradores típicamente no coincide totalmente con objetivo buscado por el remedio*”<sup>34</sup>, entonces es muy difícil

<sup>27</sup> DG COMPETITION. “Merger Remedy Study”. 2005.

En: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf).

<sup>28</sup> PAPANDEPOULOS, Penelope y Alejandro TAJANA. “The Merger Remedies Study – In Divestiture We Trust?”. ECLR Issue 8. 2006.

<sup>29</sup> Existen además los *weak type errors*, identificados por Duso, Gugler y Yurtoglu como aquéllos remedios que eran totalmente innecesarios. Ver: DUSO, T; GUGLER, K. y B. YURTOGLU. “EU Merger Remedies; A preliminary Empirical Assessment”. WZB Discussion Paper. 2005.

<sup>30</sup> LÉVEQUE, François. “Are merger remedies effective in the EU?”. Working Paper. CERNA. 2007. p. 3.

<sup>31</sup> Ver: PAPANDEPOULOS, Penelope y Alejandro TAJANA. Op. cit. p. 444.

<sup>32</sup> La efectividad se juzgó sobre la base de las siguientes consideraciones: si el comprador aún se encontraba en el mercado; la evolución de la participación del mercado de los dos competidores; y la comparación entre ambos.

<sup>33</sup> PAPANDEPOULOS, Penelope y Alejandro TAJANA. Op. cit. pp. 445-446.

<sup>34</sup> Citados por: HARKER, Michael. “UK Merger Remedies under Scrutiny”. ESRC Centre for Competition Policy and Norwich Law School, University of East Anglia. CCP Working Paper 06-16. 2006. p. 13.



obtener un resultado querido. Por ejemplo, el DG Competition halló que *“los compradores encontraban preferible pagar una suma sustancialmente menor a cambio de una menor cantidad de activos, con el resultado negativo de que no se podrían equipar adecuadamente para competir en contra del vendedor”*<sup>35</sup>. [El énfasis es nuestro.]

Es más, otro estudio<sup>36</sup> concluye que el comprador ni siquiera tiene incentivos para buscar que la desinversión genere competencia, ni para exigir complementos clave que permitan que la transferencia tenga un impacto contundente sobre el mercado. Esto tiene lógica en la medida que luego de la transferencia de los bienes, el mercado posiblemente quedará configurado de tal forma que se presentarán las condiciones necesarias para que la empresa fusionada ejerza su posición de dominio, dificultando la entrada de nuevos competidores. Así, la nueva empresa se verá beneficiada por la ausencia de otros competidores.

A partir de observaciones como las anteriormente descritas, la autoridad de competencia de la Unión Europea encontró un total de 194 problemas serios (lo que implica que si el problema no se resuelve, el remedio sería total o parcialmente inefectivo). Esto significa que por cada remedio aplicado, en promedio existen dos potenciales complicaciones serias, lo que a la larga refleja que los remedios tienen una gran posibilidad de fracasar<sup>37</sup>.

Por su parte, el estudio de la FTC encontró que el 25% de las desinversiones fueron completamente inefectivas. Si bien este número parece relativamente bajo en comparación a los resultados obtenidos en la Unión Europea, la cifra debe tomarse con mucho cuidado, pues el criterio utilizado por la FTC fue mucho más laxo que el del reporte del DG Competition. En efecto, para considerar que una desinversión fue exitosa, la FTC únicamente valoró si el nuevo negocio había

ingresado al mercado, sin importar el éxito que tuviese en éste en el futuro. Si el estudio de la FTC hubiese utilizado como referencia la cantidad de empresas que tuvieron la capacidad de dinamizar el mercado, es altamente probable que el porcentaje varíe dramáticamente. Lamentablemente, no contamos con números que reflejen esto.

Lo que sí puede apreciarse en Estados Unidos de Norteamérica es que tanto los remedios estructurales como conductuales han sido incapaces de influenciar de forma suficiente sobre el precio luego de la operación de concentración. *“Aquellas sujetas a desinversiones resultaron en un incremento en el precio de 7.55 por ciento (8.33 para fusiones), mientras que aquellas que implementaron remedios conductuales tuvieron un incremento sustancial –cerca del 15.14 por ciento”*<sup>38</sup>. [El énfasis es nuestro.] Es decir, los remedios planteados por la autoridad no logran alcanzar por lo menos uno de los objetivos, pues no pueden prevenir eficazmente el aumento de los precios como consecuencia de las concentraciones.

Ciertamente, esto refuerza la idea de que el objetivo de los remedios no debe ser controlar los precios, sino generar un entorno propicio para la competencia, donde no existan barreras de entrada que impidan que, ante un aumento en los precios, un nuevo competidor ingrese a disciplinar el mercado. Será la disposición a pagar del consumidor la que estabilizará el precio.

Las críticas sobre la efectividad de los remedios y, por tanto, su utilidad para resolver problemas de disminución de competencia generados por las concentraciones empresariales, son claras y contundentes. Incluso los estudios elaborados por las propias agencias de competencia en las dos jurisdicciones más importantes sobre la materia coinciden (basados en data empírica) respecto a sus deficiencias.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> FARRELL, Joseph. “Negotiation and Merger Remedies: Some Problems”. Working Paper CPC03-41. Department of Economics, University of California, Berkeley. 2003. En: [http://www.concurrences.com/IMG/pdf/Article\\_Farell\\_II.pdf](http://www.concurrences.com/IMG/pdf/Article_Farell_II.pdf).

<sup>37</sup> LÉVEQUE, François. Op. cit. p. 5.

<sup>38</sup> *Ibid.* p. 31.

Es por ello que Duso, Gugler y Yurtoglu concluyen, válidamente, a partir de un análisis cuantitativo y económico, que los remedios no son capaces de resolver los problemas anticompetitivos en promedio<sup>39</sup>.

Kwoka y Green field concluyen de manera similar. Su estudio sobre la efectividad del control de fusiones en la Unión Europea señala que los remedios impuestos (desinversiones y remedios conductuales) por lo general no son adecuados para preservar la competencia<sup>40</sup>.

Motta, Polo y Vasconcelos tienen una percepción muy similar sobre los problemas derivados de la implementación de los remedios como condición para la aprobación de una fusión. En específico, consideran que las desinversiones, lejos de promover la competencia, tienden a viabilizar la generación de ambientes propicios para la colusión entre competidores<sup>41</sup>. Al prestarle tanta atención a la viabilidad de la creación del nuevo negocio, la autoridad suele pasar por alto los efectos a mediano y largo plazo que se generarían y que pueden resultar ser más perjudiciales que el propio acto de concentración.

## V. REFLEXIONES FINALES

Los remedios fueron creados con la intención de servir como curas efectivas frente a las posibles contingencias que pueden derivarse del aumento en el poder de mercado por parte del competidor fusionado, pero sin que ello destruya las eficiencias que se generan como consecuencia de la operación de concentración<sup>42</sup>. La experiencia, sin embargo, ha demostrado que lejos de obtener como resultado la eliminación del problema de competencia hallado por la autoridad, en una gran cantidad de casos el remedio es inefectivo, lo que, o no tiene un impacto sobre la fusión, y generó un costo inútil, o, peor aún, conlleva a un resultado aún más

negativo, generando un costo social no previsto.

Líneas arriba habíamos listado las funciones que un remedio debía cumplir para que la autoridad pueda plantear su utilización en un caso concreto. En la práctica, sin embargo, vemos que los remedios:

- a) No satisfacen la provisión de una solución final para el problema de competencia que se generaría por la concentración propuesta.
- b) Corren el riesgo de crear un nuevo problema de competencia, tanto en el mercado afectado, e incluso en otros mercados.
- c) No son de fácil implementación y, cuando lo son, no se toman en cuenta los efectos a mediano o largo plazo.

Es decir, en retrospectiva vemos, a partir de datos estadísticos, que los remedios, por lo general, no cumplen con los requisitos necesarios para ser planteados. Ante la duda sobre la efectividad de los remedios en general, lo ideal, entonces, sería no tener un sistema de aprobación previa de concentraciones empresariales, pues nos enfrentamos a la posibilidad de distorsionar el mercado y generar ineficiencias y perjuicios para el consumidor. Consideramos que es mejor no intervenir en la economía cuando el propio mercado puede autorregularse con el tiempo.

En caso se decida proseguir con la promulgación eventual de una Ley de Control de Fusiones, consideramos que la aplicación de los remedios debe ser muy excepcional, pues se corre el riesgo de distorsionar el rumbo normal del mercado.

Una cosa es clara: de nada sirve una medicina si no puede curar la enfermedad.

<sup>39</sup> DUSO, Thomas; GUGLER, Klaus y Burcin, YURTOGLU. "How effective is European merger control?". Op. cit. p.2.

<sup>40</sup> KWOKA, John y Daniel GREENFIELD. "Does merger control work? A retrospective on U.S. enforcement actions and merger outcomes". Op. cit. p. 37.

<sup>41</sup> MOTTA, Massimo; POLO, Michele y Helder VASCONCELOS. "Merger Remedies in the European Union: An Overview". Op. cit. p. 23.

<sup>42</sup> Esta es la tendencia en los objetivos de las autoridades de competencia de Estados Unidos y la Unión Europea, así como de la OECD.