

# ESTABILIZANDO EL PÉNDULO

## CONTROL DE FUSIONES Y CONCENTRACIONES EN EL PERÚ

**José Ignacio Távara Martín \***  
**Luis José Díez Canseco Núñez \*\***

*Debido al enorme poder económico que pueden generar las fusiones o concentraciones empresariales, así como a sus consecuencias en el proceso democrático y en el bienestar de los ciudadanos, ellas han sido objeto de regulación a nivel internacional. El Perú está entre los pocos países que han optado por auto marginarse de la regla.*

*Resulta necesario desarrollar un análisis costo-beneficio sobre la conveniencia o no de contar con esta clase de normativa en el caso particular del Perú. Sobre la base de las conclusiones que se formulen, podremos saber si es conveniente contar con un régimen específico. Hasta ahora se han expresado diversas voces contrarias al control de las concentraciones. En este artículo se adopta una posición más favorable hacia su adopción.*

\* Doctor en Economía (Ph.D) por la Universidad de Massachussets. Jefe del Departamento de Economía y Coordinador de la Maestría en Regulación de los Servicios Públicos de la PUCP.

\*\* Abogado, Magister en Derecho por la George Washington University Law School y Visiting Scholar en dicha universidad en el marco de la Hubert H. Humphrey Fellowship. Profesor de Derecho en la PUCP y la UPC.

La tendencia a la concentración del poder económico tiene profundas raíces en la historia de la humanidad. Ella ha generado grandes desafíos en la medida en que unos grupos económicos han intentado prevalecer sobre otros para lograr el control absoluto de determinadas industrias y actividades económicas. Las sociedades democráticas han enfrentado estos retos de diversas maneras, guiándose por el objetivo de preservar los valores y equilibrios requeridos para mantener su cohesión y proteger su organización social, promoviendo el sistema económico de libre mercado, la competencia y el bienestar del público consumidor.

Tal como se ha señalado acertadamente a propósito de la Unión Europea: «un fenómeno económico de nuestra época -de mayor importancia- lo constituye, sin lugar a dudas, la modificación de la estructura de los mercados en muchos sectores económicos por causa de la concentración empresarial. Se trata -hay que apresurarse a decirlo- de un fenómeno social que se produce no sólo en el ámbito nacional, en el comunitario e, incluso, más allá del espacio territorial europeo»<sup>1</sup>. Esta afirmación puede trasladarse perfectamente al ámbito de la futura Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y particularmente al Perú con el conocido caso de la concentración en la industria de la cerveza.

El derecho no ha estado ajeno a este desafío. Así, la legislación y las políticas públicas frente a los monopolios y sobre las prácticas que limitan, restringen o distorsionan la competencia han incursionado en el ámbito de las fusiones empresariales. Esta normativa, que tiene más de un siglo de historia, ha evolucionado paulatinamente hasta llegar a establecer mecanismos de control sobre las fusiones y concentraciones empresariales.

Actualmente tienen particular importancia en el nuevo contexto económico internacional, caracterizado por el incremento de los intercambios comerciales, la reducción de las barreras arancelarias, y la presencia de grandes conglomerados y corporaciones que operan a escala global. Es más, la tendencia hacia la internacionalización y armonización de esta clase de normativa es un proceso irreversible puesto que las fusiones en un país determinado pueden afectar el grado de concentración en un tercero. Por ello cada día son más los Estados que incorporan en sus ordenamientos jurídicos disposiciones que regulan la concentración empresarial, y cada día se intensifican

las controversias jurídicas sobre las fusiones transfronterizas.

El control de fusiones y concentraciones ha sido objeto de un intenso debate entre académicos y profesionales vinculados con la economía y el derecho, y ha generado una vasta literatura. Sin embargo, en el Perú se ha escrito poco sobre el particular y la mayoría de los autores ha concentrado su atención en justificar la ausencia de esta clase de normativa. Sus trabajos han influido decisivamente en el derrotero legislativo de nuestro país sobre esta importante área del derecho de la competencia.

Sin embargo, puede ser el momento de exponer puntos de vista diferentes. En otras palabras, frente al dilema de si se debe o no contar con normas específicas sobre el control de fusiones y concentraciones y frente a una corriente imperante en contra, este artículo pretende contribuir con el conocimiento de la temática desde una visión más favorable hacia su aceptación.

El artículo se divide en cinco secciones. La primera sección presenta un sumario de la normativa relevante. En la segunda sección se examinan los principales argumentos que sustentan la opción de no regular las operaciones de concentración empresarial en el Perú, poniendo de relieve su inconsistencia y sus limitaciones. Luego, en la tercera sección, se analiza la conveniencia de adoptar el control previo de las concentraciones en el caso de las industrias reguladas y, específicamente, en el sector de las telecomunicaciones, cuyos contornos son bastante conocidos. La cuarta sección muestra una síntesis de los fundamentos del control de las concentraciones en la teoría económica, con referencia a las fusiones horizontales, es decir aquellas entre empresas que abastecen el mismo mercado. La quinta y última sección presenta las conclusiones y los principios básicos que ofrecen sustento y orientación al control de las concentraciones empresariales.

## 1. LEGISLACIÓN

El hito en la historia del derecho de la competencia o *antitrust* se verifica en 1890 con la promulgación de la Sherman Act en los Estados Unidos de América, la cual constituye un monumento jurídico de las libertades económicas e inspira la mayor parte de la normativa mundial sobre la materia.

La Sherman Act es bastante parca en su parte sustantiva. Cuenta con dos artículos que, en líneas bastante generales, prohíben los acuerdos y los intentos

de monopolización, según se dispone en sus Secciones 1 y 2, respectivamente<sup>2</sup>. Ambos preceptos constituyen «cláusulas generales» y han sido objeto de una riquísima jurisprudencia que ha delimitado sus contornos y las ha adecuado a las siempre cambiantes circunstancias de la economía.

Con el transcurrir de los años la Ley ha sido objeto de diversas modificaciones y adiciones, principalmente las Leyes Clayton, Robinson-Patman, Celler-Kefauver y Hart-Scott-Rodino referidas a las prácticas de discriminación y al control de fusiones. Igualmente ha sido complementada por reglamentos, directivas y «principios de política» (declaraciones *ex ante* sobre la manea de proceder por parte de las autoridades). En cuanto a sus aspectos organizacionales, ha sido complementada por la Federal Trade Commission Act (Ley de la Comisión Federal de Comercio), que también contiene normas sobre competencia desleal y protección al consumidor<sup>3</sup>.

La Sherman Act no se pronuncia explícitamente sobre las concentraciones empresariales. Sin embargo se interpretó que una lectura conjunta de sus Secciones 1 y 2 lleva a la conclusión de que el tema estaría cubierto. En efecto, la fusión es una forma de acuerdo que conduce a la monopolización. A partir de los preceptos citados anteriormente se desarrollaron diversas controversias que tuvieron resultados un tanto erráticos<sup>4</sup> y que, según algunos autores, facilitaron una «explosión» de fusiones en los años inmediatamente siguientes a la promulgación de esta norma<sup>5</sup>.

La redacción de la Sherman Act no favoreció un *enforcement* tendente a controlar las concentraciones; de ahí que se percibió la necesidad de una respuesta legislativa. Ello no se produjo sino hasta 1914 con la adopción de la Clayton Act, la misma que en su Sección 7 (complementada posteriormente con la 7A) prohíbe la adquisición de todo o parte del accionariado, el capital o los activos de otra empresa, si dicha adquisición puede tener como efecto una merma sustancial de la competencia o si tiende a crear un

monopolio<sup>6</sup>. En una primera etapa el horizonte de aplicación de la normativa centró su atención en las adquisiciones de acciones. Posteriormente, a partir de 1950, se amplió a la adquisición de los activos fijos y a la absorción de las empresas propiamente dichas<sup>7</sup>.

Del mismo modo la aplicación de la normativa tomó como referencia el «ratio de concentración» sustentado, por ejemplo, en porcentajes de participación en un mercado determinado o tomando como referencia lo que ocurriría en escenarios en los que participan cuatro empresas<sup>8</sup>. A este análisis se adicionaba una evaluación del impacto en las pequeñas empresas<sup>9</sup>. En efecto, existía la percepción que ellas tendrían una posición desventajosa en relación con las empresas de mayor envergadura. Con los años la posición fue variando y hacia la década de los 80, como consecuencia del pensamiento impulsado por la denominada «Escuela de Chicago», el enfoque reconoce que las fusiones pueden ser convenientes para la competencia como abstracción y para el bienestar de los consumidores. Del mismo modo, se deja de lado el ratio de participación de las cuatro principales empresas (el mismo que fue ampliamente criticado por arbitrario) para incorporar el índice Herfindahl-Hirschman, que se estima más adecuado para medir los efectos en el mercado relevante con posterioridad a la fusión.

Cabe indicar que las disposiciones sobre control de fusiones, al igual que las referidas a los acuerdos y los intentos de monopolización de la Sherman Act, también son bastante generales y se las distingue porque esta última recurre a mecanismos *ex post* y expresa un control de comportamientos; mientras las primeras se erigen como mecanismos *ex ante* y de control de estructuras.

El control *ex ante* y el análisis de las estructuras a fin de verificar si las operaciones de concentración pueden o no mermar la competencia o crear un monopolio, han colocado en el terreno del debate a los objetivos del derecho de competencia en los

<sup>2</sup> La Sherman Antitrust Act, de 2 de Julio de 1890, Ch 647, 26, Stat 209 (1890). Codificado en 15 U.S.C. § § 1-7. La Sección 1 señala que «Todo contrato, combinación en la forma de un *trust* o cualquier otra, o conspiración que restrinja el comercio entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras, es declarado ilegal». Por su parte la Sección 2 indica: «Toda persona que monopolice o intente monopolizar, o entre en combinación o conspire con otra persona o personas para monopolizar una parte del comercio entre los Estados o con naciones extranjeras será considerada culpable (...). Cabe indicar que la Sherman Act es una norma que tiene dos vertientes: una sancionadora de derecho penal, y una civil que apunta a la reparación por daños y perjuicios.

<sup>3</sup> The Federal Trade Commission Act del 26 de setiembre de 1914 (Sección 1, 38 Stat. 717. 15 U.S.C.) que contiene la Sección 5 que declara ilegal los métodos desleales de competencia que afecten el comercio, así como las prácticas o métodos desleales o engañosos que afecten el comercio.

<sup>4</sup> En contra de la aplicación de la Sherman Act el caso de *United States v. E.C. Knight*, 156 U.S. 1 (1895). A favor de la aplicación el caso *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

<sup>5</sup> BITTLINGMAYER, George. «Did Antitrust Policy Cause the Great Merger Wave». *Journal of Law & Economics* No. 28 p. 77 (1985).

<sup>6</sup> Sección 7 y 7A de la Clayton Act. 15 U.S.C. 18, y 15 U.S.C. 18a de 15 de octubre de 1914, con modificaciones en 1950, 1976, 1980, 1984 y 1989.

<sup>7</sup> Celler-Kefauver Amendments Act. Ch. 1184, 64 Stat. 1125 (1950).

<sup>8</sup> El índice para medir la concentración del mercado empleaba como referencia el «ratio de las cuatro empresas», el mismo que consiste en la sumatoria de la participación de las cuatro principales empresas en el mercado relevante. *United States Department of Justice, Antitrust Division, Statement Accompanying 1982 Merger Guidelines*.

<sup>9</sup> Para un análisis detallado de la manera cómo ha variado la evaluación de la concentración ver: SULLIVAN, Thomas E. y Herbert HOVENKAMP. «Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials Problems». Virginia, Lexis Law Publishing, 1999. p. 805 y siguientes.

EEUU. En efecto, nadie pone en duda que ciertos acuerdos limitan la competencia y, por lo tanto, deben de ser sancionados. Sin embargo, impedir o limitar que una empresa se fusione o adquiera el control de otra, tiene una connotación distinta. Sobre este punto cabe indicar que esta clase de normas limita las libertades de contratación y de comercio a fin de garantizar un hipotético, no verificado y futuro daño a la competencia. Por ello, y a fin de garantizar que el *enforcement* del control *ex ante* no sea arbitrario, se establecen criterios de aplicación rigurosos<sup>10</sup>.

Un correlato inmediato a esta clase de disposiciones se vincula necesariamente con el análisis que debe llevar a cabo la autoridad a fin de decidir si la fusión daña o no la competencia. Obviamente no puede ser una evaluación de naturaleza formal. Se trata de un análisis económico que tiene por objeto determinar los efectos que la toma de control genera en el mercado. Por ello resulta de capital importancia conocer qué es lo que se espera del derecho de la libre competencia. En otras palabras, es necesario explicitar los objetivos de esta clase de normativa.

En realidad, los objetivos del control de fusiones y concentraciones han sido materia de una intensa controversia<sup>11</sup>. Sobre este particular destacados

intelectuales de la escuela de Chicago, como es el caso de Robert Bork<sup>12</sup>, han sostenido que la verdadera intención de los legisladores norteamericanos y el «valor decisivo» que determinó la aprobación de la normativa *antitrust* fue la promoción de la eficiencia<sup>13</sup> y el bienestar de los consumidores<sup>14</sup>. Sin embargo, los historiadores y otros académicos han mostrado de manera contundente que si bien la eficiencia fue uno de los criterios considerados, la Sherman Act fue en realidad una respuesta al poder excesivo de los *trusts* y los monopolios que amenazaban la libertad y limitaban las oportunidades de desarrollo empresarial. La promulgación de esta norma respondía a la demanda y a la presión social por restaurar los balances de poder en la sociedad norteamericana, y se entronca con una tradición ideológica muy arraigada que asociaba la concentración excesiva del poder económico con la corrupción política y con la opresión de los consumidores y los competidores<sup>15</sup>.

A pesar de la controversia sobre los objetivos de la legislación *antitrust* de EEUU, queda claro que el origen de esta normativa se relaciona precisamente con el tema de las fusiones y concentraciones. Tal como se ha señalado anteriormente, un recuento histórico de las razones que llevaron a la adopción de estas normas demuestra claramente que el tema de

<sup>10</sup> Directivas o «*guidelines*» que detallan diversos aspectos sobre el control de fusiones como es el caso de las Merger Guidelines de 1968; las Merger Guidelines de 1982; las Horizontal Merger Guidelines de 1992 (Con modificaciones en 1997), del Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión Federal de Comercio (FTC); las Horizontal Merger Guidelines de la National Association of Attorneys General de 1993; y las Non-Horizontal Merger Guidelines de 1984. DOJ.

<sup>11</sup> Para un análisis de la evolución del derecho *antitrust* de Estados Unidos de América, así como sus objetivos ver: FOX, Eleanor M. y Lawrence A. SULLIVAN. «Antitrust Retrospective and Prospective: Where are we coming from? Where are we going?». En: New York University Law Review, No. 62 p. 936. Papers Presented at the Airlie House Conference on the Antitrust Alternative. En el apéndice del artículo aparece una tabla con un sumario de los puntos de vista y postulados de la denominada escuela de Chicago en comparación con la escuela realista o tradicional. En este «lexicon» del derecho de la libre competencia se presenta un resumen de diversos conceptos sumamente importantes para la disciplina jurídica en general y para la temática del control de fusiones y concentraciones en particular. Entre otros se analiza: cuáles son sus objetivos; qué significa eficiencia y cómo se mide; qué son las barreras de entrada y por qué impactan en la competencia; qué significa competencia potencial; cómo se promueve la innovación; qué significa poder de mercado; qué significa prelación y por qué es importante para el derecho *antitrust*; qué significa concentración del mercado; cómo se definen los mercados; por qué prohibir ciertas fusiones. Este tema también ha sido objeto de interés en el Perú. Ver: CÁCERES, Fernando. «El por qué de la política de la libre competencia». En: Derecho y Sociedad, No. 19. p. 89. 2002. En este artículo se presenta un análisis detallado del debate en torno a los objetivos de la Sherman Act (2.1); así como de los objetivos de la política de la competencia en EEUU desde la perspectiva del bienestar del consumidor, y de la descentralización del poder económico mediante la protección de las pequeñas unidades económicas (3.2.).

<sup>12</sup> POSNER, Richard. «The Chicago School of Antitrust Analysis». En: University of Pennsylvania Law Review, No. 127. p. 925.

<sup>13</sup> La controversia entre quienes opinan que el objetivo de la normativa *antitrust* de EEUU es la concentración del poder o la eficiencia puede resumirse de la siguiente manera: «Because both sides can usually find support in the congressional debates, arguments based upon legislative intent have rarely changed anyone's opinion on important antitrust policy questions. Recognizing this point, scholars on both sides have hedged their reliance on legislative history with institutional and policy arguments. They assert that the Sherman Act delegates to the courts authority to develop antitrust by the common-law method. Frank Easterbrook advocates the Chicago approach to this task based on a list of axioms about market and governmental processes and their relative effectiveness in selecting among efficient and inefficient business arrangements. Most important, he emphasizes that monopoly profits attract entry, and that competition will ultimately undermine monopolistic practices. In contrast, he argues, judicial efforts to deter even truly monopolistic practices are likely to be inept, counter-productive, and long-lasting. Here again, opponents of the Chicago approach have contradicted his premises, suggesting that more exacting judicial scrutiny of business practices is both possible and necessary to preserve competition». Citado en: PAGE, William H. «Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy». En: Tulane Law Review, No. 66. p. 1.

<sup>14</sup> El bienestar del consumidor no puede asimilarse ni ser interpretado como protección al consumidor. El bienestar o «*welfare*» se define como la sumatoria del bienestar de los productores y de los consumidores. De acuerdo con la escuela de Chicago, si el consumidor pierde pero el productor gana más de lo que pierde el consumidor, el «bienestar del consumidor» se ha incrementado. Ver FOX y SULLIVAN, Op.cit. pp. 946-947. Bork ha señalado que el bienestar del consumidor se incrementa en la medida que los bienes de la sociedad sean ubicados o distribuidos de tal manera que los consumidores sean capaces de satisfacer al máximo sus necesidades y hasta lo permita la tecnología. En este sentido el bienestar del consumidor no es más que un término que describe la riqueza de una nación. Por lo tanto, el derecho *antitrust* tiene una predilección intrínseca por la prosperidad material, lo cual no significa que tenga que ver con la manera cómo se distribuye o usa la prosperidad. Ello será materia de otras leyes. BORK, Robert H. «The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself». New York, The Free Press, 1993. Segunda Edición, pp. 90-91.

<sup>15</sup> Ver al respecto LANDE, Robert. «Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged». Hastings Law Journal, No. 34. p. 67, y MILLON, David. «The Sherman Act and the Balance of Power». Southern California Review, No. 61. p. 1219, 1988.

la concentración del poder económico estuvo presente<sup>16</sup>.

En el caso de la Unión Europea la normativa sobre libre competencia y sobre el control de fusiones y concentraciones siguió un derrotero similar en cuanto a sus aspectos temporales, pero no así en cuanto a sus objetivos. En efecto, cuando se aprueba el Tratado de Roma que crea la Unión Europea, al igual que en los EEUU, no se incorporaron disposiciones específicas sobre el particular<sup>17</sup>. Los artículos 81 y 82 (entonces 85 y 86), se refieren a la prohibición de acuerdos y de abuso de una posición dominante en el mercado, respectivamente. Tuvieron que transcurrir más de 30 años para que la Comisión adoptara reglas específicas.

La normativa europea sobre libre competencia tiene una clara vocación política en lo que respecta a sus orígenes y objetivos. En cuanto a lo primero se destaca la necesidad de desconcentrar la economía europea de la post-guerra -especialmente la alemana-, la misma que había facilitado el despliegue de su inmensa maquinaria bélica. En lo atinente a sus objetivos se pensó que debería tener como propósito evitar que los intercambios comerciales que se promoverían como consecuencia del tratado de integración, se vieran limitados por acuerdos que, entre otros, segmentaran el mercado. Como se puede apreciar, el origen de la normativa *antitrust* europea estuvo asociado a la búsqueda de la paz y la integración económica.

En el proceso que condujo a la adopción de los artículos 81 y 82 quedó claro que se tendrían que prohibir los acuerdos entre empresas. Sin embargo también se reconoció que, a diferencia de los EEUU, la economía estaba sumamente concentrada y que sería contraproducente para los fines del desarrollo, la consolidación económica y la integración, forzar un

cambio brusco e inmediato de las estructuras. Por ello se introdujo la noción jurídica de abuso de posición dominante en el mercado, la cual como su nombre lo indica sólo establece una prohibición de los comportamientos abusivos. Dicha noción expresa un equilibrio adecuado entre una realidad económica que no podía ser desatendida -la posición dominante- y los principios de la competencia que apuntan a sancionar comportamientos que la limiten.

Del mismo modo se estimó que la economía europea debía integrarse de la manera más rápida posible, de ahí que conscientemente se decidió no tratar el tema del control de fusiones y concentraciones sino hasta un momento posterior<sup>18</sup>. Es así que en 1989 se adoptó un cuerpo normativo específico<sup>19</sup>.

Los objetivos políticos de la normativa europea sobre control de fusiones y concentraciones van a tener un claro reflejo en relación con la manera como se abordarían los objetivos económicos. Es así que la doctrina sobre esta clase de objetivos destaca el bienestar de los consumidores (particularmente en cuanto a precios y calidad); la promoción de la competencia efectiva (que está explícita en la norma<sup>20</sup>) y de la existencia de competidores y, en cuanto al tema que nos ocupa en este artículo, que existan más competidores<sup>21</sup>. También se consideró importante la protección del mercado laboral y de la industria nacional. El fundamento de estos últimos objetivos es evidente a la luz de los principios de la integración europea, y de su sustento filosófico en una economía social de mercado<sup>22</sup>. Del mismo modo el índice de concentración se mide, en principio, en términos cuantitativos como es el volumen de negocios cuantificado en ECUS y en un período de tiempo determinado<sup>23</sup>.

La instauración efectiva de las políticas de competencia en el Perú tuvo sus inicios un siglo después de su adopción

<sup>16</sup> THORELLI, Hans B. «The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition». pp. 55-57, 63-72 (1955); HORWITZ, Morton J. «The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy». pp. 80-87, Oxford University Press (1992); SKLAR, Martin J. «The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916». pp. 14-20 (1988); HOVENKAMP, Herbert. «Enterprise and American Law, 1836-1937». pp. 266-295 (1990). Citados en: GAVIL, Andrew I. Ed. «An Antitrust Anthology». Cincinnati, Anderson Publishing Co., 1996. Igualmente MAY, James. «Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918». En: Ohio State Law Journal, No. 50. p. 257 (1989); «Antitrust Practice and Procedure in the Formative Era: The Constitutional and Conceptual Reach of State Antitrust Law, 1880-1918». En: University of Pennsylvania Law Review, No. 135. p. 495. Del mismo modo: KHULA, Bruce A. «Antitrust at the Water's Edge: National security and Antitrust Enforcement». En: Notre Dame Law Review, No. 78. p. 629 (2003), quien, resumiendo lo expresado por diversos autores de la época en que se adoptó la Sherman Act señala que se consideraba al: «trust as a fearsome concentration of economic power that unjustly enriched a select few at the expense of the commonwealth». Op.cit. p. 633. Sobre este punto existe un interesante debate académico entre Bork y Lande. Ver: LANDE. Op.Cit.

<sup>17</sup> Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE). Roma, 25 de marzo de 1957.

<sup>18</sup> La excepción aparece con el artículo 66 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (TCECA). París, 18 de abril de 1951. En este caso queda claro el por qué se establecieron disposiciones sobre el control de fusiones y concentraciones en esta industria: constituía uno de los pilares de la economía de guerra. Sobre el particular ver: CALVO, Alfonso y Natividad. «El control de las Concentraciones de Empresas en Europa». Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999. pp. 41 y ss.

<sup>19</sup> Reglamento (CEE) N° 4064/1989 del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre control de operaciones de concentración entre empresas. Diario Oficial N° L395 del 30 de diciembre de 1989. Con modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) N° 1310/97 del Consejo de 30 de junio de 1997. Diario Oficial N° L180 de 9 de julio de 1997.

<sup>20</sup> Artículo 2.1.a) del Reglamento (CEE) 4064/89.

<sup>21</sup> SWAINE, Edward T. «Competition, not Competitors. Nor Canard: Ways of Criticizing the Commission». University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, No. 23 (2002). pp. 597 y ss.

<sup>22</sup> Para un análisis detallado de la normativa sobre control de fusiones ver: CALVO CARACAVA y GOÑI, Op.Cit. Adicionalmente: FERNÁNDEZ-LENGA, Carlos. «Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España». Madrid, Aranzandi, 1994. pp. 386 y ss. Del mismo modo JONES, Alison y Brenda SUFRIN. «EC Competition Law». Oxford University Press, 2001. p. 699 y ss.

<sup>23</sup> Artículo 1 del Reglamento (CEE) 4064/89.

en los EEUU y más de tres décadas después de Europa. Ello se produjo con la promulgación del Decreto Legislativo 701<sup>24</sup>. Con más de cien años de historia del *antitrust*, con numerosos casos y experiencias, con una jurisprudencia que ofrece invalorable lecciones, resultaba verosímil que en el Perú se adoptara un marco normativo coherente, orientado a promover activamente la competencia y proteger el bienestar de los consumidores, buscando al mismo tiempo incluir a los sectores excluidos en nuestra incipiente «economía social de mercado».

Lamentablemente ello no ha sido así. A diferencia de EEUU y de la Unión Europea, dónde las leyes *antitrust* fueron promulgadas como consecuencia de decisiones conscientes y luego de evaluar detenidamente sus objetivos; en el Perú las normas fueron adoptadas en un contexto de condicionamientos por parte del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, con una racionalidad orientada a la constitución de una economía de mercado.

La normativa peruana no tuvo orígenes conscientes ni fue puesta en práctica con el vigor requerido<sup>25</sup>. Así por ejemplo, se desatendieron sectores de gran importancia para el crecimiento económico y la competitividad como es el caso de los sectores de infraestructura y las industrias productoras de bienes de primera necesidad<sup>26</sup>. Estas circunstancias son parecidas a las observadas en otros países de la región, los cuales han tenido un *enforcement* más que relativo debido a la falta de recursos de la agencia de competencia, al lento proceso de difusión de las normas y, quién sabe, a la decisión institucional de ir a paso lento. Es preciso reconocer, sin embargo, que hubo algunos logros destacados como son la promoción de una cultura de la competencia, la formación de un núcleo de profesionales capacitados y la firme decisión -política por cierto- de promover los valores de una economía de mercado.

No es el caso analizar en este artículo si el número de investigaciones y controversias fue el suficiente<sup>27</sup> y si fue o no adecuada la decisión de marginar de las

investigaciones a ciertos sectores claves de la economía. El caso es que resulta evidente que el origen, adopción y evolución de estas normas no fue el resultado de un proceso histórico comparable con EEUU o la Unión Europea; ni estuvo orientado por las fuerzas y los valores políticos que dieron lugar a la Sherman Act o a la adopción de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma.

A pesar de ello podría afirmarse, como en el caso de los antecedentes de EEUU y la Unión Europea, que en el Perú existía la disposición a dejar para un segundo momento la adopción de normas sobre el control de fusiones. Ello resultaría lógico, congruente e históricamente justificable. Sin embargo, no deja de resultar sorprendente la firmeza con la cual se defendió la decisión de evitar permanente y absolutamente la adopción de normas que regulen las fusiones y el proceso de concentración empresarial en el Perú, negando la posibilidad de promulgar estas normas en el futuro.

Como consecuencia de ello y con la excepción del sector eléctrico -el mismo que cuenta con una normativa específica<sup>28</sup>- el Perú es de los pocos países en el mundo que han optado por marginar de regulación las operaciones de concentración empresarial<sup>29</sup>. Y ello a pesar de que es fácil constatar que en los demás sectores y actividades económicas pueden generarse monopolios privados como resultado de procesos de concentración. Como resultado de la ausencia de normas sobre este tema, no existen mecanismos legales que limiten o puedan cuestionar concentraciones o fusiones que afecten o tengan la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia en el mercado. Es más, tampoco estamos en capacidad de cuestionar fusiones que -por lo menos en el contexto de la integración andina- afecten nuestro mercado. Esto último se debe, entre otras explicaciones, a la ausencia de disposiciones sobre el particular a nivel de la normativa Andina<sup>30</sup>.

La decisión de no regular las fusiones no se condice con la doctrina ni con la teoría económica contemporánea. Inclusive los economistas más

<sup>24</sup> Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia del 7 de noviembre de 1991, según última modificación contenida en el Decreto Legislativo 857 de 18 de abril de 1996. Hasta que se promulgó el Decreto Legislativo 701 los comportamientos anticompetitivos eran sancionados recurriendo a la legislación que tipificaba la estafa, el acaparamiento, la especulación y adulteración de los productos, así como la publicidad engañosa y los comportamientos de competencia desleal asociados a la propiedad industrial. No existía un conjunto orgánico de normas que regularan la conducta anticompetitiva de las empresas. Para un recuento histórico de los antecedentes de la normativa peruana ver: ABANTO, Manuel. «El Derecho de la Libre Competencia». Lima, Editorial San Marcos, 1997, pp. 341 y ss.

<sup>25</sup> En el Perú el mayor número de denuncias y de casos de violación de normas de libre competencia, al menos durante los primeros cinco años de funcionamiento del INDECOPI, estuvo dirigido contra municipios, gremios tradicionales de pequeñas empresas, sindicatos, y empresas informales, y no contra empresas de mayor tamaño. Estas últimas se adaptaron rápidamente al nuevo marco legal y, como era de esperarse, lo utilizaron en su propio provecho. Ver al respecto TÁVARA, José. «Las Políticas Antimonopolio y la Promoción de la Competencia en el Perú.» *Economía*, Vol. XX, No. 39-40 (1997: 453-493). p. 479

<sup>26</sup> DIEZ CANSECO, Luis José y Fernando CÁCERES. Informe Final. Comisión de Transferencia. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Documento elaborado por encargo de la Comisión de Transferencia de la administración del Gobierno de Transición 2000-2001 al gobierno a cargo del ejecutivo 2001-2006. Puntos 2.1.(a), 2.1.(d) y 2.2.(a).

<sup>27</sup> *Ibid.* Se hace un análisis pormenorizado del número de casos en materia de libre competencia y sobre los sectores que fueron objeto de interés.

<sup>28</sup> Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Ley 26876. Decreto Supremo 017-98-ITINCI. Decreto Supremo 087-2002-EF (como consecuencia de procesos de promoción de inversión privada a cargo de Proinversión y en el marco de las privatizaciones).

<sup>29</sup> ALCA. «Inventario de Leyes y Normas sobre Políticas de Competencia en el Hemisferio Occidental». Comité Tripartito de la Organización de Estados Americanos. ALCA - Grupo de Negociación sobre Política de Competencia. Marzo, 2002.

<sup>30</sup> Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. «Normas para Prevenir o Corregir las Distorsiones en la Competencia, Generadas por Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia», (1991). Dicha norma reemplazó a la Decisión 230 de 1987, la que a su vez sustituyó a la Decisión 45 de 1971.

ortodoxos de la Escuela de Chicago sostienen que las políticas *antitrust* deben concentrarse «en las fusiones horizontales suficientemente grandes como para generar monopolios directamente, como en los casos clásicos de los *trust*, o como para facilitar la cartelización vía la disminución drástica en el número de vendedores significativos en el mercado»<sup>31</sup>. Aun los intelectuales más radicales de esta escuela, como es el caso de Bork -los «diehard Chicagoan» como los denomina Posner- aceptan que las fusiones horizontales de gran envergadura, como aquellas que conducen al monopolio, pueden ser controladas por el Estado. En contraste, para un sector de intelectuales sobre el derecho de la libre competencia en el Perú, las fusiones entre empresas no representan problema alguno aun si dan lugar a la creación de monopolios<sup>32</sup>. Esta línea de pensamiento ha llevado a que el Perú no cuente con disposiciones sobre el particular.

## 2. CONTROVERSIAS SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES

Uno de los principales argumentos para oponerse al control de las operaciones de concentración empresarial en el Perú ha sido el argumento del «país pequeño»: se afirma que nuestro mercado es reducido en comparación con, por ejemplo, el de EEUU, la Unión Europea y el de muchos otros países que cuentan con normas de control de fusiones. Considerando las escalas mínimas de producción requeridas para que las empresas operen de manera eficiente, resulta natural que los niveles de concentración empresarial que se observan en algunas industrias en el Perú sean más elevados<sup>33</sup>.

En este contexto las fusiones entre empresas estarían principalmente motivadas por la generación de economías de escala, y no por el dominio o el control del mercado. Por lo tanto, debido a estas circunstancias no resulta aconsejable el control de las concentraciones. Es más, dicho control provocaría pérdidas de eficiencia que en última instancia perjudican a la sociedad y a los propios consumidores.

Este argumento es ciertamente válido en muchas industrias, en las cuales «sólo existe espacio» para un

número reducido de empresas. Un mercado con tres o cuatro empresas grandes puede aun operar en condiciones competitivas, siempre que exista rivalidad entre ellas y no generen un cártel. Sin embargo, frente a la ausencia de normas que lo impidan, la fusión entre estas empresas puede elevar aun más la concentración, por encima de los niveles requeridos para aprovechar las economías de escala e, incluso, generar un monopolio. En el Perú se ha sobreexplotado el argumento del «país pequeño» para oponerse al control de las concentraciones, cuando en realidad el mismo no puede ser aceptado ni rechazado a priori, sin examinar cada caso y cada industria por separado.

Otro argumento para oponerse al control previo de las concentraciones empresariales consiste en que resulta sumamente oneroso para la sociedad, en relación con los beneficios inciertos y, en el mejor de los casos, reducidos que este control genera. En efecto, se afirma que «uno de los puntos más débiles del control de concentraciones empresariales es el mínimo resultado que tiene sobre el gran universo que pretende abarcar». Se trata, tal como se ha puesto de relieve «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»<sup>34</sup>. Además de los costos administrativos directos en los que debe incurrir el Estado, el sistema de control «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»<sup>35</sup>.

La magnitud de estos costos obviamente dependerá de la naturaleza y de la complejidad de los procedimientos administrativos que se utilizarán pero, por sobretodo, del umbral o «*threshold*» a partir del cual las empresas estarán obligadas a solicitar una autorización previa a la operación de concentración. Si el umbral es muy bajo es evidente que los costos administrativos resultarán elevados toda vez que el número de casos sujetos a evaluación será muy alto. Sobre este particular cabe señalar que el debate académico en torno a la admisión o rechazo del control de concentraciones ha marginado el tema del umbral. En otras palabras, no se trata de

<sup>31</sup> POSNER, Richard. Op.Cit. p. 394.

<sup>32</sup> Destaca sobre este punto: BULLARD, Alfredo. «Las Políticas de Competencia: ¿Por qué y para qué?» En: Derecho y Economía. El análisis económico de las Instituciones Legales. Lima, Palestra Editores, 2003, pp. 637 y ss. En dicho trabajo el autor resume adecuadamente las tres principales líneas argumentativas en contra del control de fusiones: el tamaño de la economía peruana, la falta de experiencia en la autoridad peruana y la capacidad del mercado para corregir fusiones ineficientes. No cabe duda que el pensamiento de Bullard ha influido significativamente en la percepción que se tiene en el Perú sobre este tema.

<sup>33</sup> Para un detallado análisis de la temática del «país pequeño» o de las «economías en transición» ver: KOVACIC, William E. «Merger Enforcement in Transition: Antitrust Control and Acquisitions in Emerging Economies». En: University of Cincinnati Law Review, No. 66. p. 1075 (1998). Adicionalmente ese autor refiere a los siguientes factores: el empresariado se resiste a los mecanismos del mercado; el frágil entorno político; la falta de «*expertise*»; un Poder Judicial poco capacitado; la falta de transparencia en la administración pública; los límites de presupuesto; y la ausencia de información sobre los mercados.

<sup>34</sup> QUINTANA, Eduardo. «¿Rezando entre tinieblas?: el credo del control de concentraciones empresariales». En: Themis, No. 39. pp. 223-235.

<sup>35</sup> Ibid. p. 232.

estar a favor o en contra de la institución de manera absoluta. Se trata de saber a partir de qué umbral es posible adelantar el control *ex ante*.

De otro lado, en la medida en que los criterios empleados para evaluar las fusiones se establezcan con precisión y claridad, sean conocidos por todos los interesados, además de que los procedimientos de control sean simples, expeditivos y transparentes; los resultados del control serán más predecibles para las empresas y los costos generados serán más bajos. La adopción del silencio administrativo positivo una vez transcurrido un plazo de duración razonable puede contribuir también a reducir los costos administrativos y los gastos en que deberán incurrir las empresas que deseen llevar a cabo operaciones de concentración. Por lo tanto, puede afirmarse que estos costos no tienen que ser necesariamente elevados, toda vez que su magnitud dependerá de las características del marco normativo y, en particular, de los procedimientos utilizados.

De otro lado, el argumento de que los costos del control no resultan justificados debido a que la mayoría de operaciones de concentración son finalmente autorizadas, ignora el efecto disuasivo que el sistema de control genera frente a las fusiones que pueden resultar dañinas para la sociedad. En efecto, en estos casos es muy probable que las propias empresas se inhiban de solicitar la autorización, precisamente para evitar incurrir en los costos administrativos.

En realidad, el control de fusiones debe estar diseñado para impedir sólo las fusiones que reducen el bienestar de la sociedad. Oponerse a este control con el argumento de que la mayoría de las fusiones son autorizadas, «es equivalente a inferir la poca utilidad de tener un cuerpo de bomberos porque la mayoría de los incendios son pequeños, rápidamente controlados sin mayor ayuda y con un daño pequeño para quienes los sufren»<sup>36</sup>.

Otro argumento que converge con el anterior es el que señala que el control *ex ante* de la estructura (afectada por las concentraciones) es más costoso y menos eficaz que los controles *ex post* de las conductas de las empresas<sup>37</sup>. También se sugiere que ambos

controles son sustitutos entre sí, y que la adopción de normas de libre competencia que regulan las conductas hace innecesario o superfluo el control de concentraciones<sup>38</sup>. Sin embargo, la evidencia disponible revela que estos dos tipos de controles son en realidad complementarios y no deben entenderse como sustitutos. El análisis de la legislación comparada muestra claramente que casi todos los países los utilizan de manera simultánea y complementaria, y que el control de conductas no sustituye al control de estructuras. Además, como es evidente, una vez que la concentración se lleva a cabo, en ausencia de control previo, es mucho más difícil -sino imposible- y costoso imponer una desconcentración, fragmentación o disociación de titularidad y gestión de las empresas. Precisamente aquí reside una de las principales ventajas del control *ex ante* de la estructura: el argumento de los «huevos revueltos» que pretenden volver a su cascarón<sup>39</sup>.

Otro aspecto que debe destacarse en la relación entre los controles previos o *ex ante* y los controles *ex post* consiste en la necesidad de brindar coherencia al marco normativo sobre libre competencia. En efecto, el ámbito de aplicación de las normas de libre competencia está naturalmente restringido a las transacciones de mercado entre agentes distintos; las normas no se aplican a las transacciones que tienen lugar al interior de las empresas<sup>40</sup>. Bajo ciertas condiciones la aplicación de normas orientadas a restringir conductas que afectan negativamente la competencia, como por ejemplo la discriminación de precios o la utilización de determinados controles verticales, puede inducir a las empresas a integrarse verticalmente e involucrarse en operaciones de concentración, precisamente para evadir las normas de competencia, aun si la integración y la concentración empresarial no constituyen las opciones más eficientes en materia de organización. Al respecto es del caso advertir que las modalidades organizativas adoptadas por las empresas responden, entre otros factores, al entorno informativo e institucional en el que operan.

Puesto en otros términos, una aplicación vigorosa y enérgica de las normas que prohíben y sancionan el

<sup>36</sup> Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG). «Fusiones Horizontales en la Generación Eléctrica Peruana». Gerencia de Estudios Económicos, Documento de Trabajo No. 3, Lima, 2002.

<sup>37</sup> La oposición por principio a toda forma de controles *ex ante*, ha constituido una característica destacada de la doctrina adoptada por funcionarios del INDECOP durante los 1990, y se encuentra en diversos documentos publicados por esta institución. Esta oposición doctrinaria explica, en parte, su resistencia y rechazo al control de las concentraciones. Una revisión crítica de esta doctrina puede encontrarse en TÁVARA. Op.Cit. pp. 476-479.

<sup>38</sup> RUIZ, Gonzalo. «Control de Concentraciones Versus Regulación de Conductas ¿Complementos o Sustitutos?». Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 5 (Parte 2), Unión Europea, Noviembre 1998. pp. 70-71.

<sup>39</sup> BAER, William J. y Ronald C. REDDAY. «Solving Competition Problems in Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy». George Mason Law Review No. 69 (2001), pp. 915 y ss.

<sup>40</sup> En la legislación peruana se consideran prácticas restrictivas de la libre competencia, entre otras, «la aplicación, en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros», «la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos» así como «la negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de ventas o prestación, de productos o servicios». Ver artículo 5 del Decreto Legislativo 701, según modificaciones introducidas mediante Decreto Legislativo 807.



abuso de posiciones de dominio y las prácticas restrictivas de la libre competencia, podría ser contrarrestada por las empresas mediante operaciones de concentración empresarial. Como se señaló, estas normas no son aplicables a las transacciones que tienen lugar al interior de las empresas fusionadas<sup>41</sup>. En la medida en que las autoridades competentes sean conscientes de este riesgo, cabe preguntarse si la renuncia a normar estas operaciones de concentración tiene como correlato inevitable la adopción, quizá de manera tácita e inadvertida, de una actitud excesivamente relajada y permisiva frente a la conducta de las empresas, lo cual se explica por la falta de coherencia del marco normativo general.

De otro lado se afirma que el control de concentraciones resulta contraproducente en los períodos de transición en los que tiene lugar un proceso de reestructuración de empresas buscan adecuarse al nuevo contexto. Así, las reformas estructurales de la década del 1990, en particular la apertura de la economía al comercio y las finanzas internacionales, provocó el colapso de un régimen proteccionista que cobijaba un sector industrial sobrepoblado de empresas ineficientes. En este contexto resultaba indispensable facilitar las concentraciones, y no tenía sentido adoptar un sistema de control de estructuras. Se sostenía que «ese asunto debe dejarse para las economías en equilibrio de largo plazo»<sup>42</sup>.

El análisis de la consistencia de este argumento y, en particular, del concepto «equilibrio de largo plazo» no tiene tanta relevancia en el momento actual, toda vez que ha transcurrido más de una década desde que se iniciaron las reformas y, con la excepción del sector eléctrico, en el Perú no ha llegado a adoptarse aún el control previo de las concentraciones. En cualquier caso, aun si aceptamos la lógica del argumento, resulta evidente que las empresas han tenido tiempo más que suficiente para reorganizarse y adecuarse al nuevo contexto. Es más, a pesar de que no existían barreras ni limitaciones para que, por ejemplo, las empresas se reorganizaran mediante fusiones, muchas de las empresas ineficientes

quebraron debido a que, fusionadas o no, no pudieron sobrevivir a la competencia. El mercado peruano operaba con innumerables distorsiones, de ahí que el argumento de facilitar la adecuación de las empresas a las nuevas circunstancias pretende brindar un panorama un tanto idílico de las posibilidades reales de nuestra industria. Prueba de ello es el gran número de procedimientos desarrollados en el marco de la ley concursal peruana que podría poner de relieve, mediante el método del descarte, el altísimo nivel de concentración de nuestra economía. Por lo tanto, este argumento de la reorganización ha perdido vigencia y validez.

También se afirma que en países como el Perú no hay suficientes profesionales calificados para manejar esta temática y que, en principio, el Estado no tiene, ni puede tener, la capacidad de analizar si las fusiones generan o no beneficios a la sociedad, pues no es posible «predecir el futuro sobre bases que pueden ser discutibles»<sup>43</sup>. Durante los últimos años, sin embargo, y precisamente debido al interés generado por el proceso de reformas, se han formado nuevos cuadros de profesionales, sobre todo en el derecho y la economía, especializados en temas de competencia y regulación. Ciertamente la formación especializada no resuelve las incertidumbres ni reduce las dificultades del análisis del impacto de las fusiones. Sin embargo, el mismo argumento relativo a la dificultad de predecir el futuro puede utilizarse para relativizar la capacidad de predicción de las propias empresas, sobre todo cuando intentan justificar las fusiones apelando a argumentos de eficiencia.

De otro lado también se afirma que el control *ex ante* de las concentraciones podría dar lugar a una elevada probabilidad de corrupción, sobre todo teniendo en cuenta eventuales negligencias y oportunismo en el manejo de la información confidencial durante los procedimientos de autorización de concentraciones<sup>44</sup>. Sin embargo no existe evidencia alguna de que los funcionarios públicos en el Perú tengan mayor propensión a corromperse que funcionarios de otros países<sup>45</sup>.

En realidad la renuncia a los controles *ex ante* y, en particular, el rechazo a la adopción de una política

<sup>41</sup> En uno de los casos más destacados de concertación de precios durante la década de los 90, las empresas involucradas llegaron a argumentar, en su defensa, que se encontraban en pleno proceso de fusión y que, por lo tanto, las normas les eran inaplicables. En efecto en el conocido caso de la concertación de las empresas avícolas se argumentó que sus «acuerdos y coordinaciones se enmarcan dentro de un proceso de fusión, por lo que su actuación no constituiría un acuerdo restrictivo de la competencia sancionable en virtud del Decreto Legislativo 701, toda vez que respondía a un proceso de integración». Parte III.3.2. El Intento de Fusión Avícola (IFA) Resolución 276-97-TDC-INDECOPI publicada en El Peruano de 27 de noviembre de 1997. p. 15472.

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ, Armando. «El rol de las políticas de fusiones en economías de reciente liberalización». Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina. Lima, INDECOPI, 1998. p.162.

<sup>43</sup> QUINTANA, Op.Cit. pp. 230-233.

<sup>44</sup> BOZA, Beatriz. «¿Por qué no es conveniente para el Perú contar con una política general de fusiones?» Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina. Lima, INDECOPI, 1998.

<sup>45</sup> No deja de resultar irónico que las personas que han formulado este argumento hayan sido precisamente altos funcionarios de organismos públicos como el INDECOPI, cuya función es precisamente velar por la libre y leal competencia en los mercados, evitando y eventualmente sancionando la corrupción que puede presentarse en el ejercicio de esta función.

general de fusiones, ha constituido «una parte esencial del credo del INDECOPI»<sup>46</sup>. Los cuestionamientos a este «credo» en el Perú de los 90 no recibieron atención ni tuvieron audiencia suficiente como para constituir «un credo alternativo». En cualquier caso, el Perú ha sido uno de los pocos países en el mundo en renunciar unilateralmente a la adopción de una política de control de las concentraciones, al extremo que algunos analistas han interpretado esta decisión como un signo de proteccionismo y como una política industrial implícita<sup>47</sup>. A nivel internacional, tanto la doctrina como la legislación y la jurisprudencia están del lado del control racional de las concentraciones, aun en las economías pequeñas<sup>48</sup>, de manera que la carga de la prueba sobre la pretendida inconveniencia de este control, recae en los defensores políticos del credo de dicha institución.

### 3. CONTROL DE CONCENTRACIONES EN INDUSTRIAS REGULADAS

Abogados y consultores vinculados con las empresas de servicios públicos vienen promoviendo la derogatoria de las normas que regulan las concentraciones en el sector eléctrico y se oponen a la promulgación de normas similares en otros sectores sujetos a regulación como es el caso de las telecomunicaciones. ¿Qué necesidad existe -se preguntan- de adoptar un régimen legal de control de concentraciones si los organismos reguladores ya disponen de una serie de mecanismos y facultades para evitar los abusos en el ejercicio del poder de mercado?

Examinemos el caso de las telecomunicaciones. Algunos servicios como la telefonía fija están sujetos a la regulación de tarifas. Otros servicios, como es el caso de la telefonía móvil están sujetos a supervisión. En este segundo caso el regulador está facultado para adoptar diversas medidas incluyendo, por ejemplo, la regulación de los cargos de terminación en las redes móviles o aun el establecimiento de tarifas tope al consumidor final. Esto haría innecesario adoptar un régimen de control de concentraciones. Desde esta perspectiva un aumento en el nivel de concentración dejaría de ser un problema en las industrias sujetas a regulación, toda vez que el regulador tiene a su disposición instrumentos para impedir el abuso de poder de mercado.

¿Qué consistencia tiene este argumento? En primer lugar es preciso destacar que la competencia efectiva, es decir aquella que involucra a empresas que ejercen presión

mutua en el mercado y rivalizan entre sí, es generalmente superior a la regulación. Si la estrategia en el sector consiste en avanzar progresivamente hacia la desregulación a medida que se desarrolla la competencia -como ocurre actualmente en el mercado de larga distancia-, un aumento en el nivel de concentración que tenga como consecuencia reducir la rivalidad y la competencia entre empresas, ciertamente debilitaría el proceso de desregulación. Por ejemplo, una fusión entre empresas de telefonía móvil que eleve el poder de mercado y frene la tendencia a la reducción de tarifas, afectando a los consumidores, podría dar lugar a que el regulador se vea obligado a adoptar un régimen de regulación más estricto, en lugar de facilitar la desregulación.

De otro lado puede ciertamente ocurrir que la fusión entre empresas de lugar a una racionalización de la industria y eleve la eficiencia, beneficiando a los consumidores. Por ejemplo, la adopción de estándares tecnológicos comunes en la telefonía móvil podría generar economías de escala y eliminar diversos costos asociados a la interconexión entre las distintas redes. Una parte de estas reducciones en los costos podría trasladarse a los consumidores vía menores tarifas. Sin embargo, también puede ocurrir que la reducción en los costos redunde únicamente a favor de la empresa fusionada o, peor aun, que la fusión responda a consideraciones ajenas a la búsqueda de la eficiencia, como por ejemplo la protección de los activos frente a los riesgos de obsolescencia tecnológica.

Uno de los resultados más importantes de un régimen de competencia efectiva es la generación de eficiencias dinámicas asociadas con la entrada de empresas innovadoras de menor tamaño, que utilizan nuevas tecnologías u ofrecen nuevos servicios. En ciertos casos estas empresas pueden percibirse como una amenaza por la empresa establecida. Un caso ilustrativo en la historia de la industria de las telecomunicaciones de los EEUU se verifica mediante el ingreso de MCI y Sprint al mercado de servicios de larga distancia, lo que provocó fuertes resistencias por parte de AT&T<sup>49</sup>. Un ejemplo más reciente es la aparición de empresas proveedoras de servicios de la Internet. En ausencia de sistemas efectivos de promoción de la competencia y, en particular, de normas que regulen las concentraciones, las empresas establecidas pueden llevar a cabo estrategias dirigidas a frenar la entrada o a debilitar y eventualmente adquirir los activos de estas

<sup>46</sup> BOZA, Beatriz. Op.Cit. p. 159.

<sup>47</sup> WARNER, Mark. «Private and Public Impediments to Market Presence: Exploring the Investment-Competition Nexus». Ponencia presentada en el Seminario «Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina». Lima, INDECOPI, 1996.

<sup>48</sup> KHEMANI, R. Shyam. «Merger Policies in Small vs. Large Economies». R.S. Khemani y W.T. Stanbury. Ed. Canadian Competition Law and Policy at the Centenary. Halifax, The Institute for Research on Public Policy, 1991. pp. 205 y ss.

<sup>49</sup> Por ejemplo, «MCI gastó 10 millones de dólares en el proceso legal y regulatorio, y esperó 7 años para obtener permiso para construir un sistema de microondas, el cual costó 2 millones de dólares y se construyó en siete meses. La empresa preexistente, AT&T, que contaba con un equipo de economistas y abogados expertos en asuntos regulatorios, argumentaba hábilmente que no había necesidad del nuevo servicio y que MCI sólo pretendía ingresar al segmento rentable del mercado, el cual, según AT&T, le permitía subsidiar servicios menos rentables». TIROLE, Jean. «The Theory of Industrial Organization». Cambridge, The MIT Press, 1994. p. 305.

empresas, lo cual puede generar consecuencias negativas en el proceso de innovación y en el desarrollo de la industria.

En cualquier caso, el control *ex ante* de las concentraciones ofrece la oportunidad de examinar cada operación en sí misma y en su propio contexto, autorizando aquellas que se justifican por consideraciones de eficiencia y bienestar, y evitando las fusiones que carecen de esta justificación.

Al igual que en otros países, la neutralidad tecnológica es uno de los principios centrales que orienta las políticas de desarrollo de las telecomunicaciones en el Perú. En el caso de la telefonía rural, la enorme variedad de configuraciones geográficas y topológicas que caracteriza al territorio del país permite prever la adopción de distintas soluciones tecnológicas en cada zona, así como la adecuación de los servicios ofrecidos a las peculiaridades y necesidades específicas de cada localidad. El principio de neutralidad supone precisamente la adopción de mecanismos que faciliten este proceso de adecuación y la coexistencia de distintas soluciones tecnológicas. En la medida que las empresas establecidas tiendan a especializarse y a estandarizar sus soluciones tecnológicas, entre otras razones con objeto de facilitar la generación de economías de escala en la producción de equipos y en la implementación de instalaciones, la ausencia de control de concentraciones podría reducir las posibilidades de experimentación de nuevas tecnologías y como consecuencia retrasar el desarrollo de la telefonía rural.

De otro lado la regulación es un proceso en el cual juegan un papel destacado las relaciones políticas, definidas como el conjunto de interacciones entre los distintos agentes, orientadas a modificar o estabilizar las reglas de juego. La fortaleza de un organismo regulador depende también, en alguna medida, de la estructura de la industria. Si la industria es competitiva, los intereses de las empresas privadas que compiten en un mismo mercado tienden a neutralizarse entre sí. Ello facilita la tarea del organismo regulador. Por el contrario, el aumento en el nivel de concentración puede elevar la capacidad de las empresas de influir en el proceso político y afectar la autonomía del organismo regulador.

Finalmente, resulta del caso advertir que las industrias de redes como las telecomunicaciones tienen características estructurales específicas que limitan la entrada de nuevas empresas al mercado, y en esa

medida no se encuentran sometidas a la disciplina de la competencia potencial como en el modelo de los mercados desafiables, ni a la disciplina de las importaciones competitivas que caracterizan a otros mercados<sup>50</sup>. En efecto, las instalaciones de planta externa de las empresas involucran costos hundidos, no recuperables en el corto plazo, y de otro lado algunos de los servicios provistos -incluyendo la telefonía fija local- no pueden importarse del exterior. Por esta razón las industrias de redes deben estar sujetas a regulaciones que limiten la concentración del poder de mercado.

#### 4. CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL, COMPETENCIA Y BIENESTAR

El problema central de las concentraciones empresariales consiste en que, bajo determinadas condiciones, pueden reducir o aun eliminar la competencia. Cuando la rivalidad entre empresas es efectiva, es decir, cuando existe un número suficiente de empresas que compiten en condiciones de paridad, ejerciendo presión mutua en el mercado; el resultado es mayor eficiencia, conducta innovadora, menores precios y mejor calidad de los bienes y servicios producidos. Por el contrario, el monopolio tiende a provocar los resultados opuestos: debilita la eficiencia y los incentivos a la innovación, reduce las posibilidades de elección, eleva los precios y, en ciertos casos, afecta también la calidad de los productos. Adicionalmente genera una redistribución de la riqueza desde los consumidores hacia los propietarios de las empresas monopólicas<sup>51</sup>.

En la mayoría de los casos, las fusiones entre empresas tienen un impacto poco significativo en el grado de concentración y no afectan las condiciones de competencia. Si se entiende a la competencia como rivalidad y presión mutua entre empresas con capacidades y recursos equiparables; un proceso de concentración que configura un mercado con pocas empresas de cierta envergadura, que rivalizan entre sí, puede ser más competitivo y generar más bienestar que un mercado atomizado y fragmentado, constituido por muchas empresas pequeñas e idénticas, como el descrito por el modelo de competencia perfecta de libro de texto. Por lo tanto una formulación adecuada de la política de control de las concentraciones debe sustentarse en una comprensión rigurosa del proceso de competencia. Para ello es preciso examinar en qué medida existen o no barreras u obstáculos al ingreso

<sup>50</sup> Los mercados perfectamente desafiables (*perfectly contestable markets*) se definen por tres características: (a) las empresas que entran al mercado no tienen desventaja alguna en relación con las empresas establecidas; (b) no existen costos hundidos, de manera que la entrada y salida del mercado es libre; y (c) las empresas establecidas no reaccionan frente a la entrada de nuevas empresas, o lo hacen con retardo una vez que la entrada ya ha tenido lugar. Al respecto ver: VISCUSI, Kip, John VERNON y Joseph HARRINGTON. «Economics of Regulation and Antitrust». Cambridge, The MIT Press, 1996, p. 163.

<sup>51</sup> SHEPHERD, William G. «The Economics of Industrial Organization». New Jersey, Prentice Hall, 1997. Cap. 1.

de nuevas firmas al mercado para que compitan con las empresas establecidas. También resulta indispensable determinar si el bien producido por las empresas involucradas en la concentración puede ser fácilmente importado o tiene sustitutos cercanos producidos por otras empresas.

Aun si existen barreras elevadas al ingreso al mercado y el bien no tiene sustitutos cercanos ni puede ser importado, la concentración podría generar efectos positivos en la eficiencia y en la rentabilidad de las empresas cuya magnitud podría contrarrestar, bajo ciertas condiciones, los efectos negativos en los consumidores asociados a un eventual incremento de los precios. En realidad, el análisis del impacto de las concentraciones en los precios es solamente el primer paso en el análisis más general de su impacto en el funcionamiento del mercado, en las condiciones de competencia y en el bienestar generado. Por ende es necesario considerar otros aspectos como las ganancias de eficiencia que pueden resultar de la fusión, así como también las posibilidades de que la fusión resulte o no exitosa como estrategia de re estructuración o re financiamiento de las empresas involucradas, evitando la salida de los activos del mercado<sup>52</sup>.

En relación con las operaciones de control o concentración empresarial, las fusiones horizontales probablemente sean las de mayor impacto en la competencia y por tanto las que generan mayor preocupación. En sentido contrario, las fusiones verticales pueden justificarse por consideraciones de eficiencia de manera mucho más clara y, en los hechos, son las que menos problemas han generado<sup>53</sup>.

Las fusiones horizontales son aquellas que involucran a empresas que operan en el mismo mercado y realizan la misma actividad en una estructura industrial determinada. El indicador de concentración horizontal más utilizado es el índice de Hirschman-Herfindahl (H), el cual se define como la sumatoria de los cuadrados de las participaciones porcentuales de las empresas en el mercado.

De esta manera, si en un mercado tenemos «n» empresas ( $i = 1, 2, 3, \dots, n$ ), y cada una de ellas tiene una participación porcentual definida por entonces la expresión del índice «H» es la siguiente:

$$H \equiv \sum_{i=1}^n s_i^2$$

La cuestión central a examinar es el impacto que un aumento en la concentración tiene en el precio y en el bienestar de la sociedad. Cuando los mercados operan en condiciones de competencia perfecta, las empresas son precio aceptantes y, por definición, sus decisiones no tienen impacto alguno en los precios (se asume que son demasiado pequeñas, en relación al tamaño absoluto del mercado, como para afectar los precios). Pero si el nivel de concentración resulta elevado, el tamaño relativo de las empresas es suficientemente alto como para que sus decisiones afecten el precio.

Si se concentra la atención en una empresa individual y asumimos que la curva de demanda tiene pendiente negativa (es decir la cantidad demandada esta inversamente correlacionada con el precio) el único mecanismo mediante el cual la empresa puede inducir un aumento en el precio es contrayendo su producción ofertada (eso desplaza hacia arriba y a la izquierda la curva de oferta). Resulta evidente que cuanto menor es la participación de esta empresa en el mercado, mayor es la magnitud de la contracción en el nivel ofertado que esta empresa debe soportar a fin de inducir un incremento determinado del precio, y al mismo tiempo menor es la probabilidad de que esta contracción resulte rentable para ella. Por lo tanto, un aumento en la concentración eleva la posibilidad de que a las empresas les resulte rentable inducir aumentos en los precios contrayendo su producción ofertada.

De otro lado, si tomamos como referencia a un grupo de empresas deviene imperativo adoptar supuestos adicionales sobre sus costos y sobre las interacciones entre ellas. Supongamos que hay «n» empresas del mismo tamaño. Bajo estas condiciones, el índice de concentración «H» es igual a:

$$H \equiv \sum_{i=1}^n s_i^2 = \sum_{i=1}^n \frac{1}{n^2} = \frac{1}{n}$$

Si se supone, además, que las empresas enfrentan una demanda del mercado definida por la función « $P(Q) = 1 - Q$ » y operan con costos totales y marginales idénticos, de acuerdo a la función», donde es la cantidad total producida por todas las firmas es la cantidad producida por cada una, y «c» es el costo marginal.

Por último, si se asume que las empresas interactúan de acuerdo con los supuestos del modelo de Cournot

<sup>52</sup> Ver al respecto «Horizontal Merger Guidelines». U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines>

<sup>53</sup> President's Council of Economic Advisers. «Economic Organization and Competition Policy». En: Yale Journal on Regulation. p. 541, 2002. Siguiendo los postulados de Ronald Coase y a propósito de los ajustes organizacionales de las empresas, se destaca que las fusiones verticales constituyen un mecanismo eficiente para remover las distorsiones en los precios que se generan como consecuencia de agregar su propio margen de ganancia en las transacciones de diversas empresas en la cadena de producción y comercialización. En efecto, la eliminación de los dobles márgenes de ganancia puede conllevar a una reducción en los precios finales. Ver también al respecto TIROLE. Op. Cit. pp. 174-175.

-es decir si cada una de ellas selecciona el nivel de producción que maximiza sus ganancias asumiendo que las empresas rivales mantendrán su nivel de producción- el resultado será una solución de equilibrio simétrico. Dado que « $Q = nq$ » se obtiene que el precio de equilibrio y la cantidad producida por cada empresa quedan definidas, respectivamente, por:

$$q = \frac{1-c}{n+1} \quad p = 1 - nq = c + \frac{1-c}{n+1}$$

Asimismo, las ganancias que obtiene cada empresa pueden expresarse con la siguiente ecuación:

$$\pi = \frac{(1-c)^2}{(n+1)^2}$$

En este modelo estático relativamente simplificado, cuando el número de empresas « $n$ » tiende al infinito, el precio tiende a ser igual al costo marginal<sup>54</sup>. Este es precisamente el resultado que se obtiene en competencia perfecta. En este modelo y bajo los supuestos señalados el precio está negativamente correlacionado con el número de empresas. Por lo tanto, cuanto mayor es el grado de concentración, es decir cuanto menor es el número de empresas, mayor es el precio y menor es la cantidad producida. Asimismo, a medida que el número de empresas aumenta las ganancias tienden a cero. Bajo los supuestos de este modelo, en particular cuando las empresas operan con funciones de costos idénticas, el aumento en la concentración también reduce el nivel de bienestar social (definido como la suma del excedente del productor y del consumidor).

Es posible extender fácilmente este razonamiento a un contexto dinámico, a fin de considerar las interacciones estratégicas entre empresas cuando ellas tienen lugar de manera recurrente. Consideremos ahora una situación hipotética, en la cual las empresas interactúan de acuerdo a los supuestos del modelo de oligopolio de Bertrand: las empresas producen un bien idéntico y fijan el precio que maximiza sus ganancias, dado el precio fijado por las empresas rivales. Una de las soluciones de equilibrio en este modelo corresponde con la colusión tácita o no explícita, con un precio mayor al costo marginal.

La colusión tácita se sostiene por el temor a las represalias que las empresas rivales impondrían a la empresa que reduce unilateralmente el precio. Estas represalias se expresan en una guerra de precios. Si la

tasa de descuento temporal es suficientemente baja como para que las ganancias futuras tengan una magnitud significativa, la magnitud de las ganancias que una empresa individual pierde al disminuir unilateralmente el precio, como resultado de las represalias de las empresas rivales, es mayor cuanto menor es el número de empresas, y viceversa. Por ello la colusión tácita puede sostenerse con mayor facilidad con un menor número de empresas<sup>55</sup>. Esto último, también cabe destacar, depende precisamente de la magnitud de las sanciones que las empresas rivales pueden imponer a la empresa que reduce el precio con respecto a su nivel colusorio.

Al respecto es del caso advertir que algunos de los cambios generados por las reformas estructurales que se pusieron en marcha en el Perú durante la década pasada, pueden haber elevado las posibilidades de colusión entre las empresas. En efecto, la reducción del ritmo inflacionario permite una mayor visibilidad de los precios y en esa medida facilita el funcionamiento del mecanismo central que sustenta la colusión (la amenaza de represalias entre las empresas rivales). De otro lado, la reducción gradual en las tasas de descuento temporal ha elevado la ponderación de los ingresos futuros en el cálculo del valor presente y en la evaluación de las estrategias de precios, elevando el costo de desviarse de los acuerdos oligopólicos. Las posibilidades de colusión también habrían aumentado en aquellas industrias afectadas por la renovación de maquinaria y equipos, en la medida en que dicha renovación ha dado lugar a la adopción de estándares comunes y a la reducción de las asimetrías de costos, facilitando la coordinación en torno a un precio de equilibrio<sup>56</sup>.

De otro lado, la teoría de la acción colectiva también sugiere la existencia de una relación positiva entre el grado de concentración y el precio de equilibrio. En efecto, en la medida en que la concentración del mercado reduce el número de agentes de decisión, las dificultades y los costos de coordinar y llegar a acuerdos que benefician a todo el grupo -el ejercicio colectivo del poder de mercado- disminuyen cuando se eleva la concentración<sup>57</sup>.

Si se modifican los supuestos del modelo presentado, en particular si se asume que las empresas no son igualmente eficientes (operan con funciones de costo distintas), o si existen economías de escala, no hay razón para suponer que un aumento en la concentración necesariamente reduce el bienestar. En efecto, bajo los supuestos del modelo de Cournot, cuando las empresas

<sup>54</sup> TIROLE, Jean. Op.Cit. p. 220.

<sup>55</sup> Ibid. p. 247.

<sup>56</sup> TÁVARA, José Ignacio. Op.Cit. pp. 463-467.

<sup>57</sup> OLSON, Mancur. "The Logic of Collective Action - Public Goods and the Theory of Groups". Cambridge: Harvard University Press, 1965.

más grandes operan con menores costos marginales, el bienestar puede aumentar si una producción total determinada es redistribuida hacia estas firmas grandes desde empresas pequeñas menos eficientes, aun cuando esta redistribución eleve la concentración<sup>58</sup>.

Sin embargo, en términos generales las operaciones de fusión de empresas que elevan la concentración provocan un incremento en el precio. La excepción está dada cuando las empresas que se fusionan generan sinergias entre ellas, aun cuando las mismas deban alcanzar niveles elevados para que la fusión efectivamente provoque una disminución en el precio. Las sinergias se presentan cuando las empresas que se fusionan pueden recombinar sus activos para mejorar su capacidad de producción conjunta<sup>59</sup>.

Algunos analistas sostienen que el objetivo central de las políticas de competencia consiste en maximizar el excedente de los consumidores y no el bienestar (que incluye, además, las ganancias brutas identificadas con el excedente de los productores)<sup>60</sup>. Sin embargo, pocos economistas están dispuestos a ignorar las ganancias en el análisis del impacto en las fusiones. El argumento es que si bien la propiedad directa del *stock* de capital está concentrada en los sectores más ricos, muchas personas son también propietarias de las empresas, indirectamente, vía su participación en los fondos de pensiones.

Este argumento no parece tener tanto sustento en países como el Perú, en los cuales la riqueza constituida por los activos de las empresas formales está muy concentrada y el accionariado difundido no ha alcanzado la importancia que le atribuyen sus promotores. El tamaño del denominado «sector informal» en el Perú es aún elevado, y los fondos privados de pensiones tienen pocos años de existencia y una magnitud aún limitada, como resultado, además, de una base relativamente reducida de trabajadores formales afiliados. Bajo estas condiciones, y a medida que la equidad sea considerada un criterio relevante en el diseño de las políticas de competencia, la prohibición de las concentraciones cuando ellas provocan un aumento en los precios y una reducción del excedente del consumidor, aun cuando también eleven las ganancias y el excedente del productor en una magnitud mayor, puede constituir una opción razonable.

En síntesis, un aumento en la concentración eleva los precios y reduce tanto el excedente del consumidor como el bienestar en general, siempre que dicho aumento en la concentración no esté acompañado de sinergias y economías de escala que provoquen un aumento de ganancias de una magnitud suficiente, como para contrarrestar y compensar la contracción del excedente del consumidor.

## 5. CONCLUSIONES Y PRINCIPIOS BÁSICOS DEL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES

La normativa peruana, a diferencia de la mayoría de países del mundo que cuentan con normas *antitrust*, no contiene disposiciones específicas sobre el control de concentraciones empresariales. En sus estadios iniciales, tanto en EEUU como en la Unión Europea el control de las concentraciones no estuvo expresamente contemplado en la legislación, aun cuando se adoptó posteriormente.

En el Perú ocurre algo similar. Nuestra normativa, salvo en el sector eléctrico, no cuenta con disposiciones específicas sobre control de fusiones y concentraciones. Empero, tenemos una peculiaridad, ha predominado una posición claramente opuesta al control de las concentraciones. Ello ha sido en términos absolutos y con vocación de permanencia.

En general, la mayoría de las fusiones no presentan mayores problemas, pues mejoran o son neutrales en relación con las condiciones de competencia. La política y la legislación sobre control de fusiones deben diseñarse de tal forma que se eviten demoras innecesarias en la autorización de este tipo de fusiones. Estos retrasos imponen barreras arbitrarias a la realización de transacciones que, en última instancia, contribuyen a elevar la eficiencia, facilitar el desarrollo de los mercados y mejorar el bienestar de la sociedad.

Sin embargo, en algunos casos las fusiones pueden afectar negativamente las condiciones de competencia en el mercado. En ausencia de mecanismos de evaluación y control previo, estas fusiones reducen el bienestar de la sociedad. En realidad, es muy difícil y costoso revertir una fusión una vez que ésta ya se ha producido, tanto como «separar la yema de la clara en los huevos revueltos».

<sup>58</sup> FARRELL, Joseph y Carl SHAPIRO. «Horizontal Mergers: An equilibrium analysis». The American Economic Review. Marzo 1990.

<sup>59</sup> Puede ocurrir que la empresa fusionada sea capaz de asignar mejor la producción entre sus instalaciones (racionalización). Pero si las posibilidades de producción de la empresa fusionada no son diferentes de aquellas que tenían las empresas antes de fusionarse, entonces no existen sinergias sino simplemente una reasignación del capital o capacidad instalada, que no altera el *stock* total de capital disponible. Ver al respecto FARRELL y SHAPIRO. Op. Cit.

<sup>60</sup> Tanto en los EEUU como en Europa, el objetivo de las agencias responsables del control de las concentraciones es el bienestar del consumidor. Por ejemplo, la legislación Europea establece que la autoridad competente (*Merger task force*) solamente debe preocuparse por las restricciones a la competencia y que las ganancias de eficiencia constituyen un elemento a considerar sólo cuando los consumidores no resultan afectados. En la legislación de los EEUU el bienestar de los consumidores también tiene primacía. Algunos autores observan que es posible formular un argumento racional para sustentar esta opción, apelando a las «fallas en la regulación». Ver al respecto RÖLLER, Lars-HENDRIK y Christian WEY. «Merger Control in the New Economy». Artículo presentado en el Kiel Workshop on the Microeconomics of the New Economy. Kiel, 21-22 de setiembre de 2001.

La legislación sobre control de las fusiones debe por lo tanto distinguir, con la mayor claridad posible, las fusiones que pueden deteriorar las condiciones de competencia y el bienestar, de aquellas que no son motivo de preocupación. En este último caso las fusiones deben proceder sin retraso y sin obstáculos.

¿En qué casos y bajo qué circunstancias existe la obligación de notificar y solicitar autorización para una fusión? La legislación debe establecer con claridad los umbrales a partir de los cuales la notificación es obligatoria, así como también los plazos para presentar la notificación. Se trata de reducir al mínimo la lentitud burocrática, así como de facilitar la entrega de la información relevante que las autoridades necesitan para tomar una decisión. Los procedimientos deben ser transparentes, equitativos y amigables. De otro lado, la legislación puede identificar también el tipo de remedios o condiciones que la autoridad puede exigir para autorizar una fusión, cuando esta fusión pueda deteriorar las condiciones de competencia en el mercado.

No se trata entonces de negarse por principio al control de las concentraciones empresariales, ni tampoco de irse al otro extremo de pretender regular y controlar todas las operaciones de concentración. Se trata de "estabilizar el péndulo", adoptando un marco normativo razonable y consistente, adecuado al nuevo contexto económico a escala global.

Finalmente, es oportuno destacar que si bien la oposición al control de las concentraciones empresariales que se observa en el Perú representa un caso único que no tiene sustento en la doctrina ni en la teoría, resulta claramente funcional a los intereses de los grandes grupos económicos. Esta oposición ha dado lugar a un vacío que afecta la coherencia del marco normativo de la libre competencia, comprometiendo las posibilidades de desarrollo y bienestar, con equidad y gobernabilidad. Por ello, resulta indispensable aprender de las valiosas lecciones que nos ofrecen la historia y la jurisprudencia del *antitrust*.

## ANEXO

### BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Andrade, Gregor, Mark Mitchell y Erik Stafford «New evidence and Perspectives on Mergers». *Journal of Economic Literature*, Vol. 15 (Spring 2001: 103-120).

Armstrong, M., S. Cowan y J. Vickers. "Regulatory Reform - Economic Analysis and British Experience". Cambridge: The MIT Press, 1994.

Bork, Robert. «Legislative History and the Policy of the Sherman Act». *Journal of Law and Economics* 7, 1966.

Bower J. «Not All M&As are Alike - and That Matters» *Harvard Business Review*, (March 2001: 93- 101).

Caves R.E. y M. Porter. «From Entry Barriers to Mobility Barriers». *Quarterly Journal of Economics*. (Mayo 1977).

Dewatripoint, Mathias y Patrick Legros. «Mergers in Emerging Markets with Network Externalities: The Case of Telecoms». Discussion Paper FS IV 00-23, Université Libre de Bruxelles, 2000.

Gilbert, Richard y Michael Katz. «An Economist Guide to U.S. vs Microsoft». *Journal of Economic Perspectives* Vol. 15, No. 2 (2001: 25-44).

Hamner, Kenneth. «The globalization of law: international merger control and competition law in the United states, the European Union, Latin America and China». *Journal of Transnational Law & Policy* (Spring 2002: 385-405), Vol.11, No.2.

International Telecommunications Union. «Effective Regulation. Trends in Telecommunication Reform 2002». Geneva: ITU, 2002.

Laffont, Jean Jacques y Jean Tirole. "Competition in Telecommunications". Cambridge: The MIT Press, 2000.

Le Blanc, Gilles y Howard Shelanski. «Merger Control and Remedies Policy in Telecommunications Mergers in the E.U and U.S». *Ecole des Mines de Paris*, <http://intel.si.umich.edu/tprc/papers/2002/122/TPRCTelecomMergers.pdf>

MacCraw, Thomas. "Prophets of Regulation". Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 1984.

Pautler, Paul. "Evidence on mergers and acquisitions". Mimeo (2001).

Perry, Martin. «Vertical Integration: Determinants and Effects». En Schmalensee y Willig Eds. *Handbook of Industrial Organization*. Amsterdam: North Holland, 1989.

Pittman, Russel. "Competition law and policy in the United States". Mimeo (1998).

Shleifer, Andrei y Robert Vishny. «Stock Market Driven Acquisitions». Working Paper, Harvard University (2002).

Stephen, Martín (Ed.). "Competition policies in Europe". North-Holland (1998).

Van Fleet, Allan. «Mergers and Acquisitions in Mexico». *Antitrust* Spring 2001: 39-44.