

“El control previo de las concentraciones empresariales en una economía social de mercado: Análisis del Caso Peruano”¹

MILAGROS K. OLIVOS CELIS²
kolivos@usat.edu.co

DERECHO DE LA
COMPETENCIA

RESUMEN

La concentración de empresas es un instrumento de integración que tiene como resultado final la creación de grandes unidades económicas capaces de competir en un mercado determinado. No obstante, en algunas ocasiones, estas estrategias pueden ocasionar que la estructura del mercado se distorsione, causando perjuicios para sus actores.

Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, los efectos de las concentraciones empresariales pueden percibirse de dos formas; a través del análisis *ex ante* (control de estructuras) y del control *ex post* (control de conductas). Ambos mecanismos constituyen el modelo de defensa de la competencia más empleado a nivel mundial.

Sin embargo la legislación peruana no ha implementado de forma integral este modelo, por lo que según nuestra regulación se carece de mecanismos legales que limi-

ten o puedan cuestionar concentraciones que afecten o tengan la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia en el mercado.

Palabras clave: Concentraciones empresariales, Derecho de la Competencia, Control previo, Economía Social de Mercado.

“THE PRIOR CONTROL OF CLUSTERS IN A SOCIAL MARKET ECONOMY-THE PERUVIAN CASE ANALYSIS”

ABSTRACT

The concentration of enterprises is an instrument of integration and it's ultimately result is the creation of large economic units capable of competing in a determined or particular market. Nonetheless, in some cases, these strategies may cause

distortion in the market structure and damage to his actors.

From the perspective of competition law, the effects of the managerial concentration can be perceived in two ways: through the *ex ante* analysis (control of the structures) and the *ex post* analysis (behavior control). Both mechanisms are the defense model of competition most used worldwide.

Nonetheless Peruvian law has not comprehensively implemented this model, as a result, our regulation lacks of legal mechanisms to limit or affect concentrations that have the potential to restrict or distort competition in the market.

Key words: Concentration of enterprise, managerial concentration, competition law, prior control, social market economy, market competition

INTRODUCCIÓN

Los avances de la ciencia y la tecnología producidos como consecuencia de los actuales fenómenos de la globalización han generado que los parámetros económicos que regían la sociedad hasta hace algunas décadas se enfrenten a nuevos retos. Tal como sucedía hace varios años en Europa y parte de América las estructuras empresariales tradicionales han cambiado. Hoy se han creado modelos organizativos complejos que han dado lugar a ciertas distorsiones haciendo que los mercados reclamen orden en su estructura.

Tradicionalmente, la defensa de la libre competencia, se ha viabilizado a través de dos ejes: i) el control de conductas *ex post* por el cual se despliegan sanciones y medidas correctivas contra el abuso de posición de

dominio, las prácticas monopólicas y las colusiones anticompetitivas; y, ii) el control de estructuras *ex ante*, que involucra el análisis y el eventual condicionamiento o prohibición de las concentraciones que, por su envergadura y circunstancias del mercado, pudieran afectar el proceso competitivo³. El primero de ellos implica el establecimiento de una sanción cuando se presenta una conducta considerada anticompetitiva; a diferencia del segundo modelo, que al ser de índole preventiva, importa un análisis anterior del impacto que la operación puede tener en el mercado.

Diversos países a nivel mundial han materializado ambas perspectivas⁴, sin embargo, el Perú se muestra como un caso atípico en esta regulación, que a diferencia de las normas de competencia de otros países, ha considerado pertinente regular y sancionar, únicamente, las conductas anticompetitivas, y establecer el control previo de estructuras, pero sólo para las empresas que pertenecen al sector eléctrico.

En este sentido, el ordenamiento jurídico peruano, a pesar de reconocer que la *competencia* es un bien jurídico que debe ser protegido, no ha establecido un procedimiento para el control previo de las concentraciones. Por tanto, si bien existen políticas que protegen y promueven la libre competencia, su marco normativo aún carece de coherencia.

A pesar que nuestro marco legislativo resulta pertinente, y se reconoce la eficiencia del control *ex post*, el continuo crecimiento de la economía peruana plantea la necesidad de completar las políticas de competencia e implementar un procedimiento de control previo breve y simplificado que busque, no sólo eliminar las estructuras dañosas del mercado, sino también minimizar la incerti-

dumbre de la viabilidad de una operación de esta naturaleza⁵, optimizando al máximo los objetivos del Derecho de la Competencia. De esta forma el Estado podrá intervenir de manera preventiva y cuidar que la concurrencia de los mercados desaparezca.

Hace algún tiempo, con esta misma orientación, la autoridad reguladora del mercado⁶ tuvo a bien proponer que este tipo de control, que existe sólo para el sector eléctrico, se haga extensivo para todos los sectores empresariales. Sin embargo, tras una errónea interpretación de los principios constitucionales económicos, y al amparo del modelo de *Economía Social de Mercado*, la propuesta fue rechazada⁷. La oposición al control previo de las concentraciones más que un fundamento teórico, terminaba por plantear un fundamento funcional a los intereses de los grandes grupos económicos.

En este contexto, la finalidad del presente estudio es presentar, nuevamente, un análisis que permita postular algunos fundamentos para aceptar un modelo de control, sin que esto signifique vulneración, y mucho menos el desconocimiento, de las libertas económicas constitucionalmente reconocidas.

1. LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Desde una perspectiva económica, las concentraciones empresariales se han convertido en una de las mejores estrategias para fortalecer una empresa, materializando sus competencias fundamentales⁸ y creando nuevas estructuras en el mercado. El profesor argentino MANÓVIL explica que este fenómeno no es más que un proceso que conduce a la unificación de empresas hasta entonces independientes, para formar empresas mayores⁹. Es

decir se produce una sumatoria de esfuerzos para alcanzar una consolidación empresarial o lograr sobrevivencia corporativa.

Las formas de adoptar una estrategia de concentración son varias, y los efectos para cada tipo de operación son distintos. Las concentraciones empresariales pueden ser de tipo horizontal, vertical o conglomerada.

En el primer tipo la integración se produce entre *dos o más empresas* que antes estaban dedicadas al mismo o similar tipo de producción de bienes o de servicios, y que eran competidores entre sí en un mismo mercado¹⁰. Dada su tendencia expansiva, la operación se orienta a la creación del monopolio. El mayor riesgo de esta concentración radica en la disminución de competidores en el mercado¹¹.

El segundo tipo de operación, denominado concentración vertical, se produce cuando la integración se da entre empresas cuyas producciones de bienes o servicios se encuentran en una etapa anterior o posterior del ciclo económico-productivo, creando una la integración descendente o ascendente¹². Para el derecho de la competencia, el principal efecto que tiene este tipo de operaciones radica en el efecto cierre del mercado¹³, puesto que se obstaculiza la entrada de nuevos competidores.

Por último el tercer tipo de concentraciones, denominadas concentración por conglomerado surge cuando la integración se produce entre empresas que se dedican a ramos de actividades distintas e independientes. Los efectos en el mercado de esta operación también son evidentes, sobre todo si se considera la óptica de la competencia potencial¹⁴.

Las diferentes formas de concentrar la producción de bienes o la prestación de servicios muestra cómo la empresa en el derecho moderno se ha revolucionado¹⁵

y el universo atomístico¹⁶ de la empresa tradicional ha desaparecido. De esta manera se entiende que las *concentraciones empresariales*¹⁷ constituyen un fenómeno de raíz económica con consecuencias jurídicas, mediante el cual dos o más empresas integran sus recursos (económicos, humanos, etc.) a efectos de conseguir un beneficio común, diferente al interés empresarial¹⁸.

Ahora, desde una perspectiva jurídica, una definición bastante precisa se encuentra en el Derecho de la Competencia. En tales términos, el Art. 3° del Reglamento 139/2004¹⁹ de la Comunidad Europea señala que serán *concentraciones aquellas operaciones que implican una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes*²⁰, calificando dentro de éstas a las fusiones, adquisiciones, entre otras.

En el Perú algunas normas sectoriales también se han planteado algunos intentos²¹. Fundamentalmente, este fenómeno se encuentra recogido en la Ley n.º 26876 concordante con el D.S. n.º 017-98-ITINCI²² y D.S. n.º 087-2002-EP²³ las cuales contienen el proceso de control previo para este tipo de operaciones²⁴. Concretamente, el Art. 2° de la referida Ley señala:

“Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación “joint venture”, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones

o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares.

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

No se considera que existe concentración cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, restructuración patrimonial u otro procedimiento análogo²⁵.

Esta regulación, si bien no goza de la mejor técnica legislativa, pone de relieve algunos supuestos que al materializarse pueden dañar el mercado y por tanto deben ser previamente analizadas. Sin embargo, dicha formulación es de aplicación sólo en el sector eléctrico.

2. RÉGIMEN DE LA COMPETENCIA EN EL DERECHO PERUANO

El *Derecho de la Competencia*, como rama del ordenamiento jurídico, no aparece por generación espontánea, sino que responde a las necesidades y cuestionamientos que la política económica exige.

En el Perú, hace algunos años el contexto social, cultural, político, pero sobre todo, económico hizo surgir las primeras disposiciones sobre esta materia, las mismas que están articuladas, fundamentalmente, para responder a las necesidades imperantes

y cuestionamientos derivados del modelo económico de la época.

Desde sus orígenes, el derecho de la competencia peruano se distinguió por su negativa para adoptar controles ex ante de estructuras empresariales, la presencia de un Estado sancionador de manera ex-post, y la creación de la autoridad en materia de competencia: INDECOP²⁶. Sin embargo, de acuerdo a las necesidades y exigencias que la sociedad planteaba, era necesario que las normas en esta materia también se fueran modificando. En tal sentido, comienzan a aparecer las primeras modificaciones, las cuales estructurarían un modelo más ordenado y acorde con los estándares del derecho de la *competencia* a nivel internacional. Sin embargo, a pesar de estos cambios la legislación no incluyó un régimen de control previo, pues se creía que dicha regulación atentaría contra el modelo económico que se reconoce según la Constitución de 1993, esencialmente, la libertad de empresa.

El derecho de la Competencia en el Perú se encuentra regido por la Decisión n° 285 del Acuerdo de Cartagena que regula a nivel internacional el *control de prácticas restrictivas de la libre Competencia*; la Constitución Política de 1993 (Arts. 58° al 61.°) que sanciona el régimen económico peruano y al mismo tiempo protege al mercado de los monopolios; n.° 1034; Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas²⁷ y la Ley n.° 26876-Ley Antimonopolio y Anti-oligopolio del Sector Eléctrico²⁸ y sus respectivos reglamentos²⁹.

Sin embargo, el contexto económico internacional ha evolucionado, y en todo este escenario los grandes conglomerados y corporaciones que operan a escala global siguen apareciendo, por lo que es necesario que la regulación, con más de un siglo de historia, se fortalezca³⁰.

3. CONTROL PREVIO DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL PERÚ

Para que un país sea eficiente en términos de competencia es imperioso garantizar el equilibrio de los poderes económicos del mercado. Sólo a través de dicha garantía se puede obtener un mecanismo idóneo para que la economía funcione. En el Perú se han implementado algunos medios legales como la prohibición de acuerdos, la prohibición de abusos de posiciones dominantes, prohibición de ayudas estatales, entre otros; a excepción del control previo de concentraciones, salvo para el sector eléctrico.

La finalidad de este último instrumento regulatorio es buscar que las autoridades preserven estructuras propicias para la competencia en el mercado, a través del análisis previo de la operación³¹. En razón de este tipo de control se exige que una concentración, antes de ser materializada, deba ser puesta a conocimiento de la autoridad competente a fin que se evalúe el impacto que podrían tener sus efectos en el mercado. Luego de haberse sometido a la evaluación correspondiente, la operación podrá ser autorizada, o en su defecto, modificada en los extremos que sean necesarios, volviendo a someter el replanteamiento al mismo análisis. De esta forma se evitará dañar el mercado y se podrá cumplir con los objetivos generales de las políticas de Competencia³².

A diferencia de lo que sucede en el resto de sectores regulados, desde hace algunos años el sector eléctrico de la economía peruana cuenta con este *sistema de control previo de concentraciones* que se encuentra vigente en virtud de la Ley n.° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y sus respectivos reglamentos.

El propósito de dicha ley es someter a una autorización previa las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados³³. Según este modelo de control, no todas las operaciones de concentración se someten a dicho análisis, sino sólo aquellas que han sobrepasado un límite determinado. La norma ha establecido, que para el sometimiento de una operación a éste procedimiento, el valor de concentración en el mercado, para los casos de concentración horizontal debe ser igual o mayor al 15% del mercado, y para los casos de concentración vertical, igual o mayor al 5%³⁴.

Este proceso de evaluación tiene etapas claramente diferenciadas. Primero, las empresas protagonistas de la concentración deberán presentar, ante el INDECOPI, una *notificación* con los datos e información necesaria para evaluar sus efectos sobre la estructura del mercado³⁵. Luego, se procede con la *evaluación* por parte de la Comisión competente (Primera instancia administrativa) quien, dentro del plazo establecido, determinará su viabilidad en términos de competencia. La *decisión* final será emitida y puesta en conocimiento a las partes interesadas, quienes de no estar conforme con los resultados, podrán presentar el recurso impugnación que consideren necesario^{36/37}.

Ahora bien, a pesar de la decisión política de no establecer un sistema de *control previo de concentraciones empresariales*, existen otras formas de control de similares características, pero que tienen una finalidad de regulación distinta, y por tanto sus exigencias obedecen a motivaciones de otra índole.

En este sentido, existen otros sectores de la economía peruana, que sin contar con una ley específica para el control previo para proteger el mercado (tal como sucede en el sector eléctrico) se encuentran obligadas a comunicar (presentar una notificación) la realización de una operación concentración. Esto sucede, por ejemplo, en el Mercado de Valores donde la concentración de empresas, al ser considerada *hecho de importancia* que los agentes de este mercado deben conocer, debe ser comunicada al resto de participantes. Por ello se les exige (...) *informar a la Superintendencia del Mercado de Valores y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado (...)*³⁸. Sin embargo, teleológicamente, la regulación de dicha diligencia ha sido establecida a fin de fortalecer el *principio de transparencia* que rige para los operadores del mercado bursátil el cual exige que cuando una empresa que cotiza en bolsa planea implementar una estrategia concentración tendrá que informar a la autoridad del mercado de sus planes³⁹.

Sin embargo, cabe preguntarse ¿Qué sucedería si la operación genera un daño en la estructura del mercado, la autoridad del Mercado de Valores podrá intervenir y revertir la operación, cuando menos sugerir algunas modificaciones, o sancionarla? Definitivamente no.

Si bien la norma no ha hecho especificación alguna al respecto, se entiende que la finalidad de la regulación es lograr la transparencia que debe regir en los mercados bursátiles, a fin que los inversionistas tomen sus decisiones de manera informada, y no su efectividad en términos de competencia. En este sentido, este supuesto encaja más en una forma de comunicación que en un mecanismo de control pro competencia.

4. EL CONTROL PREVIO DE LAS CONCENTRACIONES EN EL DERECHO COMPARADO

Esta experiencia del control ex ante en el derecho comparado no constituye ninguna novedad. A nivel internacional existen diferentes maneras de ejercer el control previo de las concentraciones empresariales en los mercados. Dependiendo del tipo de política adoptada, algunos Estados ejercen el control de la concentración del poder económico a través del requerimiento de una autorización previa, y otro mediante la solicitud de una notificación voluntaria. De ambos mecanismos, el primer supuesto refleja mayor nivel de intervención estatal y por tanto resulta más cuestionable, al considerársele como una actuación restrictiva de las libertades económicas reconocidas y amparadas por los ordenamientos jurídicos. Esto a diferencia del segundo supuesto en el que queda a voluntad de las partes presentar su notificación, pero podrán proceder con la operación sin necesidad de haber obtenido una respuesta determinada. Es decir, los efectos de la operación empezaran a desplegarse, sin necesidad de autorización alguna. Ahora, si luego de evaluada la operación, esta presenta daños estructurales al mercado, esta deberá ser revertida, o cuanto menos modificarla. La flexibilidad de este diseño permite que los empresarios tomen las consideraciones necesarias para que su operación no dañe la estructura del mercado y puedan crear una integración rentable y viable tanto para la sociedad como para el Estado. De esta manera evitarán que la operación sea reprobada.

Desde hace muchos años las grandes economías, a fin de proteger sus mercados de estructuras abusivas han implementado

este mecanismo⁴⁰. Aproximadamente, unos sesenta países tienen un régimen de control previo de concentraciones⁴¹.

Entre las economías más desarrolladas se posible citar los casos de EEUU y la Comunidad Europea, donde las operaciones de concentración, lejos de ser ilegales, se someten al control respectivo donde la autoridad evalúa los efectos que ésta pueda producir sobre el mercado, pero sólo cuando el monto de la operación supere determinados valores económicos. En estos países los flujos monetarios en este tipo de operaciones son de tal magnitud que se han establecido límites (como cuotas de mercado o montos de las operaciones) muy elevados.

En el caso de EEUU se precede según la Guía de *Concentraciones Horizontales*, y a través de la División Antitrust del Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión Federal de Comercio se ha sostenido que para determinar la viabilidad de una fusión, por ejemplo, es necesario evaluar los casos de manera individual, atendiendo a las circunstancias particulares que rodean la transacción. Esto significa que el criterio de concentración del mercado, y cuota de participación en este, no ha resultado definitivos para la evaluación.

Europa por su parte ha elegido una postura más amplia y ha decidido autorizar las operaciones de concentración que contribuyan a la realización de objetivos fundamentales de la Comunidad y que permitan mejorar la producción de bienes a través de la promoción del progreso económico y técnico; pero siempre con las restricciones necesarias para mantener la competencia del *mercado relevante*. No obstante, dicho sistema ha incorporado la obligatoriedad de la notificación previa⁴².

En América Latina la experiencia del control previo de concentraciones ha ido evolucionando de manera periódica. Varios de los países han tomado como uso generalizado regular los procesos de control previo de manera indirecta; esto es a través de *guías de concentración* que orienten el proceso, y desarrollen criterios generales incluidos en la ley, en relación con los condicionamientos, medición del mercado, sustituibilidad de productos, elasticidad cruzada de la demanda, utilidad y cálculo de los índices de concentración, criterios para la imposición de condicionamientos, etc. Tal es el caso de Panamá, México, Venezuela, Brasil⁴³.

De los países de Latinoamérica, la experiencia chilena resulta interesante. En este país, la mentalidad pro competencia de los empresarios y la política de gobierno han creado un clima con incentivos suficientes para que los actores del mercado consulten, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en forma previa a la realización de una operación cuando esta, presumiblemente, pueda estimarse riesgosa para el mercado. Según su regulación, si bien se han conocido de operaciones de concentración, esto se ha hecho en virtud de la cláusula general que prohíbe la indebida restricción a la competencia y que afecta al mercado.

A diferencia de ello, la legislación argentina ha establecido un proceso de control un tanto más estricto. Para dicha legislación, la notificación de la operación debe realizarse hasta una semana antes de la concentración y se espera un pronunciamiento de Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia en un plazo de 45 días. Si vencido el plazo no existe pronunciamiento alguno se produce una autorización tácita⁴⁴. Mediante este esquema no se pretende prohibir la formación

de poderes económicos, sino controlar, mediante la notificación, la estructura del poder económico en el mercado, sancionando sólo aquellos que puedan afectar el interés económico general. Es decir, se trata de un procedimiento de información, más que un procedimiento de control⁴⁵. Aun así se ha creado un proceso rápido y simple, que garantiza la efectividad y el funcionamiento del mercado, al tiempo que permite conjugar el rol regulador del Estado y los derechos de todos los agentes económicos.

En todos los casos la idea es lograr un mercado estructuralmente ordenado, sin distorsiones que terminen generando conductas anti competitivas que dañen a los mismo agentes y, finalmente, al consumidor.

5. LAS CONTROVERSIAS DE CONTROL PREVIO DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL PERÚ

La modificación de las estructuras en los mercados de los diferentes sectores económicos y el desarrollo del contexto internacional han creado para el Perú espacios de crecimiento y fortalecimiento de las grandes corporaciones⁴⁶. En este escenario, es fácil constatar que los diferentes sectores y actividades económicas pueden generar monopolios privados como resultado de los procesos de concentración⁴⁷; y ante ello, en el Perú no existe un mecanismo legal idóneo que permita hacer frente a este problema. La única posibilidad es accionar cuando se abusa de dicha estructura a través de las medidas previstas en el D. Leg. n.º 1034⁴⁸.

La negativa de regular el control ex ante no acepta que los procesos de concentración crea escenarios propicios para facilitar conductas anticompetitivas, tales como el trust

o como la cartelización vía disminución drástica en el número de vendedores significativos en el mercado. A pesar de esto, los obstáculos que se presentan para adoptar un sistema de control previo son varios y de diversa índole; no obstante la mayoría de autores coincide en sostener, entre otras cosas, en los siguientes argumentos⁴⁹. Veamos.

El Perú es una economía pequeña por lo que al ser escasas las operaciones de concentración sería innecesario controlarlas. Según esto, dicho control sería una forma de desalentar las inversiones y evitar que la formación de grandes corporaciones que contribuyan al desarrollo del país. Ante este argumento, es válido sostener que las industrias de los diferentes sectores económicos muestran comportamientos distintos, y aún en una economía con pocas empresas, es necesario que dichas empresas se mantengan compitiendo. Por lo tanto un modelo de esta naturaleza será útil y necesario en tanto analice cada caso y cada industria por separado, pues la operatividad de la misma dependerá de distintos factores.

Un segundo argumento sostiene que de aceptarse el control *ex ante* para las concentraciones, el sistema sería operativamente ineficiente, dado que, tal como lo demuestra la experiencia extranjera, la mayoría de operaciones son aprobadas. Este argumento resulta interesante, al tiempo que parece insostenible. Y una encantadora cita desmorona su fortaleza: "*afirmar que oponerse a este control con argumento que la mayoría de las fusiones son autorizadas es equivalente a inferir la poca utilidad de tener un cuerpo de bomberos en una ciudad porque las mayoría de incendios son pequeños, rápidamente controlados sin mayor ayuda y con un daños pequeño para quienes lo sufre*"⁵⁰. Por tanto con esta forma de controlar las operaciones no se pretende frenar la totalidad de las con-

centraciones, sino sólo aquellas que resulten dañinas desde su origen. Por tanto se acepta que estas operen en tanto se mantengan la estructura ordenada y competitiva de los mercados, contribuyendo, de esta manera al desarrollo de la sociedad.

Por último, un tercer argumento se desprende desde la óptica del análisis costo-beneficio, en razón del cual al crearse una norma que exija a las empresas pasar por un control previo antes de concretar una operación de concentración, crearía un sin número de costos administrativos para el Estado, los cuales serían innecesarios. Sin embargo, la solución a dicho problema dependerá del sistema de control previo que se diseñe. Por un lado se deberá empezar por aceptar que al regular este modelo, no se parte de la premisa que las concentraciones y demás operaciones de integración son dañinas, pero tampoco se acepta que la totalidad de estas operaciones sean buenas. Por tanto, deberá tenerse especial consideración al señalar los límites de las cuotas de mercado y/o montos de operaciones que deberán someterse al análisis, ajustándolos a la realidad y a las necesidades de la economía peruana. Si el límite es muy bajo los costos administrativos resultarán elevados toda vez que el número de casos sujetos a evaluación será muy alto. Por otro lado, si el límite es demasiado alto, ninguna operación se someterá a control, y por tanto es esquema resultará ineficiente.

Con todo esto, una vez más, se reclama implementar un modelo preciso y claro, con procedimientos simples, expeditivos y transparentes. De esta manera los resultados del control serán más predecibles para las empresas y los costos generados serán más bajos.

En estos términos se hace indispensable replantear el papel del Estado en la vida

empresarial, haciéndose necesario, además, aceptar su reconocimiento funcional en los mercados, a través del ejercicio legítimo de su facultad para establecer las reglas de juego, asegurándose que los agentes interactúen en condiciones de equilibrio. De esta manera, la forma del proceso de control no supondrá una intervención generalizada y desmedida del Estado, ni tampoco una prohibición general, sino que siguiendo un estándar internacional, se permitirán todas aquellas operaciones de concentración que no reduzcan substancialmente la competencia efectiva en el mercado⁵¹.

Por tanto se hace necesario contar con una autoridad reguladora del mercado que actúe con imparcialidad, sometido exclusivamente al principio de legalidad, con decisiones recurribles y que conforma sus opiniones solamente de acuerdo con los parámetros técnicos de la economía y del Derecho⁵².

6. VENTAJAS DEL CONTROL PREVIO DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL PERÚ

Las ventajas de la inclusión del control previo de las concentraciones empresariales para el Perú serán, entre otras cosas:

- Privilegiar la seguridad con la que actúan los agentes económicos en el mercado, dándoles seguridad jurídica a sus inversiones.
- Constituir uno de los pilares básicos de todo sistema de defensa de la competencia, y en este sentido completar las políticas estatales en materia del Derecho del mercado.
- Incrementar la independencia de la autoridad en materia de competencia,

restringiéndose la posibilidad de que el Gobierno intervenga en el proceso.

- Diseñar un sistema sin posibilidad de intervencionismo por parte del Estado, pues en caso de admitirse recurso ante la decisión adoptaba, este deberá interponerse ante el Tribunal correspondiente, cuya decisión podría ser impugnada, únicamente, en la vía judicial.
- Prevenir cualquier tipo de distorsiones en el mercado.
- Buscar la eficiencia del mercado⁵³.
- Cautelar el interés económico general con un mecanismo para prevenir los efectos negativos de las concentraciones, en especial, la limitación o eliminación de la competencia efectiva en el mercado.
- Analizar previamente el comportamiento de un mercado en el que se reducen las alternativas de elección efectivas por una fusión por disminución del número de oferentes.
- Preparar la economía nacional para los procesos de integración económica.
- Armonizar la legislación nacional con la tendencia mundial. Así, se autorizará todas las operaciones de concentración que no generen una reducción de la competencia en el mercado, garantizando su funcionamiento eficiente y los intereses de los consumidores.

De todo esto se deduce que es importante para el país, para las empresas (nacionales y extranjeras), para los consumidores y para el Estado aprender a tomar iniciativas para poder disponer de medidas de índole preventiva, de modo que el Estado pase a actuar con anterioridad a la concreción de concentraciones que pueden producir distorsiones perjudiciales a la libre competencia;

preservando, en todo momento, condiciones de competencia, y de esta forma evitar posibles abusos de posición de dominio. En tal sentido, no se trata de crear una ley antimonopólica sino de establecer una ley que garantice el acceso a los mercados, al incluir en su articulado de manera expresa aquellos actos que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia. Requiriéndose, además, que en cada caso se demuestre la existencia de un perjuicio al interés económico general. Situación subjetiva bastante complicada pero no por ello imposible.

7. EL ROL REGULADOR DEL ESTADO EN MATERIA ECONÓMICA Y LAS POTESTADES PARA GENERAR UN CONTROL PREVIO DE CONCENTRACIONES

La Economía Social de Mercado es uno de los pilares del marco normativo económico peruano según la Carta Constitucional de 1993, y mediante sus postulados se exige al Estado cumplir aquellas funciones que garanticen los derechos fundamentales que ésta reconoce. Se trata de una función-deber que brinda al Estado la posibilidad de intervenir en algunos ámbitos de la vida económica.

Constitucionalmente se encuentran reconocidos, tanto las libertades económicas, como las facultades regulatorias del Estado; otorgándoseles un rango especial que importa, no sólo su exigencia de cumplimiento, sino su especial consideración como valores socio-estatales.

La idea es encontrar, la relación entre el deber de garantizar las libertades económicas y el rol regulador del estado en materia económica, a fin de garantizar y preservar el proceso de concurrencia en el mercado de las empresas, y obtener mayores beneficios

con un mercado competitivo orientado a una mejor asignación de recursos que maximice el bienestar social.

A la lectura del artículo 61° de la Carta peruana se evidencia que el legislador constitucional recoge el deber del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia, siendo una de sus exigencias combatir toda práctica que la limite, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. En tal sentido, se reconoce que la función del Estado en la economía es orientar el desarrollo del país, sin necesidad de crear una economía centralmente planificada. Es decir, el Estado no interviene directamente la vida económica sino que la orienta, fijando objetivos y prioridades, y buscando siempre el desarrollo económico del país. Dicha afirmación obedece a que si bien el concepto de Economía Social de Mercado enmarca el ejercicio de las grandes libertades económicas, también permite al Estado asumir un rol de árbitro a través de su capacidad normativa, supervisora y de actuación.

De esta forma, se demuestra que los principios y libertades económicas reconocidas por nuestro marco constitucional económico, traducido en la Economía Social de Mercado no impiden que el Estado actúe como un orientador de los procesos económicos; pues este tiene un rol regulador, vigilante y garantista del funcionamiento de este tipo de escenarios.

En este contexto, el control de las concentraciones pone de manifiesto una de las potestades administrativas del Estado, asumiendo su rol de supervisión del mercado. Para el ejercicio de tal potestad, ningún sector le es ajeno, ni siquiera aquellos que ya son supervisados por otras autoridades. El Órgano de la Defensa de la Competencia es quien ejerce esta supervisión.

Por tanto, es posible establecer el control previo para las concentraciones empresariales en el marco jurídico económico de la Constitución Política del Perú de 1993 como un mecanismo para defender la competencia a través del análisis previo de las futuras estructuras que operaran en el mercado y que probablemente puedan generar distorsiones. Justamente, como bien señala KLAUS JOCHEN, *una de las funciones del Derecho de la competencia es la de poner límites a ciertas prácticas con el fin de asegurar un cierto equilibrio de poderes y una cierta paridad entre los operadores económicos, y en particular, para proteger a los operadores económicos más débiles*⁵⁴; esta protección puede alcanzar de modo directo o indirecto incluso a los consumidores.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN

De acuerdo a las necesidades y exigencias que la sociedad económica plantea, se exige que el Estado garantice el desarrollo de un mercado equilibrado con un sistema jurídico ordenado y acorde con los estándares del derecho económico internacional.

El Derecho de la Competencia orientado a buscar el normal desenvolvimiento de los agentes en el mercado y la implementación de las condiciones necesarias para el desarrollo de una economía ajena a cualquier tipo de distorsiones, necesita establecer un orden legal justo que garantice el ejercicio de una *competencia* leal y razonable, y que atenúe el empleo de malas prácticas empresariales. De esta manera, las políticas de defensa de la competencia se plantean bajo el fundamento que el mercado libre genera eficiencia y bienestar para la sociedad.

Con la implementación de ambos tipos de controles (control ex ante y ex post) se

logra equilibrio y orden en las estructuras del mercado, creando un espacio eficiente con competencia, orientado a buscar los beneficios, sobre todo para los consumidores, pero sin desconocer las necesidades de las empresas y del Estado.

La legislación peruana si bien cuenta con un sistema de control de concentraciones empresariales, éste no es integral, pues carece de mecanismos de índole preventiva que le permitan al Estado actuar de manera anticipada frente a los daños estructurales que una concentración pueda generar. Por ello, resulta necesario que el Estado, en ejercicio de su función reguladora adopte técnicas legislativas que se orienten a promover una competencia eficiente, a fin de estabilizar las fuerzas de los agentes que entran en escena. Sin embargo, ésta no es una tarea fácil, dado que el Estado tiene una exigencia adicional, esto es, *debe regular sin incidir, controlar sin alterar, vigilar sin obstruir, e intervenir sin destruir, esto es debe guardar proporcionalidad y gradualidad en el ejercicio de la función legal de control y vigilancia, optimizando su gestión.*

BIBLIOGRAFÍA

- ANTO RUBIO, MARÍA DEL PILAR. *Política Económica Internacional*, Lima: Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres, 2009.
- AMIN FERRAZ, DANIEL. *La concentración empresarial en el Comercio Internacional. El control de los Grupos de Sociedades en los EE.UU., la UE y Mercosur: Un análisis comparado*, Tesis para optar el grado de Doctor. Valencia, Universidad de Valencia, 2004.
- ARBÓS, EULÀLIA. (Editor) *Atlas de Economía. El comercio en la era global*, España, Parramón Ediciones, 2010.
- ARBULÚ CELI, JUAN ANTONIO "El Control Previo de las Concentraciones Empresariales

- como sistema de defensa de la competencia". Revista *Ita Ius Esto*, año 2, n.º 1, 2008, Editorial de la Asociación Civil Ita Ius Esto, pp. 147-161.
- Asociación de Academias de la Lengua Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 21.º ed., Madrid, RAE, 2001.
- BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE. La Constitución de 1993. Comentarios, 5.ª ed., Lima, Editora Rao Srl, 1999.
- BROSETA PONT, MANUEL. *La empresa y la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, Madrid, Editorial Tecnos, 1963.
- CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. *Diccionario jurídico Elemental*. Buenos Aires, Heliasta, 1980.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO. *Derecho anti-monopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Heliasta.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Las concentraciones de empresas*. Madrid, Editorial Colex, 2006.
- CALVO CARAVACA, LUIS ALFONSO; GOÑE URRIZA, NATIVIDAD. *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado & Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- CHEVARRÍA LEÓN, FERNANDO (Dir.) –Negocios conglomerados Grupo Graña y Montero. Cascos anticrisis– En *Revista América Economía*, n.º 21, enero 2010, Amauta Impresiones Comerciales, Lima, pp. 38-42.
- CHEVARRÍA LEÓN, FERNANDO (Dir.) –Finanzas a la canadiense– En *Revista América Economía*, n.º 31, noviembre 2010, Amauta Impresiones Comerciales, Lima, pp. 28-32.
- COLOMA, GERMÁN. *Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2003.
- KRESALJA, BALDO; OCHOA CÉSAR. *Derecho Constitucional Económico*, Lima, Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, 2009.
- ECHAIZ MORENO, DANIEL. *Los grupos de empresas: Bases para una legislación integral*, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2001.
- ECHAIZ MORENO, DANIEL. *La empresa en el Derecho Moderno*, Lima, Universidad de Lima, 2002.
- EMBIID IRUJO, JOSÉ MIGUEL *Introducción al Derecho de Grupos de Sociedades*, Madrid: Ed. Comares, 2003.
- FIGUEROA BUSTAMANTE HERNAN. *Derecho del mercado financiero*, vol. II, Editorial Grijley, 2010.
- GARRIDO-LECCA, HERNÁN. *Concentración Bancaria en el Perú 1997-2006*, Lima, Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, 2008.
- GARRIGUES, JOAQUÍN; DÍAZ CAÑABATE, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 7.ª ed., Bogotá, Temis, 1987.
- GIRGARDO PERANDONES, PABLO. *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*. Granada, Editorial Comares S.L., 2001.
- GUZMAN NAPURÍ, CHRISTIAN. *Introducción al Derecho Público Económico*. Lima, Ediciones Caba-llero Bustamante, 2009.
- HABERLE, PETER. "Incurtus. Perspectiva de una doctrina constitucional de mercado: siete tesis de trabajo" En *Revista de Jurisprudencia y Doctrina: Constitución Económica del Perú –Foro Económico Asia– Pacífico APEC*, año III, n.º 06, 2008, pp. 31-49.
- ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN "Mercado interior, contrato y derecho de la competencia". En *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, n.º 5, junio 2006, pp. 101-120.
- LOPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO LUCÍA; ARIÑO ORTÍZ, GASPAS. *Derecho de la competencia en sectores regulados: Fusiones y Adquisiciones, control de empresas y poder político*, Granada, Editorial Comares, 2001.
- MANÓVIL RAFAEL MARIANO. *Grupos de Sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires, Ediciones Abeledo Perrot, 1998.
- MARCOS, F. "Comentarios sobre el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defen-

- sa de la competencia". En *Anuario de Derecho de la Competencia 2005*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 353-374.
- QUIROGA GLAVE, MARÍA DEL ROSARIO; RODRÍGUEZ ZEVALLOS, MIGUEL ANGEL. *La concentración de empresas y la libre competencia*, Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1997.
- RIVADENEIRA FRISCH, JUAN. *Economía Social de Mercado*, Ediciones de la Fundación Konrad Adenauer, Quito, 2009.
- RUBIO ESCOBAR, JAIRO (Editor) *Derecho de los mercados: propiedad industrial, competencia, protección al consumidor*, Bogotá, Legis Editores, 2007.
- TAVARA, JOSÉ; DIEZCANSECO LUIS. "Estabilizando el péndulo Control de Fusiones y Concentraciones" En Revista *Themis*, n.º 47, diciembre 2003, pp. 159-173.
- TOVAR MENA, TERESA. "A propósito del control de fusiones. Algunas lecciones de la experiencia norteamericana" En Revista *Ius et veritas*, n.º 30, julio, 2005, PUCP, Lima.
- RODRIGUEZ JARABA, RAFAEL "Derecho de la competencia y gobierno corporativo garantías de equidad frente a la integración regional, la liberalización comercial y la globalización económica". Revista *Criterio Jurídico*, n.º 05, abril, Cali, Pontificia Universidad Javeriana de Cali, 2007.
- SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. *Derecho Público de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- VICENT CHILIÁ, FRANCISCO. *Concentración y Unión de Empresas ante el Derecho Español*, Centro Internacional de Estudios de Pamplona, Fareso, Madrid, 1969.
- ZURIMENDI ISLA, AITOR. *Las Restricciones verticales de la Libre Competencia*. Thomson Civitas, Navarra, 2006.
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.
- STC del 10 de agosto del 2009. Expediente n.º 03116-2009-PA/TC-LIMA. Cementos Lima contra Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).
- STC del 28 de marzo del 2009. Expediente n.º 04466-2007-PA/TC. Empresa de Transporte y Servicios Amauta S.A.C contra la Municipalidad Distrital de Comas, solicitando que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal n.º 178-2005-C/MC.
- STC del 23 de Febrero del 2006. Expediente n.º 7320-2005-PA/TC. Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de que se declare inaplicable el Decreto Supremo n.º 006-2004-MTC, del 20 de febrero de 2004.
- STC del 11 de julio del 2005. Expediente n.º 3330-2004-AA/TC. Recurso extraordinario interpuesto por don Ludesminio Loja Mori contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, la Dirección Municipal de Comercialización y Defensa del Consumidor, y la Dirección de Fiscalización y Control de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
- STC del 26 de abril de 2004. Expediente n.º 018 – 2003 – AI / TC. JORGE POWER MANCHEGO-MUÑOZ, en representación de más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República. Solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 1.º de la Ley n.º 27633, modificatoria de la Ley n.º 27143, Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional.
- STC del 11 de noviembre del 2003. Expediente n.º 0008-2003-AI/TC. Acción de inconstitucionalidad interpuesta por DON ROBERTO NESTA BRERO, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4.º del Decreto de Urgencia n.º 140-2001.

Jurisprudencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia (INDECOPI)

Resolución del 6 de octubre de 2010. Resolución n.º 069-2010/CLC-INDECOPI.

Resolución del 13 de agosto de 2010. Resolución n.º 051-2010/CLC-INDECOPI.

Resolución del 5 de agosto de 2010. Resolución n.º 010-2010/ST-CLC-INDECOPI.

Resolución del 14 de julio de 2010. Resolución n.º 009-2010/ST-CLC-INDECOPI.

Resolución de 3 de mayo de 2010. Resolución n.º 026-2010/CLC-INDECOPI.

Resolución del 23 de febrero de 2010. Resolución n.º 002-2010/ST-CLC-INDECOPI.

Resolución del 28 de enero de 2010. Resolución n.º 008-2010/CLC-INDECOPI.

Resolución del 27 de enero de 2010. Resolución n.º 001-2010/ST-CLC-INDECOPI.

Resolución del 26 de noviembre del 2009. Resolución n.º 082-2009/CLC-INDECOPI.

Resolución del 16 de julio del 2009. Resolución n.º 058-2009/CLC-INDECOPI.

1 Fecha de recepción: 28 de octubre de 2011. Fecha de modificación: 30 de diciembre de 2011. Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2012.

2 Abogada por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo USAT, Lambayeque, Perú. Becaria del Programa Formación Docente de la usat del Área de Derecho de la Empresa – Departamento de Ciencias Jurídicas usat. E-mail: kolivos@usat.edu.pe

3 Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO. *Derecho anti-monopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Heliasta, pp. 177-178; COLOMA, GERMÁN. *Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2003, p. 14.

4 Dentro de los países que aceptan este sometimiento al control mediante el procedimiento administrativo respectivo se encuentran: *Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Comunidad Europea, Estados Unidos de América, México, Venezuela, Australia, Nueva Zelanda, etc.* En España, por ejemplo, los supuestos materiales sobre los que actúa el control de

concentraciones están especificados en el Art. 14 de la Ley 16/1989. Son, fundamentalmente, los casos en que se producen fusiones y adquisiciones de empresas, dentro o fuera de los mercados bursátiles, especialmente cuando pueden generar posiciones de dominio y de los que resulte. Cfr. CALVO CARAVACA, LUIS ALFONSO; GOÑE URRIZA, NATIVIDAD. *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado & Universidad Carlos III de Madrid, 1999, pp. 30-41.

5 MARCOS, F. "Comentarios sobre el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia" En *Anuario de Derecho de la Competencia 2005*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 353-374.

6 INDECOPI – Instituto Nacional de Defensa de la Competencia

7 En razón de estos principios, erróneamente se interpretó que la Constitución Política del Perú de 1993 reconocía amplios márgenes de actuación para los agentes, dado que se encontraban amparados por el ideal de una *economía social de mercado*. Más todavía, los opositores al referido planteamiento sostenían –y lo siguen haciendo– que aun cuando las políticas de competencia respeten los derechos fundamentales como la propiedad privada y la libertad de empresa, un control de esta naturaleza era incompatible con el rol del Estado en materia económica.

8 CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Las concentraciones de empresas*. Madrid, Editorial Colex, 2006, p. 35.

9 MANÓVIL RAFAEL MARIANO. *Grupos de Sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires, Ediciones Abeledo Perrot, 1998, p. 66.

10 Sin que esto signifique que se trate de productos perfectamente homogéneos, dado que la competencia se presenta igualmente entre oferentes de productos con cualidad de sustituirse entre sí. *Ibidem*.

11 Las consecuencias de este tipo de estrategias pueden ser: *adquirir el monopolio, adquirir una posición de dominio, generar un mercado proclive a la colusión, escasa relevancia de la operación, creación de un mercado fragmentado*. TOVAR MENA, TERESA. "A propósito del control de fusiones. Algunas lecciones de la experiencia norteamericana". En *Revista Ius et Veritas*, n.º 30, julio, 2005, PUCP, Lima, pp. 61-82.

12 *Ibidem*.

13 "Si una empresa se fusiona con un cliente, asegura la compra exclusiva y no a otros proveedores; si

- se integra con un proveedor este se obliga a venderle sólo a la empresa integrada, con lo que otros rivales no pueden comprarle el insumo". Ídem. p. 64.
- 14 Un claro ejemplo de las consecuencias para la competencia en este tipo de concentración lo encontramos en el caso *Procter & Gamble* en 1967. Procter & Gamble era el productor dominante de jabones y detergentes, y pretendía adquirir Clorox, productor líder en hipoclorito de sodio de uso doméstico. La objeción apareció porque Procter & Gamble que era el principal competidor potencial de Clorox podría generar una estructura dañosa en el mercado, ya que la otra empresa era la que más posibilidades tenía de ingresar al mercado y competir con ésta. En este caso se eliminaba la competencia potencial. Sobre este caso cabe señalar que el riesgo que produce la concentración entre empresas no competidoras debe analizarse cuando se estudia la competencia potencial, pues en caso de ambas concentrarse se elimina la entrada independiente y futura, y con ello la competencia que pudiera haber influido previamente en los productores existentes o que se hubiera desarrollado en el futuro. Ídem.
- 15 Ídem. pp. 19 y ss.
- 16 Cfr. AMIN FERRAZ, DANIEL. La concentración empresarial en el Comercio Internacional. El control de los Grupos de Sociedades en los EE.UU., la UE y Mercosur: Un análisis comparado, Tesis para optar el grado de Doctor. Valencia, Universidad de Valencia, 2004.
- 17 Coloquialmente concentrar significa acumulación de una variable dentro de una población o de un escenario. Desde el punto de vista gramatical significa reunir en un centro o punto lo que estaba separado. Asociación de Academias de la Lengua Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 21.^a ed., Madrid, RAE, 2001.
- 18 ECHAIZ MORENO, DANIEL. Los grupos de empresas: Bases para una legislación integral, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2001, p. 39.
- 19 Reglamento del Consejo (CE) n.º 139/2004. Nuevo Reglamento de Concentraciones que sustituye al Reglamento 4064/89. Promulgado el 20 de enero del 2004 y de aplicación a partir del 1 de mayo de 2004.
- 20 Algunas clases de concentraciones son las fusiones, adquisiciones (sea que se realice mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas), la creación de una empresa en participación bajo determinadas circunstancias, entre otras.
- 21 En el derecho nacional, estos fenómenos también han sido definidos sectorialmente. El Art. 344º y 438º de la Ley General de Sociedades (LGS) se refiere a algunas formas para lograr una concentración, señalando que éstas pueden ser a través de una fusión o de los denominados contratos asociativos. En el sector financiero, la Ley de la materia (Ley n.º 26702-Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros) dando cumplimiento a su objetivo de protección al ahorro, ha empleado la denominación de grupos económicos para determinar algunos límites a las operaciones financieras que estos puedan realizar. Asimismo, el Mercado de Valores utiliza la misma denominación existiendo, incluso, un reglamento para las operaciones de inversión que realizan este tipo de agentes denominado Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos-Resolución CONASEV n.º 90-2005-EF/94.10, publicado el 28 de diciembre del 2005.
- 22 Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio en el Sector Eléctrico. Publicado en el diario oficial El Peruano el 16 de octubre de 1998.
- 23 Este segundo Decreto está referido a regular operaciones de concentración en el sector eléctrico que se produzcan como consecuencia de los procesos de promoción de la inversión privada a cargo de la Agencia de Promoción de la Inversión-PROINVERSIÓN. Esta normativa fue publicado en el diario oficial El Peruano el 1.º de junio de 2002.
- 24 Esta normativa es de aplicación sólo cuando las empresas participantes en la operación pertenezcan al sector eléctrico. Ley Antimonopolio y Anti-oligopolio del Sector Eléctrico. Publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de noviembre de 1997.
- 25 El resaltado y el subrayado es propio.
- 26 Con la creación del Instituto Nacional de Defensa de Competencia y Propiedad Intelectual –INDECOPI– en noviembre de 1992, empezó a aplicarse en forma efectiva el marco de política de competencia aprobado un 1991.
- 27 Publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2008.

- 28 Publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de noviembre de 1997.
- 29 D.S. n.º 017-98-ITINCI Reglamento de la Ley Antimonopolio y Anti-oligopolio en el Sector Eléctrico. Publicado en el diario oficial El Peruano el 16 de octubre de 1998; D.S. n.º 087-2002-EP Disposiciones Reglamentarias de la Ley n.º 26876, Ley Antimonopolio y Anti-oligopolio en el Sector Eléctrico. Este último referido a regular operaciones de concentración en el sector eléctrico que se produzcan como consecuencia de los procesos de promoción de la inversión privada a cargo de la Agencia de Promoción de la Inversión-PROINVERSIÓN. Esta normativa fue publicado en el diario oficial El Peruano el 1.º de junio de 2002.
- 30 En el mercado peruano las mayores concentraciones se han dado en el mercado de la cerveza, los cementos, y en el sector avícola; pero las deficiencias que presenta nuestra regulación, al carecer de este mecanismo de control previo, sigue permitiendo la creación de grandes estructuras que alteran el orden de los mercados.
- 31 Este control *ex ante*, llamado también *política estructural*, que opera para las empresas de electricidad es un mecanismo de defensa de la competencia que funciona antes que se produzcan las acciones consideradas nocivas, y consiste esencialmente en el uso de medidas que influyen sobre el número y el tipo de empresas que operan en los mercados". Cfr. ARBULÚ CELI, JUAN ANTONIO "El Control Previo de las Concentraciones Empresariales como sistema de defensa de la competencia". Revista *Ita Ius Esto*, año 2, n.º 1, 2008, Editorial de la Asociación Civil *Ita Ius Esto*, pp. 147-161, p. 153.
- 32 CACES PALLARES, LUIS. *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 23 "La defensa de la competencia constituye actualmente, en la Comunidad Europea y en América una forma de acción fundamental de la Administración en el mercado. Mediante esta, la Administración controla, supervisa y dirige los comportamientos de las empresas en el mercado para mantener un régimen de competencia adecuado".
- 33 Art. 1.º de la Ley n.º 26876-Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.
- 34 Art. 3.º de la Ley n.º 26876.- Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.
- 35 Art. 3.º de la Ley n.º 26876.- Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Se establece que antes de realizar actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, con las condiciones y características establecidas, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno.
- 36 Con mayor precisión, la Comisión de la Libre Competencia del INDECOPI ha señalado que el proceso de control previo de concentraciones inicia por "analizar los efectos que pueden derivarse de una operación de concentración, delimitando el mercado relevante donde actúan las empresas que se concentran. La definición del mercado relevante consiste en la definición de los bienes y/o servicios que son prestados por las empresas que se concentran, así como los sustitutos de estos. Este análisis merece especial consideración, dado que según la interpretación que se le brinde a este concepto, las conclusiones de la decisión final pueden variar sustancialmente en uno y otro caso. Por ejemplo, una fusión puede considerarse anti competitiva si se define el mercado relevante de manera demasiado estrecha, o puede ser calificada como una concentración horizontal cuando realmente sea un conglomerado, si se le define de manera muy amplia. Al respecto Cfr. TOVAR MENA, TERESA. *Ob cit.*, p. 65. Ver también Resolución n.º 031-2001-CLC/INDECOPI del 22 de octubre del 2001 en el Expediente n.º 010-2001-CLC del procedimiento de solicitud de autorización de concentración presentada por PSEG Global Inc. para la adquisición de la empresa de Electricidad de los Andes S.A. (Electroandes).
- 37 Algunas perspectivas de este tipo de control se desprenden de la jurisprudencia presentada por el mismo INDECOPI. Por ejemplo, mediante Resolución n.º 001-2010/CLC-INDECOPI de fecha 07 de enero del 2010. Resolución 082-2009/CLC-INDECOPI del 26 de noviembre del año 2009. Resolución 058-2009/CLC-INDECOPI del 16 de julio de 2009.
- 38 Art. 28º del TUO de la Ley de Mercado de Valores y Resolución de CONASEV n.º 307-95-EF/94.10 publicada el 28 de diciembre del 2002.
- 39 Este principio exige que las participaciones significativas en las emisiones de acciones que van a ser admitidas a negociación en bolsa, y las modificaciones a esas participaciones que tengan lugar durante la cotización del valor, deberán ser puestas en conocimiento a los agentes participantes a través de la autoridad competente, a fin que los agentes participantes conozcan cómo proceder

- con sus inversiones. En tal sentido, los administradores de las sociedades cotizadas deben informar al mercado de todas las compraventas de acciones de las sociedades que administran, así como de las demás operaciones que la autoridad solicite. FIGUEROA BUSTAMANTE HERNAN. *Derecho del mercado financiero*. Vol. II, Editorial Grijley, 2010, p. 811.
- 40 Por ejemplo, Estados Unidos aplicó este modelo la vigencia de la Ley Antitrust y en su oportunidad, también lo hizo la Unión Europea, cuyo antecedente más próximo se encuentra en el Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957. Si bien la regulación inicial del derecho de la competencia de Estados Unidos dejó fuera el control de fusiones entre empresas, es que tras la oleada de fusiones que hubo en la zona a partir de 1890, y los problemas de competencia en los mercados que éstas generaron, se hizo necesario establecer un sistema de control de las mismas. Con ese fin se aprobó en 1915 la Clayton Act, en la que se establece la prohibición de adquisición y fusión de empresas cuando ésta lleve a la reducción significativa de la competencia o tienda a crear un monopolio en un Mercado. En la Unión Europea en 1999 se aprobó una serie de textos que suponen un paso adelante en la construcción de un nuevo sistema para el tratamiento de las Restricciones Verticales bajo el Derecho Comunitario de la Competencia. (...) La reforma de este sistema comenzó con la publicación a finales de 1996 del Libro Verde de la Comisión sobre las Restricciones Verticales, el cual adquirió forma con la publicación en septiembre de 1998 de la Comunicación de la Comisión sobre el Seguimiento del Libro Verde y de dos propuestas de Reglamentos del Consejo para la modificación de los Reglamentos 19/65 y 17/62" Cfr. CALVO CARAVACA, LUIS ALFONSO; GOÑE URRIZA, NATIVIDAD. *Ob cit.* pp. 41-159.
- Todas estas conductas, sus especificaciones, requisitos y formas de materialización se encuentran reguladas en el D. Leg. n.º 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
- 41 Cfr. CALVO CARAVACA, LUIS ALFONSO; GOÑE URRIZA, NATIVIDAD. *Ob cit.*, p. 30-41. Informe del Comité Asesor de Política de Competencia Internacional del Departamento (ICPAC-2000).
- 42 Cfr. Reglamento Comunitario de Concentraciones (RCC) n.º 139/2004. Reglamento, aplicable a partir del 1 de mayo de 2004, deroga los Reglamentos (CEE) n.º 4064/89 y n.º 1310/97.
- 43 MIRANDA L., ALFONSO Y GUTIÉRREZ R. JUAN D. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Bogotá, 2007, p. 162.
- 44 Art. 4.º, 5.º y 7.º de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina.
- 45 MOLINA SANDOVAL, CARLOS. "El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino". En *Instituciones del Derecho Empresarial*. Lima, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, 2010, pp. 111-155.
- 46 Un ejemplo de la solidez de la economía peruana la constituye el Grupo Graña y Montero quien entre el 2008 y el 2009 incrementó su facturación en un 20% a pesar de la crisis. De acuerdo a los informes de los propietarios del holding la razón de su incremento fue la diversificación que inició en la década de los 80 con la creación de las empresas Graña y Montero ingeniería, Graña y Montero Digital y Graña y Montero Petrolera. Cfr. CHEVARRÍA LEÓN, FERNANDO (Dir.) -Negocios conglomerados Grupo Graña y Montero. Cascos anticrisis- En *Revista América Economía*, n.º 21, enero 2010, Amauta Impresiones Comerciales, Lima, pp. 38-42.
- 47 Un caso paralelo lo encontramos en el desarrollo y evolución del Scotiabank, quien con su reconocida posición en el mercado sigue adquiriendo participaciones en otras empresas. Scotiabank y Profuturo AFP han llegado a celebrar una adquisición en la que la institución canadiense compraba por US\$ 33 millones el 47% de la administradora de pensiones. El crecimiento del grupo en el Perú ha sido bastante agresivo y hoy abarcan prácticamente todo el sistema financiero local, disputándole el segundo lugar a BBVA banco continental. En marzo del 2010 el grupo compró en Colombia el Royal Bank of Scotland, entidad especializada en banca privada y administración de activos, pero no descarta ampliarse a banca minorista en el futuro. El segundo golpe se dio en setiembre y fue más fuerte: los canadienses compraron otros bancos. El grupo opera en once países de América Latina. La estrategia es asegurar la presencia en el mercado, y luego tomar una posición significativa en cada uno de los escenarios donde opera. Una de las estrategias que utilizará el grupo para seguir consolidándose en la región es sin duda comprar bancos y financieras. El objetivo del grupo es llegar a tener el 20% del mercado financiero peruano. Ante esto cabe preguntarse si las participaciones sólo con el 20% representan una

- posición de dominio. La respuesta es negativa; más si se tiene en cuenta que mucho más complejo determinar la influencia del grupo si una parte se encuentra en el sistema bancario y otra en el sistema financiero. CHEVARRÍA LEÓN, FERNANDO (Dir.) –Finanzas a la canadiense–. En *Revista América Economía*, n.º 31, noviembre 2010, Amauta Impresiones Comerciales, Lima, pp. 28-32.
- 48 Esta ausencia de normativa se aprecia no sólo en el Perú, sino también a nivel de la Comunidad Andina.
- 49 TAVARA, JOSÉ; DIEZCANSECO, LUIS. "Estabilizando el péndulo Control de Fusiones y Concentraciones" En *Revista Themis*, n.º 47, diciembre 2003, pp. 159-173.
- 50 Cfr. Organismo Supervisor de la inversión en Energía. (OSINERG). *Fusiones horizontales en la Generación Eléctrica peruana*. Gerencia de Estudios Económicos. Documento de Trabajo n.º 03, Lima, 2002.
- 51 RODRIGUEZ JARABA, RAFAEL. "Derecho de la competencia y gobierno corporativo garantías de equidad frente a la integración regional, la liberalización comercial y la globalización económica". *Revista Criterio Jurídico*, n.º 05, abril, Cali, Pontificia Universidad Javeriana de Cali, 2007, p. 13.
- 52 Cfr. SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. *Derecho Público de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 604.
- 53 Como señala LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO, LUCÍA y ARIÑO ORTÍZ, GASPAR al referir que uno de los objetivos de las políticas de competencia es la búsqueda de la eficiencia. "Se trata de buscar mayor eficiencia económica, a través de la competencia; no se trata de potenciar la existencia de múltiples empresas atomizadas, sino de lograr la eficiencia económica a través de la competencia, por lo cual en la valoración de concentraciones se deberá discriminar entre fusiones "buenas" y "malas", según su efecto sobre la eficiencia empresarial y las condiciones de competencia". Cfr. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO LUCÍA, ARIÑO ORTÍZ, GASPAR. *Derecho de la competencia en sectores regulados: Fusiones y Adquisiciones, control de empresas y poder político*, Granada, Editorial Comares, 2001, pp. 263-264.
- 54 ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN "Mercado interior, contrato y derecho de la competencia". En *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, n.º 5, junio 2006, pp. 101-120.