

# LA NECESIDAD DE REGULAR LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL PERÚ, DE CARA A LA APERTURA AL MERCADO GLOBAL

DAVID M. VELASCO PÉREZ VELASCO\*

## RESUMEN

El presente trabajo analiza desde el punto de vista económico, las posibilidades de aplicación de un sistema de control de las concentraciones empresariales en el Perú, ya que a la fecha este país no cuenta con una legislación reguladora del tema en cuestión. La tarea de investigación se basó en el *Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia*, publicado a inicios del año 2005 por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual del Perú –INDECOPI, el cual ha sido examinado comparativamente con las legislaciones de los Estados Unidos de América y de la Unión Europea sobre la materia, recurriéndose además a datos empíricos extraídos de

---

\* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres; magíster en Derecho, Economía y Políticas Públicas por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, España; alumno del programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de San Martín de Porres. Catedrático en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de San Martín de Porres y en la Escuela de Oficiales de la Policía Nacional del Perú.

sus respectivos mercados, así como al apoyo de la doctrina existente. Finalmente, el autor plantea propuestas que espera que coadyuven a mejorar aquellas falencias que pudiera presentar el citado proyecto de ley, para que de esa manera se dote al Perú de un sistema moderno de control de las operaciones concentrativas de capitales.

## **Sumario**

Introducción

Capítulo I. Antecedentes doctrinarios de las concentraciones empresariales

Capítulo II. Antecedentes históricos del derecho de la competencia y de las concentraciones empresariales en el Perú y en el derecho comparado

2.1. Antecedentes históricos en el derecho norteamericano

2.2. Antecedentes históricos en el derecho comunitario europeo

2.3. Antecedentes históricos en el derecho peruano

Capítulo III. Necesidad de aplicar un sistema regulativo de concentraciones empresariales en el Perú, tras el ingreso de este país al mercado global

Capítulo IV. Análisis del Sistema Regulativo de las Concentraciones Empresariales, contenido en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia del INDECOPI

Conclusiones

Bibliografía

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años la importancia de la competencia en los mercados globalizados resulta cada vez más reconocida, por lo que las políticas económicas y las legislaciones de los estados buscan métodos más eficaces para el mantenimiento de los estándares

competitivos y así lograr la eficiencia económica y el beneficio de los consumidores.

Los sistemas de defensa de la competencia se dividen en dos segmentos, el control de las estructuras y el control de las conductas. El tema central de la presente investigación es precisamente el análisis de la regulación de las estructuras o también llamado de las concentraciones empresariales, su denominación obedece a que esta rama del derecho de la competencia se ocupa del control de aquellas modificaciones en las estructuras de los mercados que pudieran afectar o restringir los niveles de competencia. El Perú es actualmente uno de los pocos países de Latinoamérica que no cuenta con un sistema normativo de regulación de las concentraciones, lo cual ha permitido que se realicen en este mercado tanto operaciones pro competitivas, como operaciones que han restringido los niveles de competencia; es por esta razón que diversos sectores del referido país reclaman que se adopte una legislación moderna de control que, lejos de significar un freno al fortalecimiento de las empresas, represente un acertado discriminador de las operaciones de concentración, alentando la realización de aquellas que no causan perjuicios a la economía y, a la vez, prohibiendo la concreción de aquellas operaciones que presenten visos de afectar o restringir los niveles de competencia.

El esquema de la presente investigación se inicia con un recuento de los antecedentes normativos que regularon y regulan la competencia y, en especial, las concentraciones empresariales en los estados que cuentan con las más modernas legislaciones al respecto, vale decir, los Estados Unidos de América y la Unión Europea, para seguidamente examinar la realidad económica y normativa en el Perú, aplicando paralelamente conceptos doctrinarios que rigen el derecho de la competencia y, finalmente, se evalúa el *Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia* publicado a inicios del año 2005 por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual del Perú –INDECOPI.

## I. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Desde los inicios mismos del derecho de la competencia como disciplina jurídica, es decir, desde la última década del siglo XIX y hasta los años precedentes, se ha debatido mucho respecto a cuáles deberían ser los propósitos y fines de las políticas de competencia; sin embargo, hoy en día se ha alcanzado una casi unánime coincidencia en que la finalidad de este sistema regulativo es alcanzar la eficiencia económica y de esa manera beneficiar a los consumidores. En consecuencia, ni la competencia misma, ni la regulación de las concentraciones o el combate a la formación de monopolios son los fines del sistema, sino que tan sólo son medios o instrumentos para alcanzar los objetivos antes mencionados. Una primera interrogante acerca del tema planteado sería el porqué de un sistema regulador de concentraciones; la respuesta a esta cuestión es muy sencilla, toda economía de libre mercado anhela alcanzar un sistema de competencia perfecta y, consecuentemente, lograr la eficiencia económica, en términos de menores costos de producción y una asignación más eficiente de los recursos, pero este ideal no se presenta de manera automática debido a fallos del propio mercado, uno de esos fallos son aquellas concentraciones que reducen severamente los niveles de competencia<sup>1</sup>; debiéndose aclarar que no todas las fusiones son nocivas para el mercado, ya que un mayoritario porcentaje de ellas resulta favorable para la economía, pues cuando las estructuras modificadas no restringen ni perjudican los estándares de competencia, las empresas pueden generar mejoras en la tecnología, disminución de costos y aumento de la calidad de sus productos o servicios —lo cual se denomina *eficiencia productiva*—, lográndose alcanzar en muchos casos “economías de escala”, lo cual beneficia directamente a los consumidores; pero, por el contrario, como ya se ha expresado, existen

---

1 JIMÉNEZ LAIGLESIA, J.M., *Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones de empresas*, Fundación Alternativa, Documento de Trabajo 56/2004, Madrid, pág. 9.

también concentraciones que no generan bienestar, sino que originan un significativo incremento del poder de mercado de las empresas concentradas<sup>2</sup>, esta posición privilegiada seduce a las empresas a reducir sus niveles de producción por debajo del punto de equilibrio que «vacía» el mercado, para así incrementar los precios de sus productos o servicios<sup>3</sup>, lo cual ocasiona que sean menos los consumidores que puedan comprar el bien, y quienes aún lo puedan adquirir, lo harán en cantidades menores, respecto de la cantidad que podrían haber demandado en un mercado competitivo; este perjuicio sufrido por los consumidores se denomina *pérdida del excedente del consumidor*<sup>4</sup>, mientras que la empresa dominante aumentará su *excedente de productor* y, más aún, destinará parte de sus rentas económicas a crear o mantener *barreras de entrada* para evitar el ingreso de nuevos competidores al mercado<sup>5</sup>; todo lo cual, en conjunto, genera una pérdida irre recuperable de eficiencia provocada por el poder de monopolio<sup>6</sup>, ergo, a través del referido análisis arribamos a la conclusión de que la calificación de las concentraciones atiende básicamente a los efectos en el mercado, debiendo reafirmar que la gran mayoría de fusiones y adquisiciones tiene efectos positivos sobre éste, por lo que

- 
- 2 Para SAMUELSON y NORDHAUS, el poder de mercado es el grado de control que tiene una empresa o un pequeño número de ellas sobre las decisiones de precios y producción en una Industria. SAMUELSON y NORDHAUS, W., *Economía*, 13<sup>o</sup> ed., McGraw-Hill, Madrid, 1990, pág. 719.
  - 3 La fijación de precios no depende tan sólo del libre albedrío del monopolista, pues si bien éste no tiene competidores, debe considerar otros factores, como la elasticidad de la demanda, la existencia de bienes sustitutivos al que él produce, la posibilidad de entrada de otros competidores al mercado, etc.
  - 4 Para PINDYCK y RUBINFELD el excedente del consumidor es la diferencia entre la cantidad que un consumidor está dispuesto a pagar por un bien y la que paga realmente. PINDYCK, R. y RUBINFELD, D., *Microeconomía*, Prentice Hall, 5<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001, pág. 125.
  - 5 Según LE ROY MILLER y MEINERS, las barreras de entrada al mercado, consisten en la propiedad de recursos que no tienen sustitutos cercanos, éstos pueden generarse gracias a las economías de escala, las licencias, concesiones, certificados de conveniencia y patentes, entre otros. LE ROY MILLER, R. y MEINERS, R.E., *Microeconomía*, McGraw-Hill, 3<sup>a</sup> ed., México, 1990, págs. 423-427.
  - 6 PINDYCK y RUBINFELD, 2001, págs. 356-357.

son admitidas por las autoridades competentes; mientras que tan sólo un reducido grupo de operaciones son observadas por las oficinas nacionales de competencia, imponiéndoles modificaciones a las condiciones de la concentración o declarando de plano que la operación es incompatible con el mercado regulado, constituyendo este último segmento la excepción a la regla, dentro del conjunto de procedimientos de concentraciones empresariales. Tras este breve preámbulo y para una correcta comprensión de los elementos utilizados en el estudio de la disciplina que nos ocupa, procederemos a continuación a definir los conceptos de los términos más importantes que se utilizarán en el presente trabajo:

*Concentración empresarial.* Respecto al concepto de concentración empresarial, debemos expresar que la normatividad norteamericana ha optado por no precisar en sus textos legislativos la definición de una concentración; mientras que la legislación europea, a través del artículo 3º, apartados 1) del Reglamento 139/2004 CE, señala que,

“Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

- a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o
- b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, 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”.

Adicionalmente, el apartado 4) indica que,

“La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración en el sentido de la letra b) del apartado 1”.

Tras la lectura de la definición europea, podemos apreciar que el primer supuesto consiste en la fusión de dos o más empresas

independientes; la segunda condición requiere que dicha modificación estructural perdure en el tiempo; seguidamente, se enuncian tres elementos alternativos que pueden constituir una concentración: el primero consiste en la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes; el segundo se basa en la toma de control de una empresa o empresas, por parte de otra persona natural o jurídica y; el tercero se refiere a la creación de una empresa en común o la adquisición del control conjunto sobre una empresa, siempre que ésta desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente.

Como se puede apreciar, el núcleo del concepto de una concentración es la toma de control permanente de una o más empresas, por parte de quien ostenta el control en otra sociedad, pudiendo practicarse dicha toma de control a título personal o a través de una persona jurídica; obviamente, la adquisición del control puede realizarse de manera evidente, como es el caso de una fusión o de una absorción, o puede presentarse a través de sofisticadas figuras jurídicas para ocultar la identidad de quienes ostentarán el poder de decisión sobre la empresa adquirida.

#### CLASES DE CONCENTRACIONES

Según la doctrina imperante en el derecho de la competencia, se denominan relaciones horizontales a las relaciones entre empresas pertenecientes a la misma industria, vale decir, que venden el mismo producto o prestan el mismo servicio y las relaciones entre empresas que realizan diferentes fases del proceso de producción se conocen como relaciones verticales. Por tanto, a la luz del análisis económico, las concentraciones horizontales son aquéllas en las que se fusionan compañías de la misma industria; las concentraciones verticales son aquéllas en las que se concentran empresas que realizan diferentes fases de un mismo proceso de producción y; finalmente, la tercera clase la representan los conglomerados o consorcios, que consisten en la concentración de empresas cuyos rubros y actividades no están

relacionados entre sí<sup>7</sup>. Los potenciales efectos nocivos de una concentración horizontal consisten en que la reducción del número de competidores puede disminuir el nivel de competencia real en el mercado relevante; los de una concentración vertical consisten en que las barreras de entrada en los mercados que componen las industrias de los diversos niveles de producción pueden verse acrecentadas, a través de contratos de exclusividad y de otros métodos tendientes a lograr la exclusión de los competidores, facilitando las prácticas colusorias; por su parte, los potenciales resultados nocivos de un conglomerado, consisten en la creación de posibles barreras de entrada al crédito, pues los consorcios concentran el capital y la industria en manos de pocos<sup>8</sup>.

#### TEST SUSTANTIVO CONTRA TEST DE LA DOMINANCIA

Los dos sistemas fundamentales para calificar las concentraciones han sido el *test sustantivo o substantial Lessening of Competition*, aplicado por la legislación norteamericana, y el *test de dominancia*, que se mantuvo como único método aplicado en la legislación comunitaria, hasta la promulgación del Reglamento 139/2004, vigente actualmente en la Unión Europea, y a través del cual se ha introducido la aplicación de un sistema mixto o dual para la supervisión de las concentraciones que involucran a una pluralidad de países comunitarios. El *test o criterio sustantivo* prohíbe todas las concentraciones que conduzcan a una lesión significativa de la competencia; mientras que el *test o criterio de la dominancia* prohíbe aquellas concentraciones empresariales que conduzcan a la creación o refuerzo de una posición dominante en los mercados de referencia<sup>9</sup>. Por tanto, la diferencia radica en que en el

---

7 SAMUELSON y NORDHAUS (1990, pág. 723).

8 GARCÍA PÉREZ, M. (2002): Dominancia vs. disminución sustancial de la competencia ¿Cuál es el criterio más apropiado?: aspectos jurídicos, Instituto de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, II Seminario de Expertos: [http://www.ideo.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/MercedesGarcia\\_Competencia3.pdf](http://www.ideo.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/MercedesGarcia_Competencia3.pdf), págs. 8-18.

9 HERRERO SUÁREZ, C., en VELASCO SAN PEDRO, L., coord., *Derecho europeo de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2005, pág. 465.

primer caso se cautelán los niveles mínimos de competencia real en el mercado, mientras que el segundo criterio realiza un control estructural, en el que la mera aparición de una posición de dominio conduce a una prohibición<sup>10</sup>.

#### DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE: MERCADO DE PRODUCTO Y MERCADO GEOGRÁFICO

Un punto trascendente dentro del derecho de la competencia es la definición e identificación de los mercados relevantes. Partiendo de la premisa que establece que un mercado está compuesto por vendedores que ofertan sus productos o servicios y por compradores que demandan dichos bienes, es fácil comprender que al analizar cualquier tema de competencia, una determinación errónea del mercado relevante puede convertir a compradores o vendedores inocuos en poderosos agentes económicos o, por el contrario, transformar a importantes competidores en compradores o vendedores pertenecientes a mercados diferentes y, por tanto, no relacionados entre sí. En consecuencia, un *mercado relevante* es aquel mercado en el que se incluyen a todos los compradores y vendedores que compiten o que potencialmente podrían, sin mayores barreras, competir, unos con otros<sup>11</sup>. El concepto de *mercado relevante* debe analizarse tanto desde una perspectiva material —*mercado de producto*—, como desde una perspectiva espacial —*mercado geográfico*—; en 1997 la Comisión Europea emitió una comunicación que definió los mercados de referencia a efectos de la normativa comunitaria de competencia; según la referida comunicación,

“Un mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos (...)”.

---

10 GARCÍA PÉREZ (2002, pág. 5).

11 SHENEFIELD, J.H. & STELZER, I.M., *The Antitrust Law*, The American Enterprise Institute, Washington D.C., 1993, pág. 29.

De la misma manera, la comunicación establece que,

“El mercado geográfico de referencia comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro y demanda de los productos o servicios de referencia en que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que en éstas las condiciones de competencia son sensiblemente distintas”<sup>12</sup>.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL PERÚ Y EN EL DERECHO COMPARADO

### 2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

El derecho de la competencia tiene sus orígenes en los Estados Unidos de América, durante la última década del siglo XIX y, sin duda, podemos afirmar que su nacimiento guardó estrecha relación con la generación de los monopolios. La primera norma que se promulgó para regular el presente tema fue la *Sherman Act*, que data del año 1890 y debe su denominación al apellido de su autor, el congresista norteamericano JOHN SHERMAN.

Resulta interesante analizar la coyuntura y las razones que impulsaron al Congreso norteamericano a legislar sobre el tópico que hoy nos ocupa. En la segunda mitad del siglo XIX, los Estados Unidos de América se encontraba en un franco proceso de reconstrucción y conquista. La reconstrucción se estaba operando en las antiguas colonias del Este, las cuales, tras la guerra Civil o de Secesión norteamericana (1861-1865) quedaron devastadas, a raíz de las 620 000 vidas humanas perdidas durante el conflicto, y de las cuantiosas pérdidas materiales que dejó la referida lucha fratricida; asimismo, cuando

---

12 HERRERO SUÁREZ, en: VELASCO SAN PEDRO, coord., 2005, págs. 473-474.

hablamos de la conquista del territorio norteamericano, nos referimos a la colonización que se inició tras la finalización de la guerra Civil, y que fijó su horizonte en el Oeste. Debemos considerar además, que con el tardío inicio de la Revolución Industrial en los Estados Unidos de América a mediados del referido siglo XIX y la consiguiente innovación tecnológica que tuvo su primer apogeo en la segunda mitad de la mencionada centuria, la producción de las industrias norteamericanas exhibió un vertiginoso crecimiento, generando efectos desconocidos hasta aquel momento en ese país, uno de aquellos efectos fue el elevado poder de mercado que alcanzaron aquellas empresas que contaban con tecnología y máquinas cuyos resultados en términos de productividad superaban con creces lo que la industria artesanal lograba producir.

Aquel amplio poder que fueron ganando esas pocas empresas les permitió descubrir las ventajas que puede tomar quien ostenta una posición dominante en el mercado, respecto de sus competidores, proveedores y consumidores; fue por aquel motivo que la acumulación de un mayor porcentaje del respectivo mercado se convirtió en una prioridad para las florecientes industrias estadounidenses, las cuales combinaron prácticas leales y desleales de competencia para lograr su crecimiento, pues paralelamente al aprovechamiento del desarrollo tecnológico y de la eficiencia empresarial, utilizaron estrategias que tenían como objetivo no sólo ganar una mayor cuota de mercado, sino también destruir a la totalidad de empresas competidoras o reducir al máximo el número de éstas, con el fin de constituirse en monopolistas. Dichas prácticas consistieron básicamente en la fusión de empresas, así como también en la aplicación de precios predatorios que llevaran a la quiebra a las competidoras o en el uso de contratos de exclusividad y, en general, en la utilización de métodos que pretendían limitar el comercio; pero para dichos tiempos —y aún para los actuales— existía una gran confusión para enmarcar y diferenciar qué prácticas empresariales deberían ser calificadas como lícitas y cuáles como ilícitas; sin embargo, lo que sí tenían claro muchos congresistas y funcionarios del gobierno federal, era que tenían que dar respuesta al clamor de aquellos sectores de la población que solicitaban que se detenga el avance de los

monopolios, lo cual tuvo como consecuencia la promulgación de la primera ley de competencia, dando origen así a esta rama del derecho<sup>13</sup>.

La *Sherman Act* fue una norma que pretendió poner freno a los monopolios, respondiendo a los reclamos de agricultores que al tener cada vez menos empresas a las cuales proveer sus productos, eran víctimas del poder de monopsonio de las compradoras, las cuales fijaban precios que, en muchos casos, no cubrían los costos de producción en que incurrían los agricultores; asimismo, los pequeños empresarios reclamaban que la concentración del mercado en uno o en unos pocos productores, llevaría irreversiblemente a sus empresas a la bancarrota, ya que la estructura de costos de las grandes empresas —gracias a la producción en serie— les permitía ofrecer precios con los que los pequeños productores no podían competir; finalmente, los pequeños comerciantes señalaban que se veían compelidos a suscribir contratos de exclusividad con las grandes empresas, si es que querían seguir comercializando los productos de éstas, fungiendo así como instrumentos de las grandes corporaciones para excluir del mercado a sus competidores; del mismo modo, la reducción del número de productores llevaba a que los monopolistas impongan los precios, márgenes de utilidad y demás condiciones a los pequeños comerciantes, a diferencia de lo que ocurre en un mercado competitivo, en el que los diferentes productores ofrecen mejores condiciones a sus distribuidores para que éstos prefieran vender sus productos, antes que los de la competencia. La *Sherman Act* fue una norma bastante ambigua, que fue complementada por la *Clayton Act* (1914) y la *Federal Trade Commission Act* (1914); así como por la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* (1976), vigentes hasta nuestros días.

## 2.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

En cuanto a los antecedentes europeos relacionados a nuestro tema de análisis, debemos señalar que éstos se remontan a la posguerra, es decir,

---

13 WACHNITZ, V., (2001): Leyes antimonopolio vs. derechos individuales: [http://www.atlas.org.ar/economia/pdf/wachnitz\\_3.PDF](http://www.atlas.org.ar/economia/pdf/wachnitz_3.PDF), pág. 2.

a los años posteriores a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, específicamente, nos debemos remitir al origen del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del carbón y del acero —Tratado CECA—, suscrito en París el 18 de abril de 1951 por Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda; con el propósito de crear un mercado único del carbón y del acero, administrado por un ente supranacional conocido como la Alta Autoridad. El objetivo de fondo del tratado CECA era hacer imposible cualquier conflicto armado entre los estados miembros y al mismo tiempo establecer una cimentación firme para la recuperación europea después de la Segunda Guerra Mundial<sup>14</sup>. El Tratado CECA en su artículo 66° sometía toda concentración en la que participe una empresa productora de carbón o de acero de alguno de los países miembros a la previa autorización de la mencionada Alta Autoridad<sup>15</sup>, lo cual permite apreciar que la legislación europea introdujo desde 1951 la figura del control *ex ante* en la regulación de las concentraciones económicas, no obstante que este tratado involucraba a tan sólo seis países del continente europeo y se circunscribió únicamente a dos mercados específicos —el del carbón y el del acero—. En 1966 la Comisión Europea emitió el *Memorando sobre concentraciones*, a través del cual declaró que el artículo 85° del Tratado CEE resultaba inaplicable a las concentraciones empresariales, ya que su concepción estaba dirigida únicamente a los acuerdos entre empresas que mantenían su independencia jurídica y económica —prácticas colusorias—; en tal sentido se enumeraron una serie de diferencias que, en opinión de la Comisión, hacían inviable la aplicación del artículo 85° del Tratado CEE a las concentraciones; basados en la interpretación del memorando, durante los años siguientes la Comisión y el Tribunal sólo resolvieron sobre concentraciones aplicando el artículo 86° del Tratado CEE, es decir, interpretando que las concentraciones podían constituir una explotación abusiva de una posición dominante por parte de una o más

---

14 BELLAMY, C. y CHILD, G., *Derecho de la competencia en el mercado común*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 23.

15 WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia*, Bosch, t. II, Barcelona, 1998, pág. 1102.

empresas, pero en armonía con el texto del citado artículo, el Tribunal y la Comisión aplicaron la norma sólo a aquellas sociedades mercantiles que teniendo ya una posición dominante en el mercado, reforzaban dicha posición mediante una concentración<sup>16</sup>.

Luego de casi dos décadas en que imperó el criterio expuesto en el párrafo precedente, la orientación del Tribunal de Justicia cambió de dirección, cuando en 1987 este órgano colegiado, confirmando una resolución emitida por la Comisión en el caso *Philip Morris-Rembrandt Group*, declaró que la adquisición de Philip Morris en Rothmans International —filial de Rembrandt Group— de una participación minoritaria ascendente al 30,8% de esta última, no constituía una infracción al artículo 85º, apartado 1) del Tratado CEE, debido a que a través de la participación adquirida, Philip Morris no lograba obtener un control de hecho o de derecho sobre el comportamiento comercial de su competidora y que el acuerdo de adquisición de acciones en cuestión no previó una cooperación comercial entre ambas empresas, ni creó estructuras capaces de promover tal cooperación. Con esta interpretación el Tribunal estableció claramente que el artículo 85º del Tratado CEE no se limitaba sólo a las prácticas colusorias, sino que podía aplicarse a operaciones que impliquen una modificación estructural duradera<sup>17</sup>.

En 1989 se emitió el Reglamento 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, el cual entró en vigencia el 21 de septiembre de 1990. Esta norma otorgó a la Comisión Europea no sólo facultades investigativas, sino también poder de decisión respecto de las concentraciones y fusiones con “dimensión comunitaria”; dicho poder de decisión implicaba la posibilidad de aplicar correctivos tales como desautorizar una fusión o adquisición, separar empresas o activos agrupados y aplicar multas a las entidades involucradas. Las operaciones de concentración o fusión con dimensión comunitaria fueron definidas por el volumen de negocios de las empresas involucradas y

---

16 BELLAMY, C. y CHILD (1992, pág. 561).

17 Un resumen más detallado del caso se puede encontrar en WAELBROECK y FRIGNANI (1998, págs. 1104-1107).

por el hecho de que más de un estado miembro de la Comunidad se encuentre significativamente afectado por la operación en cuestión. Con fecha 30 de junio de 1997, el Consejo de la Unión Europea emitió el Reglamento 1310/97, el cual entró en vigor el 1° de marzo de 1998 para introducir sustanciales modificaciones al Reglamento 4064/89, las reformas más destacables consistieron en la aclaración del criterio de base para el análisis o *test de la dimensión comunitaria de las concentraciones*, al reducirse los umbrales mínimos de negociación total a nivel mundial de 5000 millones de ecus a 2500 millones de ecus, así como los del volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas, los cuales sufrieron también una reducción de 250 millones de ecus a 100 millones de ecus, estableciéndose que la operación debía afectar por lo menos a tres estados miembros y no a dos, como lo establecía inicialmente el Reglamento 4064/89, debiendo superar el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración los 25 millones de ecus; finalmente, el volumen de negocios total realizado individualmente en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración tenía que superar los 100 millones de ecus, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice en un mismo Estado miembro más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad. Cabe añadir que a través de la citada norma se agregó el apartado 4) al artículo 2° al Reglamento 4064/89, el cual reafirmó la jurisprudencia que venía utilizándose desde 1987 —con el caso Philips Morris, respecto a la aplicabilidad de los apartados 1) y 3) del artículo 85° del Tratado CEE a las concentraciones parciales—.

Finalmente, con fecha 20 de enero de 2004 se promulgó el Reglamento 139/2004, “*Reglamento sobre el control de las concentraciones entre empresas*”, el cual se encuentra en vigencia desde el 1° de mayo de 2004, habiendo sido complementado con la comunicación de la Comisión denominada “*Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*” (DOCE), del 5 de febrero de 2004. La mayor

innovación que introduce el vigente reglamento es conjugar en su apartado 2) del artículo 2º, el *test de dominancia* —imperante en el sistema europeo durante la vigencia de las anteriores normas reguladoras de la materia— con el *test sustantivo* —imperante en Norteamérica, a través del *Test of Substantial Lessening of Competition*—<sup>18</sup>.

En cuanto al concepto de concentración, el Reglamento 139/2004 en su artículo 3º, reafirmando lo dispuesto por el Reglamento 1310/97, incorpora la figura de una empresa en participación a los dos supuestos o causales tradicionales de cambio duradero del control, vale decir, a la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes; o la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, 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.

### 2.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL DERECHO PERUANO

El decreto legislativo 701, denominado “Ley que dispone la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia”, constituye la primera norma referida a los sistemas de competencia en el Perú y fue promulgado el 5 de noviembre de 1991 con el objeto de,

“...eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores”<sup>19</sup>.

---

18 La diferencia básica entre ambos sistemas es que el *test de dominancia* centra su atención en aquellas concentraciones que implican la creación o reforzamiento de una posición de dominio en el mercado relevante; mientras que el *test sustantivo* analiza si la concentración planteada tendrá por efecto reducir el grado de competencia entre operadores, aunque no se cree ni se refuerce una posición de dominio.

19 Artículo 1º del decreto legislativo 701.

La citada norma, vigente en la actualidad en el Perú para regular su Sistema de competencia, no se refiere de manera directa a las concentraciones empresariales, motivo por el cual los más significativos casos de fusiones o absorciones de empresas, no han encontrado en el Perú ningún obstáculo para concretarse.

En 1992, es decir, un año después de la entrada en vigencia del decreto legislativo 701, se promulgó la Ley de Concesiones Eléctricas —LCE—, la cual limitó la posibilidad de que un mismo titular realizara actividades de generación, transmisión principal y distribución en el sector eléctrico, pero cabe resaltar que la deficiente redacción de la norma dejaba abierta la posibilidad de que un mismo grupo económico, actuando a través de diferentes empresas, controlara alguna o todas estas actividades de manera simultánea. En el año 1995, mediante el decreto supremo 27-95-MITINCI, se trató de remediar parte de los vacíos del artículo 122° de la LCE, considerando como una infracción a la libre competencia las concentraciones generadas a partir de las fusiones, adquisiciones o asociaciones de una empresa eléctrica cuya posición sea dominante en el mercado o por quien ejerza el control de dicha empresa; sin embargo, el rango jurídico de dicha norma la hacía ineficaz, de conformidad con la legislación peruana vigente, pues se requería de una norma con rango de ley para regular las fusiones en un determinado sector de la industria.

En 1997 se promulgó la Ley 26876, “Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico”, que modificó la prohibición a la integración vertical subyacente en la versión inicial de la LCE, prohibiendo únicamente los actos de concentración vertical u horizontal que tengan por efecto disminuir, dañar o restringir la libre competencia y la libre concurrencia en los mercados de la industria eléctrica. En 1998 se reglamentó dicha ley mediante el decreto supremo 017-98-ITINCI; finalmente, en el 2002 se promulgó un nuevo reglamento, el decreto supremo 087-2002-EF, el cual sí resulta específico para las concentraciones derivadas de procesos de promoción de la inversión privada en las empresas eléctricas de propiedad del Estado, siendo a la fecha el sector eléctrico el único en el Perú que cuenta con

disposiciones específicas que regulan las concentraciones empresariales en sus respectivos mercados<sup>20</sup>.

La vigente Ley 26876 establece un mecanismo de control de fusiones basado en la participación en el mercado de las empresas concentradas, con lo cual quedan sujetas a evaluación previa por parte de la Comisión de Libre competencia del INDECOPI las operaciones de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean, previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los casos de concentraciones de tipo horizontal y 5% del mercado en los casos de concentraciones de tipo vertical. Los porcentajes de participación de mercado deben ser calculados por el Organismo supervisor de la conversión en energía —OSINERG— sobre la base de los ingresos percibidos por las empresas del sector durante el año calendario anterior a la operación de concentración. Estos porcentajes se utilizan únicamente como referentes para determinar si la operación debe o no ser notificada ante el INDECOPI, no siendo por tanto determinantes o vinculantes en la evaluación final de la concentración efectuada por la Comisión de Libre competencia. De acuerdo con el decreto supremo 087-2002-EF, se infiere que las empresas titulares de concesiones o autorizaciones para realizar actividades eléctricas, cuyos activos no están operativos, no requieren de notificación previa ante el INDECOPI para los actos de concentración que resulten de procesos de promoción de la inversión privada. Una vez notificada la solicitud de autorización de concentración, la Comisión de Libre Competencia puede aprobar, desaprobado o condicionar los actos de concentración vertical u horizontal, dependiendo del impacto que puedan tener los mismos sobre la competencia en el sector eléctrico. Los criterios de evaluación incluyen la posibilidad que la operación de concentración genere ganancias de eficiencia que superen los potenciales

---

20 INDECOPI, (2005): Proyecto de ley de defensa de la competencia, Lima, 3ª versión, pág. 2: <http://www.indecopi.gob.pe/upload/tribunal/sdc/2005/ProyectoLeyDefensaCompetencia.pdf>.

efectos negativos sobre la competencia derivados del acto de concentración. En este caso, la carga de la prueba de las ganancias de eficiencia derivadas de la fusión recae sobre las empresas que realizan la operación<sup>21</sup>. Adicionalmente, podemos mencionar el caso aislado que representa la Ley de Telecomunicaciones, la cual prohíbe que una misma persona, natural o jurídica, sea titular de acciones en dos empresas propietarias de canales de televisión, pero al igual que en el caso de la derogada Ley de Concesiones Eléctricas, la pobre redacción de la norma permite que una sola persona, natural o jurídica, controle a través de diferentes empresas de su mismo grupo, dos o más televisoras<sup>22</sup>.

### III. NECESIDAD DE APLICAR UN SISTEMA REGULATIVO DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL PERÚ, TRAS EL INGRESO DE ESTE PAÍS AL MERCADO GLOBAL

En el Perú las reformas de primera generación concebidas bajo el consenso de Washington se empezaron a aplicar a comienzos de la década de los noventa, con lo cual se inició la apertura de su economía al comercio y a las finanzas internacionales, poniendo fin a un colapsado régimen proteccionista que cobijaba industrias sobre pobladas de empresas ineficientes; en consecuencia, podemos afirmar que la aplicación de una economía de libre mercado y su consecuente regulación a través de políticas de competencia tiene una reciente data en el país incaico. Este drástico cambio en el rumbo de dicha economía produjo evidentes efectos en el conjunto de sus empresas nacionales, las cuales dejaron de ser protegidas por legislaciones que creaban barreras de entrada a la importación de productos foráneos, por lo que la industria nacional peruana tuvo que empezar a competir con el ingreso de

---

21 GALLARDO, J. y DÁVILA, S. (2003): Concentraciones horizontales en la generación de energía eléctrica: el caso peruano, Lima, OSINERG (Oficina de Estudios Económicos): <http://www.osinerg.gob.pe/osinerg/investigacion/documentos/DT03-OEE-OSINERGA.pdf>

22 *Bussines Peru* (2004): “Hacia el control previo”: [http://www.businessperu.com.pe/2004/Agosto/articulos/ARTICULO1/Cuerpo\\_1.htm](http://www.businessperu.com.pe/2004/Agosto/articulos/ARTICULO1/Cuerpo_1.htm)

mercancías producidas en el extranjero; así como con la llegada de capitales foráneos que escogieron al Perú como destino de inversión, atraídos por las nuevas reglas de juego que planteaba dicha economía.

Aquel nuevo panorama sirvió también como filtro para reconocer a las empresas competitivas o viables en el mercado, las cuales lograron adaptarse a los cambios y, asimismo para identificar a aquellas empresas que no lograrían alcanzar los niveles mínimos de competitividad, las cuáles debieron reorientar sus recursos hacia otras actividades empresariales y/o salir ordenadamente del mercado, haciendo uso de las herramientas que introdujo el nuevo sistema concursal peruano en 1992. Otra consecuencia de la apertura económica fue la aparición de nuevos retos al empresariado peruano, al tener que competir súbitamente, ya no en un mercado cerrado, sino en uno global; ante esta nueva coyuntura, una de las posibilidades a las que recurrieron los empresarios nacionales para mantenerse competitivos en su creciente mercado, consistió en la posibilidad de fusionar sus recursos con los de otras empresas.

Tal como se ha podido apreciar en el ejemplo de la Europa de la posguerra, la repentina apertura de los mercados requiere de un “período de carencia” en los sistemas regulativos de concentraciones, pues es necesario que durante un lapso adecuado las empresas nacionales puedan adoptar una serie de medidas para hacer frente a la nueva realidad que formula el mercado liberado, una de estas medidas consiste en recurrir a la fusión de capitales, sea concentrándose con otras empresas nacionales o con capitales extranjeros; esta permisibilidad temporal para la ejecución de concentraciones se fundamenta en que al eliminarse las barreras de entrada al capital extranjero, las cuotas de mercado de los diferentes rubros, existentes al momento de la apertura económica sufrirán rápidas y drásticas modificaciones que las empresas nacionales tardarán en asimilar.

No cabe duda que, siguiendo el derrotero trazado como ejemplo por los países de la Europa comunitaria, la tendencia económica en el corto y mediano plazo va orientada al fortalecimiento de las comunidades regionales, con el ánimo de unir esfuerzos y así lograr una mayor competitividad en el mercado mundial. Es por esta necesidad

que, muy probablemente, dentro de algunos pocos años, la Comunidad Andina de Naciones —CAN—, de la cual es parte integrante el Perú, deberá ser subsumida por un organismo regional o subregional más amplio, pero resultaría pertinente que mientras la CAN mantenga su vigencia, este organismo supranacional regule el control de las estructuras en el mercado comunitario andino, ya que su tendencia se orienta a liberar las barreras comerciales entre los países miembros. Debe aclararse que una norma regulativa andina no resultaría una innovación, pues a la fecha existen ya decisiones vinculantes andinas en materias arancelarias o de propiedad industrial<sup>23</sup>, que constituyen normas comerciales de obligatorio cumplimiento para los países miembros. Sin embargo, cabe aclarar que la presente propuesta de una regulación de concentraciones empresariales andinas resultará una tarea harto difícil en un futuro cercano, en razón que, de los cinco países miembros, tan sólo Colombia y Venezuela cuentan con leyes nacionales de regulación de las concentraciones empresariales; ergo, resulta evidente que primero tendrá que llegarse a un consenso comunitario para la implantación de legislaciones internas o nacionales de los países miembros sobre la regulación de la presente materia, antes de lograr el objetivo mediano de alcanzar una regulación andina sobre concentraciones empresariales, pues tal como hemos apreciado en el ejemplo europeo, la legislación reguladora supranacional opera sólo cuando la concentración altera los niveles de competencia comunitarios o cuando las empresas involucradas pertenecen a una pluralidad de países de la Unión, desarrollándose siempre este sistema en armonía con las legislaciones nacionales, las cuales mantienen concordancia con la norma supranacional.

En este contexto de cambios económicos, según autores como RODRÍGUEZ (1998), resultaba indispensable facilitar las concentraciones, pues no tenía sentido en ese momento de “carencia” adoptar un sistema de control de estructuras, ya que ese asunto debía dejarse para las

---

23 Se debe considerar que la vigente Decisión n° 486: “Régimen común sobre propiedad industrial”, de la Comisión de la CAN habla ya del mercado común andino.

economías en equilibrio de largo plazo<sup>24</sup>. En adición a lo expuesto, se puede aplicar al caso peruano actual, el planteamiento de autores como KHEMANI y DUTZ (1995) y OLIVEIRA (1998)<sup>25</sup>, el cual señala la conveniencia de que en economías en transición, la implementación de las políticas de competencia y sus distintos instrumentos sean graduales y sigan una secuencia que enfatice, en un inicio, el rol promotor de la competencia y de la regulación de conductas, para luego, en una segunda etapa, abarcar el control de las concentraciones empresariales, en razón a que la implementación de las políticas de competencia requiere de tiempo de aprendizaje e inversión en capacitación y desarrollo de instituciones. Esta secuencia, según OLIVEIRA, se basa en el grado de dificultad que enfrentan las autoridades en evaluar los costos y beneficios de las medidas de competencia; en este sentido, la introducción de un control de fusiones formaría parte de una etapa posterior a la introducción del control de conductas, en la medida que evaluar los efectos de un cartel sobre el bienestar, resultaría menos costoso que evaluar los efectos de una concentración. Por tanto, el Perú, con el INDECOPI y sus casi catorce años de experiencia, ya se encuentra en la puerta de la segunda etapa que mencionan los autores, por lo que sería prudente implementar un mecanismo completo de control de fusiones, sobre todo en un escenario de mercados ampliados en los que la interrelación entre los mercados del Perú y otros países es cada vez mayor<sup>26</sup>.

---

24 RODRÍGUEZ, 1998, pág. 162, citado en *Gerencia de Estudios Económicos* del INDECOPI (2005): Control previo de fusiones y adquisiciones en el Perú en el marco del proyecto de ley de la competencia, *Work Paper*, pág. 14.

25 *Gerencia de Estudios Económicos* del INDECOPI (2005, pág. 15).

26 *Gerencia de Estudios Económicos* del Indecopi (2005, pág. 15).

#### IV. ANÁLISIS DEL SISTEMA REGULATIVO DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES, CONTENIDO EN EL PROYECTO DE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI

El presente capítulo está dedicado al análisis del título V del proyecto de ley peruano de defensa de la competencia, publicado por el INDECOPI, el cual, ha sido destinado íntegramente a la regulación de las concentraciones empresariales.

Los aciertos que contiene el proyecto de ley son, a nuestro juicio, proponer la implementación de un control de las concentraciones *ex ante*, es decir, un control previo que califique las propuestas de concentración antes de su concreción, evitando así a la administración la onerosa supervisión de modificaciones ya realizadas y, sobre todo, evitando incurrir en mayores costos de transacción a las partes, al no tener que modificar o anular una concentración empresarial cuando ésta ya se ha ejecutado. Acierta también el proyecto al comprender en la Ley a aquellas operaciones que, no obstante realizarse en el extranjero, involucran directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades económicas en el Perú, asimismo, acierta el proyecto al recoger del Reglamento 139/2004 CE, vigente en Unión Europea, la determinación enumerada de los actos que constituirían causales de concentración empresarial, así como al enumerar los casos en que, no obstante que la proyectada concentración presente visos de generar efectos restrictivos sobre la competencia, la Comisión podrá autorizarla si considera que dichos efectos se verán compensados por su contribución a la consecución de eficiencias tales como, la administración deberá autorizar su concreción, por no resultar éstas un obstáculo a la competencia y, más bien, traer beneficios a los consumidores; estableciendo en ambos casos de enumeraciones el sistema de *númerus apertus*.

Un último acierto, pero esta vez parcial, es la aplicación de algunos elementos recogidos de la legislación europea vigente, para determinar qué proyectos de concentración deberían ser sometidos a control previo

por parte de la administración; por un lado, podemos reafirmar que parte del acierto que ostenta el proyecto de ley publicado por el INDECOPI consiste en la aplicación de umbrales económicos de alta cuantía que identifican claramente a los proyectos de concentración que serían pasibles de control previo; asimismo, la alta cuantía del umbral económico y el establecimiento de vallas estructurales que requieren que la concentración proyectada involucre a un importantísimo porcentaje del mercado relevante garantizarían que tan sólo aquellas concentraciones con visos de afectar al mercado peruano en su conjunto, por su poder económico, o al mercado relevante de alguna región de dicho país, en base a la alta cuota del mercado relevante que involucraría, tendrían la obligación de ser sometidas a un control *ex ante*. Pero señalamos que este último acierto es tan sólo es parcial, en razón a la metodología o criterios que utiliza el proyecto en mención, pues éste contempla dos supuestos que deberían ser alternativos, pero que por su erróneo planteamiento en el proyecto de ley resultan contradictorios, el de cuota de mercado o relativo, y el de volumen de ventas o absoluto. El umbral de cuota de mercado consiste en que los partícipes en un proyecto de concentración deben alcanzar antes o después de la realización de la operación concentrativa, un determinado porcentaje de participación en el mercado relevante; por su parte, el umbral de volumen de ventas consiste en el requisito de establecer una cifra mínima de facturación para las empresas que participan en el proyecto de concentración, tomando como referencia, por lo general, el periodo fiscal anterior al año en que se presenta la solicitud de autorización para realizar la concentración.

La razón por la que sostenemos que los umbrales que presenta el proyecto son contradictorios, se basa en que los dos tipos de umbrales antes mencionados buscan cada uno premisas particulares para su aplicación como discriminadores de los proyectos de concentraciones empresariales, pero sin convertirse ninguno de ellos en un elemento limitativo de las facultades de la entidad administrativa de control. En el caso concreto del proyecto de ley del INDECOPI, el literal a) de su artículo 36° establece el siguiente presupuesto para que un proyecto de concentración deba ser notificado previamente para su evaluación:

“Que como consecuencia de la operación se adquiera o se incremente una cuota de mercado igual o superior al veinticinco por ciento (25%) en cualquiera de los mercados relevantes en el Perú, siempre que el volumen de ventas global en el Perú del conjunto de los partícipes en la operación supere en el último ejercicio contable la cantidad de 100 000 UIT —cien mil unidades impositivas tributarias—”.

El efecto negativo que tendría la promulgación del proyecto de ley, si es que se mantuviera en su texto el mencionado requisito, es que la propia norma impediría a los órganos competentes del INDECOPI —Comisión de Libre Competencia y Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal— conocer *ex ante* las concentraciones que puedan generar la aparición de oligopolios no colusorios, los cuales consisten en la presencia de un número reducido de ofertantes de productos o servicios con fuertes lazos de interdependencia, lo cual abre la posibilidad de que dichas empresas adopten comportamientos paralelos, sin necesidad de arribar a acuerdos expresos entre ellas, obteniendo beneficios de su poder de mercado compartido, sin tener que depender de la respuesta coordinada del resto de oligopolistas<sup>27</sup>. La preocupación de los especialistas en concentraciones por la existencia exclusiva de umbrales de cuota de mercado o criterio de dominio se basa en que el *test de dominio* resulta insuficiente para el control de oligopolios no colusorios, pues la existencia de un poder de mercado compartido implica la concurrencia de empresas que individualmente no gozan de una cuota de mercado significativa, pero que en conjunto sí la ostentan, es por este motivo que acertadamente el Reglamento 139/2004 CE, que rige en la actualidad el tema de las concentraciones empresariales en la Unión Europea, ha optado por un sistema dual que señala que la administración aplicará el *test sustantivo* y/o el *test de dominancia* para establecer si un proyecto de fusión es pasible del control previo en su jurisdicción, pero sin alterar la esencia de uno u otro criterio.

A decir de la exposición de motivos del proyecto de ley del INDECOPI, el sistema mixto o dual europeo para la calificación de concentraciones

---

27 HERRERO SUÁREZ, en VELASCO SAN PEDRO, coord., (2005, págs. 465-466).

habría sido supuestamente recogido por la propuesta legislativa de la oficina peruana impulsora de la competencia; pero esa consideración a nuestro entender resulta inexacta, pues a diferencia del acierto que contiene la actual legislación comunitaria europea, que introduce la utilización de ambos sistemas como supuestos autónomos uno del otro, el proyecto del INDECOPI desnaturaliza el sistema dual al establecer que la valla de volumen de ventas en el Perú<sup>28</sup> operaría siempre que como consecuencia de la operación se adquiriera o se incremente una cuota de mercado igual o superior al veinticinco por ciento (25%) en cualquiera de los mercados relevantes en el Perú; por tanto, queda demostrado que ante la introducción de esta condición *sine qua non* para que se pueda aplicar el Criterio de volumen de ventas, en buena cuenta lo que estaría generando la proyectada ley, sería un impedimento para que los órganos competentes del INDECOPI puedan evaluar concentraciones capaces de generar un poder de mercado compartido, pues los oligopolistas que se benefician con esta posición parcialmente privilegiada, en muchos casos no superan el 25% de su respectivo mercado relevante.

En adición a lo expresado en el párrafo precedente, debemos reiterar que en un mercado relativamente pequeño como el peruano, el número de concentraciones que sobrepasaría la valla económica planteada en el proyecto de ley sería muy reducido, por lo que resulta exagerado establecer un umbral adicional al del volumen de ventas para identificar a las concentraciones que tienen posibilidades de afectar al interés económico general; siendo este umbral —el del volumen de ventas— el real excluyente para la gran mayoría de empresas que operan en el Perú.

Un segundo y grave desacierto en el proyecto del INDECOPI, es que propone que el sistema peruano de control de las estructuras tan sólo se circunscriba a las concentraciones horizontales y verticales, excluyendo a los conglomerados del marco regulador. Esta exclusión nos parece desacertada, toda vez que en el mercado peruano el capital

---

28 El proyecto de ley del INDECOPI propone una valla de volumen de ventas de 100 000 unidades impositivas tributarias —UIT—, en el año 2006 100 000 UIT equivalen a us\$ 106'250.000.

se encuentra muy concentrado, razón por la que de aprobarse el proyecto de ley con el texto de su artículo 36º, tal como ha sido publicado, los grupos económicos podrían adquirir a través de la figura del conglomerado o consorcio a empresas que compiten de manera horizontal o que mantienen una relación vertical con alguna sociedad perteneciente al grupo adquiriente, para lo cual tan solo bastaría que la adquisición se realice a través de una empresa de dicho grupo, que no forme parte del proceso de producción al que corresponde la empresa adquirida. Muy probablemente, los autores del proyecto sostendrán que la mencionada omisión no es significativa, pues los conglomerados se subsumirían en el último párrafo del mencionado artículo 36º, el cual prescribe literalmente, lo siguiente:

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

Sin embargo, consideramos que dicho texto resulta insuficiente para regular los conglomerados, corriéndose el riesgo de que al observar la Comisión de Libre Competencia y el Tribunal del INDECOPI una concentración en consorcio, sus resoluciones en este sentido sean revocadas en sede judicial, en razón de lo ambiguo que resulta el texto normativo citado, en cuanto respecta a los conglomerados; por todo lo cual estimamos que se debe eliminar del artículo 36º la enumeración taxativa de las concentraciones horizontales y verticales, para que de esa manera la autoridad administrativa tenga la plena facultad de conocer operaciones de concentración en cualquiera de sus modalidades o, en caso contrario, incluir en la precitada enumeración a los conglomerados o consorcios.

En consecuencia, creemos positiva la decisión de regular el tema de las concentraciones empresariales en el Perú y consideramos saludable la iniciativa planteada por el INDECOPI, pero opinamos también que la promulgación de tan importante ley requiere un amplio debate que recoja las mejores propuestas planteadas por los especialistas en el sector.

## CONCLUSIONES

En la actualidad, existen dos principales criterios para el control de las concentraciones empresariales; el *test sustantivo o Substantial Lessening of Competition*, aplicado por la legislación norteamericana, y el *test de dominancia*, que se mantuvo como único método aplicado en la legislación comunitaria, hasta la promulgación del Reglamento 139/2004, que introdujo en Europa un sistema mixto o dual. Asimismo, para determinar qué empresas afectan al interés económico general, existen dos clases de umbrales discriminatorios, el de volumen de ventas o absoluto y el de cuota de mercado o relativo.

El proyecto de ley emitido por el INDECOPI pretende someter a control sólo las concentraciones horizontales y verticales —excluyendo a los conglomerados—, aplicando para ello un sistema mixto *sui generis*, pues establece un umbral absoluto que a la fecha equivale a US\$ 100 millones, pero que estaría condicionado a que los partícipes en la operación alcancen el 25% de cuota de su respectivo mercado. A su vez se establece alternativamente al primer supuesto, un umbral relativo de 70% de cualquier mercado. Para la evaluación de fondo de las operaciones planteadas, el proyecto propone aplicar el *test sustantivo*.

La economía peruana se encuentra apta para iniciar un sistema de control de las concentraciones y el INDECOPI, con sus casi catorce años en la Defensa de la competencia, está en capacidad de asumir el referido *rol*, a través de su Comisión de Libre Competencia, máxime que el referido organismo regulador actualmente conoce las operaciones de concentración del sector eléctrico, siendo a la fecha este rubro, el único sector sujeto a control de sus concentraciones en el Perú.

No se ha encontrado ningún sustento técnico para que el umbral absoluto opere en concurrencia con una valla de cuota de 25% del mercado y, más aún, el presente documento demuestra que dicho umbral relativo impediría a la comisión observar potenciales concentraciones anticompetitivas. Por tanto, el artículo 36° del proyecto deberá incluir en el control a los conglomerados y eliminar la valla relativa de 25% que afecta al umbral absoluto. *Ergo*, tras la aplicación de los correctivos planteados, la introducción del sistema de control de las

concentraciones coadyuvará a elevar los niveles de eficiencia en beneficio de los consumidores.

## BIBLIOGRAFÍA

- BELLAMY, C. y CHILD, G., *Derecho de la competencia en el mercado común*, Civitas, Madrid, 1992.
- BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (2005), Introducción: una visión general sobre las concentraciones empresariales y su control en España y en la Unión Europea, [en línea], disponible en: <http://216.239.59.104/search?q=cache:S4iYrldKof4J:www.ideo.ceu.es/access.php%3Ffile%3D/secure/docs/publicaciones/libros/Introduccion%25F3n.pdf+beneito+perez+maillo+gonzalez+orus+introduccion+2005&hl=es>
- Bolsa de Valores de Lima, [en línea], disponible en: [www.bvl.com.pe](http://www.bvl.com.pe)
- BROZEN, Y., (1979) El ataque a la “concentración”, [en línea], disponible en: <http://www.atlas.org.ar/economia/pdf/brozen>
- Bussines Peru (2004), “Hacia el control previo”, [en línea], disponible en: [http://www.businessperu.com.pe/2004/Agosto/articulos/ARTICULO1/Cuerpo\\_1.htm](http://www.businessperu.com.pe/2004/Agosto/articulos/ARTICULO1/Cuerpo_1.htm)
- GALLARDO, J. y DÁVILA, S. (2003), Concentraciones horizontales en la generación de energía eléctrica: el caso peruano, Lima, Oficina de Estudios Económicos (OSINERG), [en línea], disponible en: <http://www.osinerg.gob.pe/osinerg/investigacion/documentos/DT03-OEE-OSINERGA.pdf>
- GARCÍA PÉREZ, M. (2002), Dominancia vs. Disminución sustancial de la competencia ¿Cuál es el criterio más apropiado?: aspectos jurídicos, Instituto de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, II Seminario de Expertos, [en línea], disponible en: [http://www.ideo.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/MercedesGarcia\\_Competencia3](http://www.ideo.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/MercedesGarcia_Competencia3).
- Gerencia de estudios económicos del INDECOPI (2005), Control previo de fusiones y adquisiciones en el Perú en el marco del Proyecto de Ley de la Competencia, *Work Paper*.
- HAWK, B.E. & HUSER, H.L., *European Community Merger Control: A practitioner's guide*, The Hague, Kluwer Law Internacional, 1996.
- INDECOPI (2005), Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, Lima, 3ª versión, pág. 2, [en línea], disponible en: <http://www.indecopi.gob.pe/upload/tribunal/sdc/2005/ProyectoLeyDefensaCompetencia>.

- Instituto de Empresa, Observatorio de Política de la Competencia (2005), Observaciones y comentarios al libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, Madrid, [en línea], disponible en: <http://serviciosweb.meh.es/apps/dgdc/LibroBlanco/Instituto%20Empresa.pdf>
- Interamerican Development Bank y Organization For Economic Co Operation and Development (2005), El control de las concentraciones empresariales, [en línea], disponible en: [http://www.iadb.org/europe/LACF2005/pdf/Peru\\_contribution\\_mergers-cartels.pdf](http://www.iadb.org/europe/LACF2005/pdf/Peru_contribution_mergers-cartels.pdf)
- JIMÉNEZ LAIGLESIA, J.M., *Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones de empresas*, Fundación Alternativa, documento de trabajo 56/2004, Madrid.
- KORAH, V. (1997), *EC Competition Law and Practice*. Oxford, 6<sup>th</sup> ed., Hart Publishing, [en línea], disponible en: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997R1310:ES:HTML>
- LE ROY MILLER, R. y MEINERS, R.E., *Microeconomía*, McGraw-Hill, 3<sup>a</sup> ed., México, 1990.
- LEXECON, *Competition*, memo del 27 de junio de 2000.
- MARCOS, F. y SANTALÓ, L., “Control del gobierno sobre concentraciones” en *Expansión*, publicado el 8 de abril de 2005.
- Ministerio de Economía y Hacienda (2005), Libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, [en línea], disponible en: [http://serviciosweb.minhac.es/apps/dgdc/LibroBlanco/Libro\\_Blanco%20Reforma\\_Def\\_Competencia.pdf](http://serviciosweb.minhac.es/apps/dgdc/LibroBlanco/Libro_Blanco%20Reforma_Def_Competencia.pdf)
- PINDYCK, R. y RUBINFELD, D., *Microeconomía*, Prentice Hall, 5<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001.
- POSNER, R.A., *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, 2<sup>nd</sup> edition, Chicago, 2001.
- SAMUELSON, P. y NORDHAUS, W., *Economía*, McGraw-Hill, 13<sup>o</sup> edición, Madrid, 1990.
- SHENEFIELD, J.H. & STELZER, I.M., *The Antitrust Law*, The American Enterprise Institute, Washington, DC, 1993.
- SICE, Informe sobre desarrollos y aplicación de políticas de competencia: Estados Unidos, [en línea], disponible en: [http://www.sice.oas.org/cp\\_comp/spanish/dae2/rdeUSA2.asp#APLICACION](http://www.sice.oas.org/cp_comp/spanish/dae2/rdeUSA2.asp#APLICACION)
- SICE, Inventario de leyes nacionales referidas a políticas sobre competencia en el hemisferio occidental, [en línea], disponible en: [http://www.sice.oas.org/cp\\_comp/spanish/dlr/dlr\\_9s.asp](http://www.sice.oas.org/cp_comp/spanish/dlr/dlr_9s.asp)
- VELASCO SAN PEDRO, L., coord., *Derecho europeo de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

VISCUSI, W.K., VERNON, J.M. & HARRINGTON, J.E., *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, 2<sup>nd</sup> edition, Cambridge, 1995.

WACHNITZ, V. (2001), *Leyes antimonopolio vs. derechos individuales*, [en línea], disponible en: [http://www.atlas.org.ar/economia/pdf/wachnitz\\_3](http://www.atlas.org.ar/economia/pdf/wachnitz_3).

WAELEBROECK, M. y FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia*, t. II, Bosch, Barcelona, 1998.

WIKIPEDIA: [en línea], disponible en: [http://en.wikipedia.org/wiki/James\\_Albert\\_Bonsack](http://en.wikipedia.org/wiki/James_Albert_Bonsack)