

Control de fusiones, ¿Una necesidad?*



ALEJANDRO ALFAGEME RODRÍGUEZ-LARRAÍN

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Ex presidente de la Comisión de Libre Competencia del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
Ex Jefe de Gabinete de Asesores del Ministerio de Energía y Minas del Perú (MEM).

ALBERTO REBAZA TORRES

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho por University of Virginia School of Law.

TANIA ZÚÑIGA FERNÁNDEZ

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Doctora en Derecho por la Humboldt-Universität zu Berlin.
Máster en Derecho Alemán y Derecho Europeo por la Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.
Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro de los Cuerpos Colegiados del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL).
Miembro fundador de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo (APDA)
Miembro de la Research Partnership Platform de la División de Políticas de Competencia y Consumidor de la UNCTAD.
Miembro de la Academic Society for Competition Law (ASCOLA).



* La Mesa Redonda de la presente Edición fue elaborada previa aprobación del Proyecto de Ley de Control de Fusiones el día 3 de octubre del 2018 por la Comisión de Economía del Congreso de la República.

RESUMEN:

El sostenido crecimiento de la economía peruana ha generado una serie de situaciones novedosas en el ámbito empresarial. Ante esto, surge la interrogante sobre el rol del Estado frente al auge de adquisición de empresas ya consolidadas. ¿Es el control de fusiones un mecanismo ineficiente que solo ahuyentará inversiones o es necesario a fin de poder tutelar el Derecho de la Competencia? A lo largo de la presente Mesa Redonda, tres abogados expertos debatirán respecto de la correcta implementación de propuestas y soluciones a dicha controversia.

Palabras Clave: Fusiones y Adquisiciones, Macroeconomía, Proyecto de Ley, Derecho de la Competencia.

ABSTRACT:

The sustained growth of the Peruvian economy has generated a series of changes in the business world. Thus, the question arises about the role of the State regarding the rise of acquisitions of already consolidated companies. Is merger control an inefficient mechanism that will only scare away investments or is it necessary in order to be able to protect and implement Competition Law? Throughout the present Roundtable, three lawyers experts on the matter will debate the correct implementation of said proposals and solutions to the controversy.

Keywords: Mergers and Acquisitions, Macroeconomy, Bill, Competition Law.

1. ¿Existe un problema de concentración de los mercados en el Perú? ¿Cuál es su origen?

Alejandro Alfageme (AA): Somos una economía pequeña y con una gran informalidad¹. Al respecto, la información que se tiene es que por cada empresa formal hay dos negocios informales, como indica el Instituto de Economía y Desarrollo Empresarial de la Cámara de Comercio de Lima —en adelante, “IEDEP-CCL”— en un informe publicado el 6 de noviembre del 2017, en donde se analizó la relación entre empresas formales y negocios informales en base a las estimaciones de informalidad y el resultado de la densidad empresarial formal², elaborada por

el Instituto Nacional de Estadística e Informática —INEI—, que muestra el número de empresas por cada mil habitantes.

Sobre el particular, César Peñaranda, director ejecutivo del IEDEP-CCL, expresa en el referido informe —criterio que compartimos— que *“El sector formal empresarial convive con un número superior de negocios informales en cada región del país, lo que eleva los costos de transacción y complica la competitividad de las empresas legalmente constituidas”*.

Esa es nuestra realidad, algo que no puede dejarse de tener en consideración cuando se evalúa la conveniencia o no de aplicar en el Perú

-
1. Norman Loayza del Worldbank, en *“Causas y Consecuencias de la Informalidad en el Perú”*, documento editado por el Área de Estudios Económicos del Banco Central de Reserva del Perú, cita a Hernando de Soto, que define al sector informal —en mi opinión correctamente— indicando que: *“El sector informal está constituido por el conjunto de empresas, trabajadores y actividades que operan fuera de los marcos legales y normativos que rigen la actividad económica. Por lo tanto, pertenecer al sector informal supone estar al margen de las cargas tributarias y normas legales, pero también implica no contar con la protección y los servicios que el estado puede ofrecer”*.

Disponible en: <<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/15/Estudios-Economicos-15-3.pdf>>.

2. Es el resultado de dividir el número de empresas entre la población, multiplicado por cada mil habitantes. Como se indica en el análisis, este valor en el territorio nacional para el año 2016 fue de 208 empresas —formales e informales— por cada mil habitantes. Si se compara la DE formal con la DE informal se observa una importante diferencia, pues la primera registró 68 empresas mientras para la segunda la cifra se eleva a 140, es decir una relación de 1 a 2.

Disponible en <<https://www.camaralima.org.pe/principal/noticias/noticia/en-el-peru-por-cada-empresa-formal-hay-dos-negocios-informales/929>>.

un régimen de control de fusiones, más aún cuando el sector de negocios informales crece de manera vertiginosa³.

Pero esa información no es la única que debe tenerse en consideración, ya que, según información de COMEX PERÚ, el 96.5% de las empresas que existen en el Perú pertenecen al sector de Micro y pequeñas empresas —MYPES—, cantidad que aumenta cada año, pero como dice la Gerente General de ese gremio, *"Cada día está más presente esta fuerza de emprendimiento en el país, pero el gran obstáculo es la formalidad"*⁴. Efectivamente, como también indica COMEX PERÚ, de este universo de negocios, conformado por 5.7 millones de empresas, cerca del 80% aún son informales y dan trabajo a por lo menos 8.13 millones de personas, cifra que aumentó en comparación con el 2016, cuando llegó a 7.7 millones de empleos generados⁵.

Esa es una realidad en el Perú de hoy, que lejos de revertirse, aumenta día a día. Las causas son conocidas por todos: servicios públicos deficientes, régimen normativo opresivo, trámites engorrosos, barreras burocráticas y débil capacidad de supervisión y ejecución del Estado, entre otros factores, a los que hay que agregar una educación deficiente.

En ese escenario, puede afirmarse que existe una concentración económica en el Perú, pero esta es

de unas pocas empresas formales que compiten en una economía pequeña con un gran sector informal —96.5% de las empresas peruanas—, que incluye a pequeñas y medianas empresas —en las que cerca del 80% son informales—.

La concentración económica en esas pocas empresas formales puede explicarse por las características de esas empresas y la demanda sobre los bienes y servicios que aquellas producen, así que puede sostenerse que la concentración variará de acuerdo al tamaño del mercado en el que esas empresas interactúan.

Sin perjuicio de ello, habrá también que considerar, de un lado, el porqué de la concentración, como hemos señalado: trámites engorrosos, barreras burocráticas, etc., cuya liberalización contribuirá a la existencia de más y probablemente mejores actores y/o condiciones de competencia; y, de otro, la competencia que existe en algunas industrias formales con las de sector informal, así como los mercados a los que ese conjunto de industrias atiende, teniendo en cuenta incluso factores como el geográfico, entre otros.

Es sólo respecto de esas pocas empresas, en un universo minúsculo, que pueden aplicarse los indicadores estándares de concentración: el Hirschman Herfindhal⁶ —en adelante, "IHH"—y el indicador C4⁷.

3. Peñaranda resaltó en ese análisis que, en el 2016 se identificó un total de 6'901,786 de negocios informales, con un crecimiento de 3,5% respecto al 2015, cifra significativamente mayor a las 2'124,280 empresas formales que existían en el mismo año. Es, como dice aquél, un tema crítico que corresponde enfrentar.
4. Disponible en: <<https://elcomercio.pe/economia/negocios/informalidad-micro-pequenos-negocios-peru-noticia-noticia-448518>>.
5. Acá es también importante considerar que la informalidad laboral en el Perú alcanza el 70%, cifra que, como ha informado la SUNAFIL, incluye a un 25% de los trabajadores de las empresas formales.
6. El IHH indica la participación promedio del mercado, que ha sido ponderada, elevando al cuadrado, las participaciones de cada empresa en dicho mercado. Es decir, en la medición de concentración se da más peso a las empresas con mayores participaciones. Cuanto mayor sea el índice, mayor nivel de concentración se encontrará y mayor poder de mercado habrá de las empresas operantes.
7. Se usa para aproximar el nivel de concentración en un mercado. Este reporta la suma de participaciones de mercado de las 4 empresas más grandes de cada sector o industria. Es sencillo de construir. Se centra en mostrar los porcentajes de participación de las cuatro mayores empresas o compañías que estén activas en el mercado escogido; es decir, observando por ejemplo sus cuotas de mercado o sus volúmenes de producción o ventas en un periodo de tiempo en especial.

Alberto Rebaza (AR): Creo que sí existe una marcada concentración de pocas empresas en mercados relevantes en el Perú. Esta concentración se debe, no tanto a barreras de ingreso al mercado ni a problemas particularmente de índole regulatorio, sino más bien a una falta de mayores niveles de inversión y muy probablemente a falta de mayor inversión extranjera en esos mercados. Es decir, no es que haya regulaciones que impidan la competencia, sino creo que existe falta de competencia debido a la escasa inversión.

Tania Zúñiga (TZ): Las concentraciones son el resultado del crecimiento externo corporativo, y constituyen un fenómeno de dinamización de la economía pues permiten, en el corto plazo, consolidar una posición de dominio en el mercado, a través de las operaciones de fusiones, adquisiciones y otras modalidades contractuales, que son operaciones privadas, unas veces convencionales y otras a través del mecanismo de la oferta pública de adquisiciones a través del mercado de valores.

La concentración en sí misma no es un problema para el desarrollo del proceso competitivo. Afirmar *a priori* que toda concentración afecta negativamente el desarrollo de la libre competencia en los mercados sería negar libertades fundamentales, como la libertad de empresa y el libre acceso a los mercados, por un lado, y por otro, desconocer las garantías que prevalecen en un Estado de Derecho, precisamente a través de la intervención del Estado en la economía, delimitada por la Constitución y la ley.

Sin embargo, las concentraciones conducen a la creación o fortalecimiento de la posición de dominio en el mercado transformando la estructura del mercado, y pueden limitar, restringir o impedir la competencia efectiva en los mercados, es decir, algunas concentraciones pueden plantear un problema para la libre competencia en los mercados y es por ello que se justifica la intervención del Estado a través del procedimiento de evaluación previa de concentraciones.

Lo que importa es identificar si los efectos de la concentración pueden implicar en el futuro

efectos perjudiciales para el proceso competitivo y los consumidores. Es por ello que se le reconoce a este tipo de control *ex ante* una función preventiva y ordenadora, un instrumento de disciplina del mercado.

Por un lado, el IHH se utiliza para determinar el grado de concentración en un mercado, con lo cual, a más alto el índice, más concentrado el mercado. Sin embargo, en la evaluación previa a la cual está sometida la operación, este índice constituye solo una referencia más frente a otros criterios, que conducirá a la autoridad a autorizar o no la operación, o autorizarla con condiciones.

En el Perú existen mercados concentrados, algunos altamente concentrados, como es el caso de las cervezas y las farmacias. Cuando se produjeron las respectivas operaciones de concentración, dado que no existía y no existe aún una ley de control de concentraciones de alcance general en la economía y solo aplicable al sector eléctrico, la autoridad de competencia no pudo evaluar los efectos anticompetitivos que se producen en el mercado.

Es importante precisar que la concentración no se puede impedir, es decir, no se puede prohibir la concentración o las posiciones monopólicas u oligopólicas. De lo que se trata es que el Estado, a través de la autoridad de competencia, puede evaluar los efectos anticompetitivos de dicha concentración, en el marco de la aplicación del test del Significativo Impedimento a la Competencia Efectiva —*SIEC*, por sus siglas en inglés: *test, significant impediment to effective competition*—, el cual ha sustituido al test de la dominancia del mercado —*dominance test*—, que se restringía a evaluar preponderantemente la cuota de mercado —*market share*— atribuida al agente económico.

2. ¿Sería conveniente contar con un control previo de fusiones?

AA: Mi opinión es que no, por las razones que expongo a continuación:

Entre los años 1993 y 1997 participé en importantes privatizaciones del sector electricidad, y entre

1993 y 1999 fui miembro de la Comisión de Libre Competencia —en adelante, “CLC” — del INDECOPI, habiendo ocupado la presidencia de la CLC por cinco años. En ese período, es que intervine tanto en la elaboración del proyecto de la actual Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopólico del Sector Eléctrico, y en la de su reglamento, que está aprobado por el Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, del 2 de octubre de 1998.

Históricamente, las circunstancias que explicaron esas normas —además de algunos factores subjetivos, a mi juicio equivocados— fueron la privatización de lo que fue ELECTROLIMA —segmentada para ese propósito en cinco empresas: la generadora EDEGEL y los distribuidores Edelsur —ahora Luz del Sur—, Edelnor, Edechancay y Ede Cañete— y de parte de ELECTROPERU —Egenor y la Empresa de Generación de Piura, en base a activos de ELECTROPERU Y DE PETROPERU—. Intervenimos también en la privatización de ETEVENSA —primera empresa de generación termoeléctrica del Perú— y un poco más adelante en la primera concesión de transmisión de electricidad: la Línea de Transmisión Mantaro Socabaya —que permitió interconectar los sistemas de transmisión norte, centro y sur del Perú—.

Los actores en esos procesos eran pocos, y el temor —además de los equivocados factores

subjetivos— era que, a través de compras o adquisiciones o fusiones, se pudiera trastocar el esquema de la Ley de Concesiones Eléctricas, que subdivide al sector electricidad en tres actividades: generación, transmisión y distribución.

Ese fue el escenario en el que se dictaron esa ley y ese reglamento, considerando además que el esfuerzo que había significado la privatización de ese sector fuera vulnerado mediante la concentración, en uno o dos actores, de los activos del sector eléctrico.

El escenario ya no es el mismo, siendo que, a la fecha, compiten en ese sector varios actores más, tanto en transmisión como en generación, existiendo además una buena capacidad de fiscalización y regulación a través del actual Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería —en adelante, “OSINERGMIN”⁸—, organismo que fiscaliza el cumplimiento estricto de la Ley de Concesiones Eléctricas y regula las tarifas de lo que constituye el Servicio Público de Electricidad: Transmisión y Generación, pero que también promueve, a través de subastas, el aprovechamiento de los Recursos Energéticos Renovables⁹ —en adelante, “RER” —, siendo que, a la fecha, los costos de producción de la generación RER han disminuido ostensiblemente, por lo que las empresas que realizan esa

8. Fue creado por la Ley 26734, en cuyo proyecto tuvimos también alguna participación. Se denominó originalmente OSINERG. Su misión, en lo que al sector electricidad se refiere, es: “(...) regular, supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades”. Sus funciones son:

- a) Velar por el cumplimiento de la normatividad que regule la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario.
- b) Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas y otras establecidas por la ley.
- c) Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes.
- d) Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería.
- e) Fiscalizar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales del subsector electricidad, referidas a la seguridad y riesgos eléctricos, por parte de empresas de otros sectores, así como de toda persona natural o jurídica de derecho público o privado, informando al organismo o sector competente sobre las infracciones cometidas, las que le informarán de las sanciones impuestas.

9. En el marco del Decreto Legislativo 1002 y sus normas reglamentarias.

actividad son totalmente competitivas con las de las centrales de generación hidroeléctrica y termoeléctrica.

Es un mercado en el que participa también el denominado Comité de Operación Económico de Sistema —en adelante, “COES”—, entidad privada en la que participan los generadores, los transmisores, los distribuidores y los Usuarios Libres, que tiene como finalidad la de coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional —en adelante, “SEIN”¹⁰— al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN y administrador del Mercado de Corto Plazo¹¹. Una de las funciones del COES es asegurar las condiciones de competencia en el Mercado de Corto Plazo¹².

Me pregunto si es ahora necesario que una actividad tan sensible para la economía, como es la de electricidad, debe seguir sometida a un esquema de control de fusiones, más aún cuando está sujeta a estrictos sistemas de fiscalización y de regulación por parte del OSINERGMIN, en un mercado en que, a la fecha, hay una gran cantidad de actores, tanto en lo que se refiere a la generación y la transmisión reguladas por la Ley de Concesión Eléctricas, como en lo que corresponde al sistema RER. Un sector, además, en que incluso algunas grandes empresas mineras tienen sus propias

centrales de generación, que pueden conectarse al sistema de transmisión y vender la energía sobrante a terceros, sean distribuidores, otros generadores, Usuarios Libres y los Grandes Usuarios Libres¹³.

Cuando se diseñaron estas normas, luego de la década de los 90, no se tuvo en consideración para nada el control de fusiones, siendo que si se analiza todas las normas aplicables al sector eléctrico dictadas hasta la fecha y los actores en ellas involucrados —el MEM, el OSINERGMIN y el COES—, tal regulación resulta ahora engorrosa e innecesaria.

Entonces ¿qué es lo que queda?, y que ha puesto algo nerviosos, por ausencia de una norma de control de fusiones, a quienes se preocupan por la adquisición de Quicorp S.A. —propietaria de la cadena Mifarma, Fasa y BTL— por el monto de US\$ 583 millones, por InRetail Perú Corp —In-Retail—; o por la compra que ha hecho Primax del paquete de acciones de control mayoritario de Pecsya y sus subsidiarias.

Diría que poco, en donde no hay regulación¹⁴, salvo que se esté pensando en supermercados, cinemas o productos como el cemento, pero para los que hay otras alternativas¹⁵.

Incluso, en los que a las adquisiciones efectuadas por InRetail y Primax, hay alternativas de solución que no tienen por qué involucrar una ley de control de fusiones.

10. Sistema Eléctrico Interconectado Nacional. Comenzó con Mantaro-Socabaya y se ha ido integrando con numerosas líneas de transmisión, en las que participan tanto operadores nacionales como internacionales, interconectando a la fecha casi todo el territorio nacional, con excepción de los sistemas aislados —para los que hay también legislación apropiada—.

11. Es el mercado en el cual se realizan las transferencias de potencia y energía, determinadas por el COES.

12. Ver el artículo 13 de la Ley 28832.

13. Ver sobre el particular la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, que regula incluso el denominado mercado de corto plazo o spot, en el que participan Generadores, Distribuidores para atender a sus Usuarios Libres y los Grandes Usuarios Libres, en el que la compra venta de energía no colocada se comercializa en función a los Costos Marginales de Corto Plazo nodales.

14. Caso de los servicios de telecomunicaciones, prensa, radio y televisión, en los que compiten varios actores y para los que se aplica una estricta regulación, a cargo de diferentes organismos del Estado.

15. Por ejemplo, en el caso del cemento, la importación.

Así, además de eliminar barreras burocráticas y trámites sin sentido que pueden hacer que terceros interesados quieran participar, por ejemplo, en el negocio farmacéutico, aumentando la competencia, existe la posibilidad de que si se afectara al consumidor de medicinas con precios exorbitantes¹⁶, el Estado pudiera, por ejemplo, promover las compras oportunas de medicamentos a través del Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud —en adelante, “Cenares”—, los que pueden ser colocados a través de los establecimientos del Ministerio de Salud —en adelante, “MINSA”—, de ESSALUD, o de clínicas como las de Solidaridad; así como promover de manera constante los medicamentos genéricos de calidad, sea a través de esas compras o de la constante difusión de las alternativas que en este tipo de medicamentos —los genéricos de calidad— pueden encontrar los consumidores. De hecho, hace esto último a través de la página web de la DIGEMID¹⁷, aunque pudiera hacerlo con mayor eficiencia.

De otro lado, y como bien indican Eduardo Morón, Johanna Tejada y Alonso Villacorta¹⁸, al responder la pregunta ¿La mayor concentración implica menor competencia?:

“La literatura económica ha cuestionado extensamente que se atribuya una relación de causa y efecto entre concentración y ausencia de competencia. La concentración es un factor importante pero no el único que determina el desempeño de un mercado. En efecto, existen otras condiciones que permiten que un sector

pueda desarrollarse en un entorno competitivo, aun en mercados concentrados; como es el caso de la competencia potencial cuando no existen barreras a la entrada significativas. Por otro lado, la falta de interés de nuevos ingresantes a un mercado en particular puede deberse a otros factores. Si la incertidumbre respecto a la apropiación de los beneficios obtenidos es muy alta o las condiciones macroeconómicas parecen adversas, probablemente los potenciales entrantes esperarán a que el horizonte mejore” (énfasis agregado).

Agregando, lo que es muy importante de considerar:

“La teoría de los mercados contestables de Baumol, Panzar y Willig (1983) sugiere que competencia y concentración pueden coexistir. Si nuevas empresas pueden entrar y salir rápidamente del mercado sin perder capital, cualquier intento de desvío del resultado de competencia es inmediatamente corregido. La amenaza de ingreso de nuevas firmas garantiza que las empresas que actualmente operan en el mercado –independientemente de cuántas sean– se comporten de manera competitiva. Así, como afirma Schmidt (1984), lo que importa no es el número de competidores que operan en el mercado sino la posibilidad de entrada de competidores adicionales. Mientras más fácil sea la entrada y salida al mercado mayor disciplina competitiva enfrentarán las firmas que ya están operando”¹⁹ (énfasis agregado).

-
16. Lo que ha llevado a afanes intervencionistas de control de precios de medicamentos por algunas bancadas del Congreso, los que, como dice Janice Seinfeld, Directora de Videnza Consultores y profesora de la Universidad del Pacífico, en un artículo publicado en El Comercio el 18 de mayo de 2018: “Un remedio peor que la enfermedad”, son un constante *déjà vu* dirigido a las tribunas, pero de nefasto efecto económico, al desincentivar la producción y comercialización de medicamentos generan escasez, aumentan la informalidad y perjudican el acceso a los productos que se busca proteger. Al respecto, es muy pertinente lo que ella señala de que: “Según la regulación moderna, lo importante es generar condiciones que favorezcan la competencia en los mercados público y privado, pues permite disminuir los precios y mejorar la calidad de los productos”.
 17. Disponible en: <<http://observatorio.digemid.minsa.gob.pe/>>
 18. MORÓN, Eduardo, TEJADA, Johanna y VILLACORTA, Alonso. “Competencia y concentración en el sistema financiero en el Perú”. En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 11. Lima: 2010, p. 47. Disponible en: <<http://servicio.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/otono2010/EduardoMoron.pdf>>.
 19. *Loc. Cit.*

Indican también, lo que compartimos, que:

“Demsetz (1973)²⁰ afirma que altos niveles de concentración pueden ser el resultado de que las firmas más eficientes son capaces de crecer más rápido que sus contrapartes menos eficientes. Así, los más eficientes ganan mayores participaciones de mercado lo que conduce a mercados más concentrados. Es decir, la concentración lejos de relacionarse con una conducta colusoria es el producto o reflejo de un proceso competitivo”²¹.

Coincidentemente con lo expuesto, José Tavera²² indica:

“La reciente discusión acerca de la necesidad de contar con una ley de control de fusiones —avivada por la reciente compra de una importante cadena de farmacias que le otorgaría al grupo comprador una posición privilegiada— ha revelado pasiones ocultas y un desconocimiento superlativo de cómo los mercados operan”.

Señalando, seguidamente que:

“Es cierto que somos uno de los pocos países que no cuenta con una ley de control previo, pero ¿eso acaso nos convierte en un país de quinta categoría como algunos de los defensores del proyecto de ley han sostenido? Creo que, a estas alturas del partido, sería muy cándido creer que con la sola existencia de la bendita ley tenemos el seguro de vida que nos protegerá contra cualquier abuso de poder de mercado que pudiera aparecer. La realidad es más compleja que la realidad virtual de nuestros indignados defensores del mercado” (énfasis agregado).

Y sigue, con el énfasis que exige el tema, y esa es la realidad:

“Para empezar, el sustento teórico de las leyes de control previo está quebrado hace muchísimas décadas. El llamado enfoque de estructura-conducta-desempeño, que postulaba una relación causal entre una estructura de mercado no competitiva —por ejemplo, monopolio— y un abuso del poder monopólico a través de precios altos y una reducción del nivel de bienestar, no está verificado. De hecho, todos los libros de Organización Industrial hacen referencia histórica a este paradigma, y más bien, aluden al hecho que el nivel de competencia en los mercados es un fenómeno muy complejo que, en general, depende en el hecho de brindar más información, reducir los elementos de asimetría de la información, y vigilar para que no existan barreras tanto a la entrada como de salida de empresas” (énfasis agregado).

No hay que olvidar, sobre el particular, que la Ley Sherman Antitrust fue publicada el 2 de julio de 1890, con el propósito de prohibir la existencia de monopolios dentro del comercio estadounidense e impedir la fusión de compañías o el conspirar para restringir a la competencia; y la Ley Clayton Antitrust fue aprobada en 1914, para remediar las deficiencias de la Ley Sherman.

En esa virtud, debemos enfrentar un potencial abuso de posición de dominio, como dice Tavera, con lo que tenemos y no pretendiendo generar normas innecesarias y además de muy difícil y engorrosa aplicación; pudiendo agregar, a lo que hemos señalado respecto del tema de medicamentos, lo que indica también Tavera en el citado artículo de opinión, que el INDECOPI debería realizar un análisis de la dispersión de precios con referencia a los medicamentos genéricos, y el MINSA debería realizar una tarea de monitoreo activa en las farmacias de todo el país incluyendo las de clínicas, verificando

20. Harold Demsetz es un profesor americano emérito de economía de la Universidad de California Los Angeles — UCLA—. Tiene varias publicaciones sobre temas de competencia.

21. *Ibid*, p. 48.

22. TAVERA, José. “Acerca de la necesidad de una ley de control de fusiones”. En: Diario Gestión. Lima: 2018. Disponible en: <<https://gestion.pe/opinion/acerca-necesidad-ley-control-fusiones-226829>>.

que los genéricos estén disponibles. Esta tarea debiera exigir un proceso de trabajo conjunto, entre el MINSA y el INDECOPI, de intercambio de información.

Debemos agregar que, como indica Alfredo Bullard: *“El único dato es la cantidad de países que han adoptado el control de fusiones. Pero no basta con demostrar que otros lo tienen, sino cómo funciona. La economía no puede basarse en bolas de cristal sobre un acto por definición complejo e impredecible como la organización empresarial”*²³.

Ese es, por ejemplo, el criterio de abogados experimentados como Luis Diez Canseco, para promover una ley de control de fusiones, señaló: *“(…) que en casi todos los países del mundo con estructuras y mercados competitivos cuentan con normativas para combatir los cárteles, los abusos de posición de dominio de mercado y las concentraciones empresariales. Creo que el Perú, Cuba y Guatemala son los únicos países de América Latina que no tienen [una ley de] control de fusiones y concentraciones”*²⁴.

Sin embargo, y como bien señala Alfredo Bullard²⁵: *“Tarde o temprano, el control de fusiones pasará a la historia como uno de esos serios errores económicos, implementados con pura fe*

y sin ninguna razón demostrable.”; señalando también que *“(…) siendo un control que existe en más de 100 países, la evidencia favorable debería ser tan abundante como los casos de corrupción en el Perú. Pero no lo es. La evidencia no solo es escasa. Es inexistente.”*; y que *“(…) No hay un solo estudio capaz de acreditar que ese sistema sirva para algo positivo.”*; por lo que *“El único argumento que se usa para defenderlo es que existe en muchos países”*²⁶.

Sobre el particular recomiendo leer también un artículo de Enzo Defilippi²⁷ en el que señala que: *“Después de más de 100 años de implementado, la evidencia a favor de este mecanismo debería ser contundente. Pero no es así. De existir, es tan escasa que ni yo ni otros colegas la hemos encontrado”*; agregando, lo que es muy importante de tener en consideración que:

*“La que sí hemos encontrado es la que indica que, en Estados Unidos, el control de fusiones es inefectivo para evitar lo que debería evitar. En un estudio de más de 40 operaciones aprobadas por las autoridades —la mayoría ni se revisan—, se encontró que los precios subieron en tres cuartas partes de los casos, pero más cuando las fusiones se aprobaron condicionadas a los remedios más intrusivos”*²⁸ (Kwoka, 2013). Es decir, la evidencia apunta a que este mecanismo no sirve para dife-

-
23. Incluso, como recuerda Bullard, el propio INDECOPI, que en el pasado se opuso a esta medida, dijera en el 2012: *“Es el momento de dejar de lado el discurso especulativo y colocar al país a tono con la legislación mundial”*. BULLARD, Alfredo. *“En la duda, abstente”*. En: Diario El Comercio. Lima: 2015. Disponible en: <<https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/duda-abstente-alfredo-bullard-361026>>.
 24. Entrevista realizada por Diario RPP el 29 de enero del 2018. Disponible en: <<https://rpp.pe/economia/economia/el-peru-es-uno-de-los-pocos-paises-de-america-latina-que-no-cuenta-con-una-ley-antimonopolio-noticia-1102207>>.
 25. BULLARD, Alfredo. *“In God we trust”*. En: Diario El Comercio. Lima: 2018. Disponible en: <<https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/control-fusiones-in-god-we-trust-alfredo-bullard-noticia-496038>>.
 26. Con el humor que lo caracteriza, señala también sobre el particular que: *“No es de extrañar que no haya estudios que demuestren sus ventajas. El control de fusiones se parece más a la astrología o la quiromancia que a una política pública que tenga algún sentido. Toda la data que se puede obtener es espuria e imprecisa. El cálculo económico de sus beneficios es un cálculo imposible y, por tanto, su aplicación también lo es”*.
 27. DEFILIPPI, Enzo. *“Una lavada más cara que la camisa”*. En: Diario El Comercio. Lima: 2018. Disponible en: <<https://elcomercio.pe/opinion/mirada-de-fondo/control-fusiones-lavada-cara-camisa-enzo-defilippi-noticia-495231>>.
 28. KWOKA, John. *“Does Merger Control Work? A Retrospective on U.S. Enforcement Actions and Merger Outcomes”*. Antitrust Law Journal Vol. 78, 2013. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=1954849> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1954849>>.

renciar las fusiones buenas de las malas ni para evitar los efectos adversos de las últimas. ¿Alguien puede argumentar, seriamente, que el INDECOPI será más efectivo que sus pares estadounidenses?'

Así, más que un criterio razonable, sobre si es o no conveniente aplicar en el Perú el control de fusiones, lo que prima entre los que sugieren su aplicación es cuántos países lo tienen. No les importa por consiguiente la calidad, sino la cantidad.

Y esto es grave es un país poco institucionalizado como el Perú, en el que como bien dice Defilippi en el referido artículo: "(...) *el Gobierno podría utilizar este mecanismo para influir en las decisiones empresariales. De hecho, ello parece ocurrir hasta en los países desarrollados. ¿Cómo mejora eso la eficiencia de los mercados o favorece a los consumidores?'*"; por lo que en esa orientación concluye señalando: "*Bajo el régimen actual, es esperable que algunas fusiones generen efectos adversos. Pero no tiene sentido que, para evitarlo, importemos un sistema que difícilmente identificará cuáles y que probablemente generará peores efectos que los que quiere evitar. La lavada nos saldría mucho más cara que la camisa*" (énfasis agregado).

Pero el análisis que efectuamos, para sustentar nuestra posición contra el control de fusiones, debe también considerar elementos de orden legal. Hay por tanto que referirnos a estos últimos, para sustentar que también desde el punto de vista legal es innecesario aplicar en el Perú el control de fusiones. Estos son:

- a) La Constitución Política del Perú. Señala los principios generales que rigen al sistema económico peruano, que inciden en la libertad de empresa, la libre competencia, la libertad de contratar. Estos son:
 - i. El de economía social de mercado, previsto en el artículo 58 de la Constitución, conforme al cual la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado²⁹.
 - ii. El de libre competencia, regulado por el artículo 61 de la Constitución, de acuerdo con el cual el Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas³⁰.
 - iii. El de libertad de contratación, previsto en el artículo 2, numeral 14 de la misma Constitución, como uno de los derechos fundamentales de la persona, conforme al cual toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos siempre que no contravenga leyes de orden público³¹.
 - iv. El de libertad contractual, establecido en el artículo 62 de la Constitución³², de acuerdo al cual la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, agregándose que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u

29. Constitución Política del Perú – Artículo 58 – Economía Social de Mercado: La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

30. Constitución Política del Perú – Artículo 61 – Libre competencia: El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

31. Constitución Política del Perú – Artículo 2 – Derechos Fundamentales de la Persona: Toda persona tiene derecho: (...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

32. Tener también en consideración sobre el particular, los artículos 1354 y 1356 del Código Civil. El primero dispone que: "*Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo*". Y el segundo que: "*Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas*".

otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley³³.

- b) El Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que acorde con lo previsto en el artículo 61 de la Constitución contiene normas que prohíben el abuso de la posición de dominio³⁴.

Existe abuso de posición de dominio en los casos previstos en el numeral 10.1 del artículo 10 del Decreto Legislativo 1034, esto es cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado

relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

En el numeral 10.2 de ese mismo artículo se expresa de manera enunciativa los casos en que se puede incurrir en abuso de posición de dominio³⁵. Otro caso es el que deriva de la aplicación del artículo 10.3 de aquel, esto es cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo.

Respecto del abuso de posición de dominio habrá también que tener en consideración

-
33. Constitución Política del Perú – Artículo 62 – Libertad de contratar: La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

34. Se genera posición de dominio en cualquiera de las situaciones a las que se refiere el artículo 7 del Decreto Legislativo 1034. Esta norma define lo que constituye posición de dominio en su numeral 7.1, de la forma siguiente: *“Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como: (a) Una participación significativa en el mercado relevante. (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios. (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados. (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución. (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica. (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos”; siendo sin embargo importante tener en consideración lo que prevé el numeral 7.2 del mismo artículo: “La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita”.*
35. Estos son: a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios; b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones; c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos; d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación; e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados; f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia; g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o, h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

que: (i) las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas³⁶ y (ii) no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

Conforme a lo expuesto, no se sanciona la existencia de una posición de dominio, sino el abuso de esta siempre y cuando tenga efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores; que es lo que en nuestra opinión habrá que evaluar en los casos de adquisiciones, escisiones, fusiones u otras formas de concentraciones económicas en las que se puede afectar la competencia pero como consecuencia del abuso de posición de dominio.

En esa virtud, lo que habrá que evaluar en el caso de una fusión de empresas es no el hecho mismo de la fusión, sino el abuso de posición de dominio que tal fusión genere en la realidad, estos son los efectos negativos que ésta genere —y no hipotéticamente los que pueda generar— para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Eso es en nuestra opinión lo que deberá considerarse en todos los casos.

Finalmente, no puede obviarse las ventajas que se pueden generar por una fusión o adquisición empresarial. No es el caso tratar sobre cada una de éstas, así que será suficiente enumerarlas: (i) economías de escala, (ii) mayor eficiencia, (iii) diversificación, (iv) reasignación de excedentes de fondos, (v) penetración de nuevos mercados, (vi) contar con una red comercial más robusta y por consiguiente mayor presencia en el mercado, (vii) aumento de

infraestructura, (viii) mayor investigación e innovación para el desarrollo de nuevos productos, etc.

Es cierto que no todo es color de rosa y que para la competencia una fusión o adquisición puede generar situaciones de monopolio u oligopolio, con las alteraciones que esto puede significar en el mercado; pero hay que confiar en que las autoridades de competencia puedan contrarrestar esto con procedimientos serios en que se sancione —de producirse— el abuso de posición de dominio.

AR: Creo que no. Creo que un control previo a las fusiones y a las adquisiciones generaría en el Perú una impredecibilidad y terrible demora en las adquisiciones de empresas.

Retrasaría la inversión sea tanto inversión extranjera como nacional. Creo que impediría que las empresas particularmente, las peruanas, puedan seguirse consolidando y que eso les permita poder salir a invertir en el extranjero convirtiéndose en lo que queremos que ellas sean multilatinas peruanas.

También creo que el control de fusiones y adquisiciones generará unos costos administrativos enormes, más aún si es que se va a enfrentar con cierta seriedad y por tanto se tendrá que recurrir a contrataciones, a establecer procesos y eso evidentemente implica costos en la administración importantes.

Finalmente, creo que no existen evidencias indiscutibles en el extranjero que demuestren que el control a las fusiones sea algo positivo y que fortalezca el mercado y la competencia. Muy por el contrario, existen tanto en Estados Unidos como en Europa muchísimos casos en

36. En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores. Así lo prevé el artículo 9 del Decreto Legislativo 1034. —énfasis añadido, que permite marcar la diferencia con lo que constituye prohibición absoluta, respecto de la cual es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta, para verificar la existencia de la conducta—.

los que se impidió compras o se establecieron importantes condiciones para que las compras se produzcan —tales como obligación de vender activos, obligación de deshacerse de marcas o restricciones en la participación en ciertos mercados que han generado más bien efectos anticompetitivos— y perjudicaron el mercado en vez de fortalecerlo.

TZ: El control previo de fusiones, conocido control de concentraciones empresariales, control *ex ante* o control de estructura del mercado, tiene como objetivo evaluar ciertas operaciones de concentración empresarial de acuerdo a un determinado umbral —*threshold*— que habilita a la autoridad de competencia para llevar a cabo dicha evaluación, con la finalidad de determinar si los efectos que se producen en el mercado relevante pueden disminuir, limitar, restringir u obstaculizar la competencia efectiva en el mercado.

Llevamos en el Perú varias décadas de discusión sobre la conveniencia de introducir o no una ley de concentraciones empresariales. A la fecha, han transcurrido cerca de 27 años desde la entrada en vigencia de la primera ley de competencia en noviembre de 1991, el Decreto Legislativo 701, que establecía disposiciones para la evaluación de las conductas anticompetitivas en el mercado —control *ex post*—, disponiendo la eliminación de prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, así como 21 años de la publicación de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

Durante décadas se ha discutido argumentos a favor y en contra, los cuales básicamente hacen referencia a los siguientes aspectos fundamentales: a) la aplicación del control *ex post* sería suficiente para mantener una competencia efectiva en los mercados, b) debido al tamaño de la economía peruana, el control podría constituir una amenaza para la generación de economías de escala, y conspiraría por alcanzar altos niveles de competitividad, c) persiste la debilidad institucional para su implementación que se explican fundamentalmente en: i) demanda por personal calificado, ii) asignación presupuestal

para sostener el sistema, y iii) medidas anticorrupción.

Al respecto, el control *ex ante* es complementario al control *ex post*, y no pueden ser sustitutos. Ambos son parte constitutiva de la política de competencia de todo Estado de Derecho en una economía de mercado. Segundo, el control *ex ante* sólo evalúa algunas operaciones de concentración, restringiéndose a un determinado umbral que se relaciona con el volumen de ventas que alcanzan las empresas afectadas por la operación en el ejercicio fiscal anterior a la operación. En cuanto a las economías de escala es un argumento que ha sido descartado con evidencia empírica largamente. Y el nivel de competitividad, por el contrario, no se alcanza con una política de competencia incompleta, así lo vienen señalando la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos —en adelante, “OCDE”— y el *World Economic Forum*. En cuanto a la implementación, es cierto que sería importante fortalecer al INDECOPI en cuanto al personal y conocimiento de la materia a través de contar con un presupuesto adecuado y el desarrollo de capacidades —*capacity building*—, pero ello no equivale a negar su introducción.

Finalmente, en cuanto a la corrupción, el mismo control *ex ante* no genera más corrupción. Las medidas anticorrupción hay que introducirlas transversalmente en toda la Administración Pública, pero de ahí a afirmar su rechazo a la implementación del control por constituir una ventana abierta a la corrupción sería condenar *a priori* a la institución y sus funcionarios. Lo que sí es necesario, es que se logre fortalecer las instituciones públicas, y se establezcan procedimientos transparentes, con garantías que proporcionen seguridad jurídica a los agentes económicos, y establecer una carrera administrativa en los órganos deliberativos como sucede en otros países.

La OCDE, la Conferencia de Naciones sobre Comercio y Desarrollo —en adelante, “UNCTAD”— así como el Banco Mundial a través de estudios y recomendaciones, afirman la nece-

sidad de introducir una ley de evaluación de concentraciones.

La OCDE³⁷ en el Estudio Multidimensional sobre el Perú, así como en el Peer Review sobre Derecho y Política de Competencia en el Perú, ha manifestado que el INDECOPI debería contar con un marco regulatorio sobre control de fusiones y adquisiciones, el cual debe ser de naturaleza obligatoria considerando un diseño que ponga especial atención a los umbrales para la evaluación de la operación.

En cuanto a la determinación del umbral se debería considerar parámetros transparentes y cuantificables, de conformidad con las prácticas recomendadas por la *International Competition Network* —en adelante, “ICN”³⁸—, por lo que no se trata de establecer un número mágico, sino bajo la consideración de las características de la economía nacional, la variación porcentual del PBI, entre otros aspectos.

Por su parte, la UNCTAD³⁹ ha recomendado la introducción de un control de concentraciones a través de la Ley Modelo sobre Competencia y de la “*UN Set on Competition Policy*” que dispone principios y disposiciones que toda ley de competencia debe tener. Por su parte, el Banco Mundial ha indicado que los instrumentos de política de competencia, como el control de fusiones, contribuyen a reducir la pobreza⁴⁰.

La mayor parte de los países a nivel mundial tienen una ley de competencia con disposiciones sobre la evaluación de las concentraciones empresariales, pues es parte de la política de competencia de toda economía. En América Latina, sólo dos países no tienen una ley de competencia —ver Tabla N° 1—.

Tabla N° 1
Aplicación del control de concentraciones en América Latina⁴¹

1950 - 1980	1990 - 1999	2000 – actualidad
Colombia (1959) Chile (1973)	Venezuela (1991) México (1992) Colombia (1992) Brasil (1994) Costa Rica (1994) Bolivia (1994) ^a Panamá (1996) Perú (1997) ^b Argentina (1999)	Uruguay (2000, 2007) El Salvador (2006) Honduras (2006) Nicaragua (2006) Panamá (2007) México (2006) Ecuador (2011) Brasil (2012) Paraguay (2013) Chile (2017) Argentina (2018)

La ley de control de concentraciones se aplica incluso independientemente del modelo económico que se trate. Por ejemplo, la República Popular China tiene una ley antimonopolio en la cual existe un capítulo sobre Control de Concentraciones, en una economía socialista de mercado. En los Estados Unidos, el derecho *antitrust* se viene aplicando hace más de un siglo, y a lo largo de su historia se han presentado

37. OECD (2015) Multi-dimensional Review of Peru: Volume I. Initial Assessment, OECD Development Pathways, OECD Publishing, Paris, p. 128. OCDE (2018) OECD-IBD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Peru, OECD Publishing, Paris, pp.119-122.

38. La International Competition Network —ICN— es la organización constituida por las autoridades de competencia orientada a establecer puntos de convergencia a nivel global para enfrentar problemas comunes a través de *working groups* —p.e. *Merger Group*—, estudios sobre la legislación y la práctica internacional sobre libre competencia, y reuniones anuales con los máximos representantes de las agencias de competencia.

39. UNCTAD —2018— Ley Modelo de Competencia, Capítulo VI Fusiones, revisado durante el 17° período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, llevado a cabo en Ginebra del 11 al 13 de julio de 2018. *UN Set on Competition Policy* fue aprobado en su versión inicial el 5 de diciembre de 1980 en la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución N° 35/63 y reconocida su vigencia en la Séptima Conferencia UNCTAD sobre “*UN Set on Competition Policy*” que tuvo lugar en Ginebra del 6 al 10 de julio de 2015.

40. Banco Mundial —2017— A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth. Washington, DC: World Bank.

41. Fuente: Elaboración propia. a) Bolivia no tiene ley de competencia, pero ejerce el control a través de la Ley SIRESE en sectores regulados, b) Perú ejerce sólo un control en el sector eléctrico.

modificaciones, ciertamente, en uno de los países capitalistas en el que funciona la economía de mercado. En la Unión Europea, con base en los tratados fundacionales y los Reglamentos sobre control de concentraciones se aplica dicho instrumento, desde luego en el contexto de los objetivos del desarrollo del mercado único europeo, un área económica sin barreras, constituido por más de 500 millones de ciudadanos, en el que se garantiza la libertad de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, y al que se añade la libre circulación de datos en el marco de la economía digital, constituyendo el área digital del mercado único.

Al respecto, es preciso indicar que el Acuerdo Comercial Multipartes suscrito con la Unión Europea⁴² manifiesta en el artículo 259 de manera explícita el *test* de evaluación de las operaciones de concentración empresarial, señalando que las concentraciones de empresas, que obstaculicen significativamente la competencia efectiva, en particular como resultado de la creación o fortalecimiento de una posición dominante, serán declaradas como incompatibles con el referido Acuerdo en la medida que dichas prácticas puedan afectar el comercio y la inversión entre las partes.

Ello se explica porque el control de las concentraciones empresariales es uno de los principales pilares de un régimen de defensa de la competencia. Precisamente, por ello advertimos actualmente que en el Congreso de la República se haya presentado once —11— Proyectos de Ley 353/2016-CR, 367/2016-CR, 2398/2017-CR, 2431/2017-CR, 2558/2017-CR, 2567/2017-CR, 2569/2017-CR, 2604/2017-CR, 2634/2017-CR,

2660/2017-CR y 26654/2017-CR; siendo el Proyecto de Ley 2604⁴³ el resultado del debate nacional por más de un año que coordinó el Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación del Empleo adscrito a la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, el cual guarda conformidad con las prácticas internacionales recomendadas, y cuyo texto ha sido recogido en el Dictamen aprobatorio de la referida Comisión para su discusión en el Pleno del Congreso. Sin lugar a dudas, esto es sintomático y relleva la importancia de su regulación para la economía.

3. ¿El control previo de fusiones puede afectar el clima de las inversiones en el Perú?

AA: Aunque, en nuestra opinión aquel es innecesario, podemos señalar que es relativo considerar que un control de fusiones pueda afectar el clima de inversiones en el Perú, teniendo en consideración que los inversionistas de terceros países lo conocen por aplicarse en esos países o en otros en donde esos tienen inversiones. Un control de fusiones no es por tanto algo que ahuyente a los inversionistas.

Sin embargo, un factor que debe tenerse en cuenta, y que seguramente formará parte de la evaluación del riesgo, es lo que señala Defilippi, en el artículo que indicamos en la respuesta a la segunda pregunta: “(...) *el Perú es un país muy poco institucionalizado, el Gobierno podría utilizar este mecanismo para influir en las decisiones empresariales*.”; y esto, por supuesto, lo conocen los inversionistas, así como también la casi ninguna predictibilidad en muchas de las decisiones gubernamentales.

42. El Estado Peruano suscribió con la Unión Europea el Acuerdo Comercial Multipartes el 26 de junio de 2012 en la ciudad de Bruselas, entrando en vigencia el 1 de marzo de 2013.

43. Proyecto de Ley N° 2604 “Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia”. Disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0260420180321.pdf>.

44. Es una importante compañía petrolera británica, con sede en Londres, dedicada a la exploración y explotación de petróleo y gas natural. Está presente en la Bolsa de Valores de Londres y es una de las 100 empresas del índice FTSE 100. El FTSE 100 es el índice bursátil de referencia de la Bolsa de Valores de Londres. Está compuesto por las 100 compañías de mayor capitalización bursátil del Reino Unido y es indicador del rendimiento financiero de las empresas reguladas por la ley de empresas del Reino Unido. Tullow Oil no es por tanto cualquier empresa y obviamente sus opiniones sobre el clima de inversiones en el Perú serán negativas.

Recordemos, sobre el particular que el 23 de mayo último se derogó sin mayor argumento razonable los cinco decretos supremos que aprobaban los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos con Tullow Oil⁴⁴, esto a pesar de que la Contraloría General de la República había dado su opinión favorable a esos contratos, solo por presión de grupos interesados, como los gremios de pescadores artesanales del norte del país que se oponen a la actividad petrolera en el mar alegando que esta dañaría el litoral; esto a pesar de que en el Perú se consume seis veces más petróleo del que producimos y que en el año 2017 solo se registraron 17 millones de dólares en hidrocarburos⁴⁵.

Se dio, por tanto, un mensaje totalmente adverso en lo que se refiere a la inversión privada y la seguridad jurídica.

La pregunta entonces es, ¿cuánto más se podría afectar las inversiones con una ley de control de fusiones? Mi opinión al respecto es que cualquier inversionista que quiera realizar importantes inversiones en el Perú sopesaría los riesgos que puede asumir con una norma como aquella en un país en el que la seguridad jurídica y la institucionalidad casi no existen, y la predictibilidad en las decisiones de Estado es casi ninguna.

Además, como bien señala Bullard en su artículo *"In God we trust"*, refiriéndose a los controles de fusiones:

"(...) hay evidencia en el Perú que demuestra que son nocivos. En nuestro país hay un control de fusiones pero restringido al mercado eléctrico. Ese sistema fue implementado en la segunda mitad de los 90. Por cerca de 20 años de aplicación, el INDECOPI nunca ha cuestionado una fusión. Un par se aprobaron con condiciones. Y las condiciones eran tan ridículas que nunca se pudieron aplicar. Lo

único que se generó es un trámite absurdo, interminable e inútil".

AR: No lo vería tan apocalíptico como para decir que pueda detener las inversiones en el Perú. Eso sí, va a generar un obstáculo que puede hacer que en algún momento determinado, una inversión extranjera, en vez de dirigirse hacia el Perú, se dirija hacia otro país.

Una de las fortalezas que el Perú tiene frente a otros países de la Región competidores en la búsqueda de inversión extranjera es que tenemos una muy amigable regulación pro-inversión que permite que los necesarios capitales extranjeros sean atraídos al Perú sin necesidad de formalidades, autorizaciones, ni permisos de bancos centrales o de agencias a la inversión, ni mucho menos restricciones o impedimentos a extranjeros para invertir en empresas nacionales. Esta facilidad y marco regulatorio tan favorable se va de alguna manera a afectar negativamente por el hecho de crear este permiso antimonopolio. Esto, si bien va a ser una mala noticia para los inversionistas, no creo que sea a tal punto para que llegue a impedir las inversiones extranjeras.

TZ: Se ha especulado sobre este tema hasta el extremo de sostener que el control de concentraciones podría conspirar sobre la competitividad del país y que los inversionistas podrían considerarlo como una barrera burocrática.

Si uno toma en cuenta el último índice de Competitividad 2017-2018 elaborado por el *World Economic Forum*, en el capítulo sobre "Efectividad de la política anti monopolio" — *effectiveness of anti monopoly policy*— relativo a la "Eficiencia del mercado de bienes"— *goods market efficiency*—, el Perú se ubica en el puesto N° 92 de un ranking global compuesto por 137 economías, descendiendo diecisiete puestos respecto del periodo 2016-2017 y perteneciendo con ello al último tercio del ranking mundial.

45. La compañía afirmó que está profundamente decepcionada por la decisión del Ejecutivo. "Ahora vamos a considerar nuestros siguientes pasos", apuntó George Cazenove, jefe de comunicación de la petrolera, en un correo electrónico remitido a Reuters, aunque parece —y ojalá así fuera— que todavía tiene interés en los lotes petroleros materia de esos contratos.

Que el Perú no cuente con una política de competencia completa, concretamente, que no exista en el ordenamiento jurídico una ley de control de concentraciones, conduce a que la autoridad de competencia no pueda efectivamente supervisar los cambios en la estructura de mercado, es decir, los efectos anticompetitivos que podrían evitarse al evaluar las operaciones de concentración.

Todo inversionista global conoce que existe un marco jurídico que permite la intervención de una autoridad, la cual supervisa el proceso competitivo en los mercados, ya sea evaluando las conductas de los agentes económicos o la estructura del mercado.

Es preciso recordar que el control no es un procedimiento sancionador, se trata de un procedimiento de autorización. Los agentes económicos, al momento de presentar la solicitud de autorización, no solo cumplen con la presentación de los requisitos, sino que presentan en la solicitud o durante el procedimiento, los denominados remedios o soluciones ante los efectos anticompetitivos que potencialmente puede generar la operación con el objetivo de que la operación sea autorizada, o autorizada con condiciones. Ello se explica a través de una propuesta que comprende medidas de mitigación estructural o medidas de desinversión, que, al mismo tiempo, traducen compromisos por medio de condiciones u obligaciones de hacer, destinadas a garantizar un efectivo proceso competitivo.

Sin lugar a dudas, todo marco regulatorio debe promover el desarrollo empresarial. La Constitución Política del Perú en su artículo 61 señala que, el Estado facilita y vigila la libre competen-

cia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

A través de la legislación de competencia se debe cumplir ambas funciones. El Estado es facilitador y vigilante.

Por otro lado, las barreras burocráticas se expresan a través de procedimientos administrativos que, o no tienen un fundamento legal, o son carentes de razonabilidad. El control de fusiones es un procedimiento administrativo que se aplica alrededor del mundo, tanto en países desarrollados como en pequeñas economías emergentes.

La regulación del control previo de fusiones en el Perú se encuentra fundamentado en el artículo 61 de la Constitución Política, por lo que no puede ser considerado una barrera burocrática. Además, ya existe un control de concentraciones en el sector eléctrico en virtud de la Ley 26876. Este tipo de procedimiento administrativo no obstaculiza el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado.

Habría que precisar, desde luego, que la regulación suponga necesariamente considerar las prácticas internacionales recomendadas por la ICN, UNCTAD, OCDE y la Unión Europea, bajo un estudio comparado.

4. ¿Qué condiciones se requieren para evitar que el control de fusiones no afecte el clima de las inversiones en el Perú?

AA: Nuestra opinión, como hemos señalado, es que es innecesario un control de fusiones en

46. Las consecuencias de no serlo pueden ser negativas para el Perú. Por ejemplo, respecto del caso Tullow Oil, leí en Día 1 de El Comercio del 28 de mayo una nota, en la que se señala que el Ministro de Energía y Minas, Francisco Ismodes había dejado entrever la posibilidad que esa petrolera británica recupere las licencias para explotar hidrocarburos en el mar de Tumbes, Ancash y Piura, al afirmar que ante la prensa que la negociación con Tullow Oil "no se había frenado". Sobre el particular, esa empresa habría expresado que estaría reacia a recuperar esas licencias, como lo informa Día 1, en esa publicación. Probablemente no fue correcto que el gobierno del anterior presidente aprobara los contratos con Tullow Oil el 21 de marzo, antes de que aquel renunciara al cargo, pero la señal para el mercado ha sido muy negativa y no se puede esperar por tanto receptividad de los inversionistas en situaciones como la descrita. Ojalá, que Tullow Oil continúe todavía interesada en los lotes petroleros objeto de esos contratos, como se ha indicado en algunas publicaciones recientes.

el Perú; no obstante, si se quisiera establecer un control de fusiones sin afectar el clima de inversiones, debiéramos primero hacer del Perú un país predecible⁴⁶. Al respecto, es pertinente tener en cuenta que, como lo ha señalado el Premio Nobel de Economía Finn Kydland: “*Lo que hace prosperar a un país es que sea predecible*”⁴⁷. Mientras no lo seamos, y los inversionistas adviertan riesgos en las decisiones que son necesarias para sus inversiones, estos no invertirán, y si lo hacen lo harán solo con criterios especulativos. Es algo que no comprendemos todavía, más aún cuando pensamos en la aplicación en el Perú de normas que pueden hacer más complejas y difíciles las decisiones de inversión. Pienso como Alfredo Bullard⁴⁸, cuando dice que la frase atribuida a Raimondi, “*El Perú es un mendigo sentado en un banco de oro*”, es el himno de nuestra frustración; y esa es la razón por la que somos propensos a generar todo tipo de barreras, trámites o procedimientos, que en lugar de atraer operan en sentido contrario. Lo lamentable es que lo hacemos incluso inconscientemente y sin darnos cuenta del significado y alcance de nuestras decisiones o sin mayor evaluación de sus implicancias, como es el caso del tema materia de este artículo.

Así, una adquisición, la de Quicorp S.A. por una empresa de capitales peruanos, es lo que ahora da origen a que una discusión de corte académico de lugar a dos proyectos de ley que buscan promover el control de fusiones en el Perú, sin mayor análisis sobre sus implicancias en un país —aunque duela decirlo— muy negativo, aunque no por sus condiciones —las tiene muchas—, sino por tener muy interiorizado ese himno de la frustración a que se refiere

Bullard: “*El Perú es un mendigo sentado en un banco de oro*”.

AR: Para comenzar se requeriría de una contradicción en sí misma y es que el sector público sea eficiente; y que los procesos administrativos en el Perú se cumplan en los plazos previstos, tengan predecibilidad y puedan ser objeto de un análisis objetivo y no anti empresa.

La verdad es que en la mayor parte de los países, no solamente de la región, sino inclusive los Estados Unidos y en la Comunidad Europa vemos que los controles de fusiones son procesos muy complejos, toman mucho tiempo y en muchos casos los resultados son impredecibles. Es más, en el transcurso de décadas se ha pasado de manera cambiante de posiciones más permisivas a posiciones más restrictivas una suerte de vaivén inclusive en mercados regulados sofisticados.

TZ: Las concentraciones conducen a la creación y el fortalecimiento de la posición de dominio en el mercado. Al respecto, conviene precisar que, las inversiones no necesariamente se explican a través de las concentraciones, por un lado, y por otro, el clima de inversiones está asociado a condiciones de orden regulatorio y de seguridad jurídica.

Conviene, por lo tanto, determinar los ámbitos en que el Estado regula, cómo y para qué propósito regula. Es decir, si se justifica la intervención del Estado en la economía a través de la regulación. El denominado ciclo de gobernanza regulatoria, supone un análisis de los instrumentos y propuestas de soluciones a problemas que se presentan y del cual el Estado no puede evadir.

47. Ver la entrevista que publica el diario español La Vanguardia el 8 de junio de 2017, y en la que este premio nobel, que es también economista de la Reserva Federal de EE.UU., expresa (i) respondiendo la pregunta ¿El inversor piensa a tan largo plazo?: Es el único modo de obtener beneficios serios y, por eso, los gobiernos y los bancos centrales y las sociedades en conjunto deberían pensar también a largo plazo. Y ser siempre muy predecibles. No dar bandazos; y, (ii) en respuesta a la pregunta ¿La predictibilidad enriquece a un país?: Es fundamental. Por eso también lo es que el Banco Central y los órganos reguladores sean independientes de los partidos políticos y los gobiernos de turno y no dependan tampoco de las elecciones. Si un gobierno baja o sube sus impuestos para ganar votos, mal. Los inversores no confiarán en ese país.

48. BULLARD, Alfredo. “*La falacia de Raimondi*”. En: Diario El Comercio. Lima: 2018. Disponible en: <<https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/falacia-antonio-raimondi-proteccionismo-libre-comercio-alfredo-bullard-noticia-521125>>.

Tanto en la teoría económica como en la práctica existe evidencia que fundamenta la necesidad de la aplicación de este instrumento, toda vez que el mercado es un escenario dinámico en el que participan agentes económicos con un propósito de obtención de ganancias y beneficios lucrativos, como corresponde a la naturaleza corporativa. La tutela del derecho de los consumidores es una función que asume el Estado. Al mismo tiempo, éste debe cumplir un rol facilitador, y no solo vigilante, es decir, establecer el marco regulatorio para facilitar las condiciones para un libre desenvolvimiento de las fuerzas en el mercado. En otras palabras, no se trata de una relación antagónica consumidor vs. empresa, o Estado vs. empresa. La función del Estado está dirigida a garantizar, facilitar y supervisar el proceso competitivo.

El procedimiento administrativo es parte de la implementación de una política de competencia, que debe funcionar en mérito al rol facilitador y vigilante del Estado, por ello, el diseño normativo del instrumento es fundamental.

Dicho diseño normativo debe considerar tres aspectos:

- a) Definición de lo que se entiende por concentración y la determinación del umbral objetivo de notificación —*threshold*—, ambos responden a la determinación del ámbito de aplicación del control por parte de la autoridad de competencia, pues no toda operación de crecimiento externo corporativo tiene que estar sujeta al control.
- b) Los criterios de evaluación deben contextualizarse en la aplicación del *test* SIEC, *test* del significativo impedimento de la competencia efectiva, que sustituyó al *test* de la dominancia, por el cual la autoridad centraba su atención en la cuota de mercado y la posición de dominio. El *test* SIEC no sólo evalúa los cambios en la estructura —*structure based approach*— sino los efectos de esos cambios —*effects based approach*—, a fin de determinar si la operación de concentración afecta la dinámica competitiva de manera significativa y perjudica el bien-

estar de los consumidores, considerando la eficiencia que pudieran compensar el efecto anticompetitivo —*efficiency defense*— y cuyos beneficios se trasladen a los consumidores.

- c) Distinguir dos fases en el procedimiento, una fase 1 y una fase 2, siendo la primera un procedimiento breve por el cual la autoridad autoriza la operación pues no genera mayores preocupaciones por los efectos anticompetitivos, y la segunda que amerita un mayor espacio de tiempo y en la cual se realiza un análisis profundo de la concentración. Es decir, es necesario que el procedimiento sea claro, transparente, que se respeten principios de confidencialidad y transparencia para proporcionar la seguridad jurídica que amerita la evaluación de operaciones privadas.

Adicionalmente, a ello debe considerarse el rol que corresponde al OSIPTEL como autoridad de competencia en el mercado de telecomunicaciones para el control de conductas anticompetitivas. La necesidad de la colaboración interinstitucional es clave en el conocimiento de los mercados.

Desde luego, es importante evaluar la proximidad de la colaboración a través de informes que se proporcionen sobre el mercado, y en este punto, habría que precisar la colaboración de otros organismos reguladores, así como la SBS y la SMV, principalmente, sin perjuicio de la colaboración que existe entre entidades de la Administración Pública.

5. ¿Debería haber un control *ex ante* o *ex post*?

AA: El control si se quisiera aplicar debiera ser *ex post*, siempre y cuando se detecte la existencia de abuso de posición de dominio. Para tal propósito es suficiente lo previsto en el Decreto Legislativo 1034.

AR: Sin duda debe ser un control *ex post*. Hoy en día para muchos de los que estamos cerca de la actuación del sector privado e INDECOPI

vemos que los tiempos que INDECOPI dispone para resolver temas de investigaciones sobre restricciones horizontales o verticales a la libre competencia o en los casos de procesos de concursos preventivos o concursos ordinarios son larguísimo, careciendo INDECOPI de una capacidad —digamos— administrativa como para responder con la rapidez que la de estos temas tienen por las grandes consecuencias que para una empresa puede significar el hecho de que estos procesos se dilaten en el tiempo. En consecuencia, un control *ex ante*, inclusive por razones prácticas sería contraproducente. Más bien, en todo caso, lo recomendable es más una investigación *ex post* y mejor aún una fuente de supervisión o un monitoreo de INDECOPI que efectivamente por más que haya un aumento de la participación de mercado no se produzcan prácticas restrictivas del mercado.

TZ: Se ha confundido en el debate público estos dos instrumentos, como si uno pudiera sustituir al otro. Ello trasluce o un desconocimiento de la naturaleza de cada instrumento, o en el rechazo deliberado de la introducción de una ley que le atribuya a la autoridad de competencia una potestad administrativa para evaluar operaciones privadas.

El control *ex post* es complementario al control *ex ante*. El primero tiene como finalidad evaluar las conductas de los agentes económicos en el mercado y determinar si se producen conductas anticompetitivas, las cuales están prohibidas, de conformidad con la ley y la Constitución, y se regula a través de un procedimiento administrativo sancionador. El control *ex ante* evalúa los efectos de los cambios que se producen en el mercado relevante con motivo de las operaciones de concentración a través de las fusiones, adquisiciones y otras modalidades. El procedimiento se inicia con la solicitud de autorización. Claramente, son procedimientos muy distintos.

En este sentido, cada uno cumple un propósito específico, y forman parte integrante de la política de competencia en un Estado de Derecho.

6. ¿El control beneficiaría o afectaría a los consumidores?

AA: Lo que en mi opinión beneficiaría a los consumidores sería, en el caso que correspondiera, una investigación por abuso de posición de dominio, partiendo del hecho que el abuso de posición de dominio tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

AR: Típicamente estos controles se crean para beneficiar a los consumidores. Sin embargo la práctica y la realidad muestra lo contrario, en muchos casos, en efecto, suele suceder que al establecerse restricciones —o en todo caso impedimentos— para que una compañía compre a otra, en vez de fortalecer la competencia, la intervención estatal termine por reducirla, puede generar una menor inversión en determinado tipo de industria o en determinado tipo de productos y por lo tanto no afectan a los consumidores si no que los benefician.

TZ: Existe en el debate público una confusión sobre el bien jurídico que se protege a través del control de concentraciones, pues el bien jurídico no es la protección del consumidor; la protección de un competidor en particular frente a otro desde una perspectiva darwinista; la protección de una política industrial sectorial; o la reducción de la pobreza. El Estado a través del control ejerce una función de protección del proceso competitivo, y en el ejercicio de dicha función, se logra tutelar el derecho de los consumidores. Por ello, la evaluación de la concentración en el procedimiento de evaluación previa se realiza sobre el mercado relevante, se identifica y se analiza tanto a los competidores como a los consumidores, es decir, quienes participan en el mercado.

Las concentraciones pueden inicialmente tener un efecto negativo en el mercado dado que conducen a la creación y fortalecimiento de una posición de dominio, es decir detentan un mayor control sobre el bien o servicio que se ofrece en el mercado tanto en lo concerniente a precio, calidad y disponibilidad del producto. Tanto la teoría económica, como las diversas posiciones ideológicas sobre la competencia, han determinado su *focus* de atención en el proceso competitivo, y el rol del Estado a través

de la regulación, desde la teoría de la competencia perfecta, la competencia efectiva, la Escuela de Harvard, la Escuela de Chicago, la Escuela Austríaca, la Escuela Ordoliberal, y las nuevas posiciones ideológicas eclécticas que permiten entender lo complicado que resulta regular, inclusive bajo la influencia actual de los efectos de la economía digital y el desarrollo de las tecnologías de la información.

El asunto está en qué se entiende como bienestar del consumidor —*consumer welfare*—, y es ahí donde reside la importancia de la definición de los objetivos de la política de competencia en una determinada economía, lo cual tendría consecuencias no sólo para el diseño del control *ex ante*, sino también para el control *ex post*.

Por ejemplo, en determinados casos en los que se pueda identificar eficiencias asumiendo que la concentración conduce a efectos que pueden restringir la competencia, la convergencia normativa global indica que la autoridad de competencia puede autorizar dicha concentración si se logra identificar que dichas eficiencias dinámicas —innovación— o productivas —procesos y cadenas de producción— tienen un carácter inherente a la concentración, verificable, cuantificable en cuanto al beneficio o perjuicio potencial que se pueda transferir a los consumidores.

Como se puede observar, por un lado, no se prohíbe la concentración en mérito a la generación de eficiencias, y por otro, se requiere que los beneficios sean transferibles a los consumidores. Se autoriza la operación con condiciones, las cuales son evaluadas durante el desarrollo

del procedimiento administrativo a la luz de los criterios de evaluación, el test SIEC y los remedios que pudieran haber sido propuestos por las empresas. En esencia, el bien jurídico a tutelar es el proceso competitivo, y a través de ello se logra proteger al consumidor, quien participa como sujeto en el mercado, y al no ser un agente económico, no puede lograr tener un poder efectivo para modificar los parámetros de precio, calidad y disponibilidad del producto. De ello resulta, que el Estado pueda y deba establecer condiciones para tutelar dicho proceso competitivo.

7. ¿Cuál debería ser el criterio del Estado para calificar una fusión como riesgosa?

AA: Reitero que, en mi opinión, lo que puede significar un riesgo para el mercado es el abuso de posición de dominio que se podría suscitar en una situación de posición de dominio; no debiéndose partir de la premisa que ésta por sí misma es perjudicial o genera riesgos para el mercado.

Este, por ejemplo, fue el criterio que primó en la Comisión de la Comunidad Europea cuando en 1991 decidió impedir que el consorcio italo-francés Aviones de Transporte Regional —ATR— adquiriera los activos de la división De Havilland a la Boeing Company, su filial canadiense destinada a la fabricación de turbohélices de transporte regional, debido únicamente a que generaría una posición dominante de carácter permanente en el mercado, sin tener en consideración los beneficios que tal adquisición significaba para el consumidor, por generar claros efectos de eficiencia y mejor servicio al cliente⁴⁹.

49. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/eli/dec/1991/619/oj/spa/html>>

Revisar en ésta sus conclusiones que confirman lo expresado. Nos permitimos transcribirlas:“(72) De todo lo expuesto hasta el momento, se desprende que la concentración propuesta daría lugar a una situación en la que la nueva entidad fruto de la unión entre ATR y De Havilland podría operar en los mercados mundiales de aviones de transporte regional de 40-59 plazas y de 60 o más plazas con un alto grado de independencia con respecto a sus competidores y clientes. Por lo tanto, la concentración propuesta crea una posición dominante en los mercados mundiales. Además, de acuerdo con el análisis precedente, la posición dominante no tiene un carácter meramente temporal, de manera que supondrá un obstáculo significativo para una competencia efectiva. Se considera que también hay posición dominante incluso si se toma como mercado de producto pertinente el mercado total de los aviones de 20-70 plazas” (énfasis añadido); agregándose:

Es muy probable, entonces, que con la aplicación de una norma de control de fusiones, lo que se pretenda, más que alentar la competencia, sea proteger a los competidores, considerándose *a priori* que la concentración *per se* genera efectos negativos contra la competencia y en última instancia al bienestar de los consumidores; sin tenerse en consideración la figura del abuso de posición de dominio que es la que en una investigación desprejuiciada y objetiva y bajo la “regla de la razón” —*rule of reason*— como corresponde, podría establecer si una empresa con posición dominante está generando efectos negativos para la competencia y al bienestar de los consumidores.

AR: Yo no considero que las fusiones en sí mismas sean riesgosas, y aquí hay un tema de importancia a resaltar. Si fuese que el Perú tuviese unos aranceles altos que impidieran la importación de productos, si fuese que el Perú tuviese altas barreras de ingreso al mercado —por ejemplo obstáculos para la inversión extranjera para sectores excluidos para inversiones de extranjeros; medidas para arancelarias o regulatorias que dificultaran la competencia— entonces, en ese caso podría tener sentido pensar en algún tipo de control a las fusiones y adquisiciones.

Sin embargo, dado que en realidad tenemos muy bajos niveles arancelarios, tenemos muy bajas barreras de ingreso al mercado y tenemos un sistema regulatorio bastante amigable a la inversión, creo que más bien el rol del estado no debería ser tanto en preocuparse porque las fusiones se produzcan o las adquisiciones se produzcan, sino más bien que la inversión extranjera se produzca, asegurarse de que no

haya ningún tipo de elemento que afecte a esa inversión y sí, por supuesto ser muy duro con cualquier tipo de actuación de empresas privadas que estén apuntando a restringir la libre competencia. La competencia por definición no es perfecta, la perfecta competencia es un teórico que nunca va a suceder, lo que nosotros vamos a tener, inevitablemente, es libre competencia, que tienen como otras opciones, ventajas y desventajas.

Lo cierto es que un mayor nivel de competitividad, un mayor nivel de beneficios a los consumidores se obtiene con un mayor número de inversionistas, con mayores montos y volúmenes de inversión y eso en realidad más que lograrse con un control de fusiones y adquisiciones se logra con mercados abiertos, se logra con estabilidad económica, se logra con prácticas laborales razonables que no generen sobre costos, se logra con una simplificación administrativa, se logra con una desregulación en la economía y no con un mecanismo central establecido por una agencia que va a decidir centralmente qué empresas pueden ser compradas por otras y cuáles no.

TZ: En primer lugar, la fusión no puede ser calificada como riesgosa. No es el calificativo apropiado que se deba atribuir. Las operaciones de concentración que se explican a través de una fusión, adquisición u otra modalidad son operaciones legítimas en el desarrollo empresarial en el mundo de los negocios.

Las concentraciones no están prohibidas, el monopolio no está prohibido. Lo que corresponde al Estado, es evaluar si los efectos de dichas operaciones de orden privado pueden tener un efecto anticompetitivo en el mercado,

“Las condiciones de competencia que prevalecen en los mercados comunitarios de aviones de transporte regional no son sensiblemente diferentes de las de los mercados mundiales en su conjunto. Las cuotas de mercado de la nueva entidad serían, para los aviones de transporte regional de 60 o más plazas, similares en los mercados mundiales y comunitarios, mientras que, para los de 40-59 plazas, en el mercado comunitario serían incluso superiores a las del mercado mundial. Además, estos mercados son relativamente más importantes en la Comunidad que en el resto del mundo. En cuanto al mercado de los aviones de 20-70 plazas, la nueva entidad tendría cuotas de mercado más elevadas en la Comunidad que en el resto del mundo. Por lo tanto, se considera que la concentración propuesta crea una posición dominante que supone un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado común con arreglo al apartado 3 del artículo 2 del Reglamento de concentraciones” (énfasis añadido).

si dicha concentración restringe, limita o impide significativamente la competencia efectiva en el mercado. Por lo tanto, la concentración tendrá ser evaluada y al final del procedimiento podrá ser: i) autorizada, ii) autorizada con condiciones, o iii) no autorizada.

Para ello, una ley de control de concentraciones debe introducir el *test* SIEC, de conformidad con la convergencia normativa global, y determinar los criterios de evaluación. Este

test no condena *per se* el crecimiento externo corporativo, la sola cuota de mercado que resulta del cambio estructural del mercado por la operación privada.

Es preciso que la autoridad de competencia además del desarrollo normativo vía reglamentaria, establezca guías que permitan orientar el conocimiento y la aplicación de las normas del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración.