

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

“PRINCIPALES IMPLICANCIAS EN EL DESARROLLO DE UN RÉGIMEN
COMÚN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES Y FUSIONES EN LA
COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES”

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Propiedad
Intelectual y de la Competencia

AUTOR

Yvette Stephany Sanguineti Campos

ASESOR

Andrés Calderón López

JURADO

César Higa Silva

Raúl Solórzano Solórzano

LIMA – PERÚ

2017

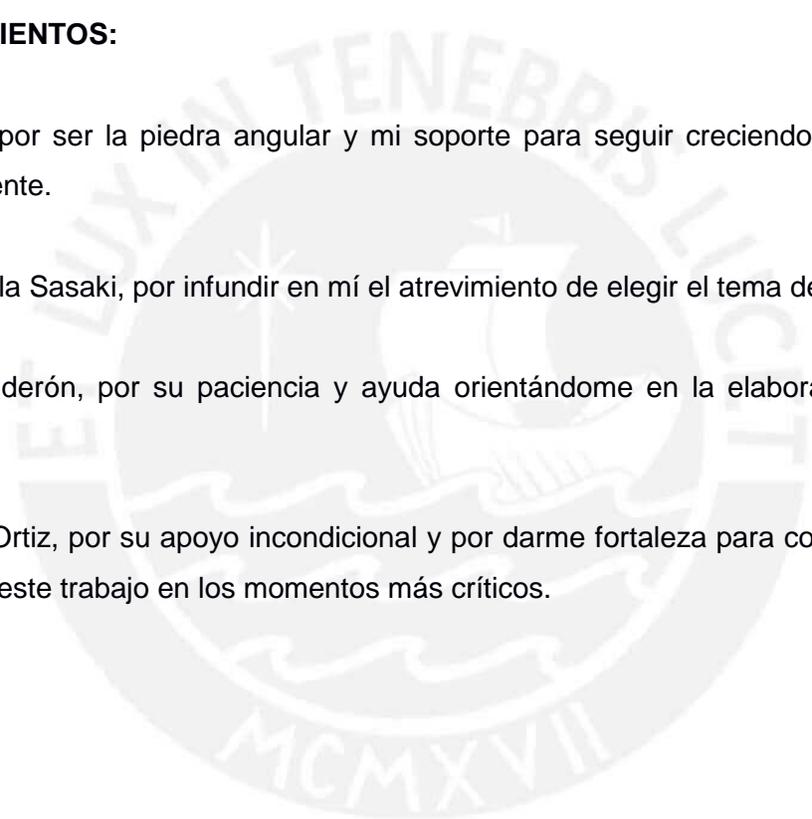
AGRADECIMIENTOS:

A mi madre, por ser la piedra angular y mi soporte para seguir creciendo académica y profesionalmente.

A María Ángela Sasaki, por infundir en mí el atrevimiento de elegir el tema de esta tesis.

A Andrés Calderón, por su paciencia y ayuda orientándome en la elaboración de esta investigación.

A Alexander Ortiz, por su apoyo incondicional y por darme fortaleza para continuar con el desarrollo de este trabajo en los momentos más críticos.



ÍNDICE

Introducción	5
Capítulo I:	
Importancia de los sistemas de control de concentraciones en los procesos de integración	7
1. Sobre las operaciones de concentración y la respuesta de los Estados	7
2. Panorama actual: Las operaciones de concentración transfronterizas	10
3. Consecuencias del control de operaciones de concentración transfronterizas	11
4. El control de concentraciones dentro de un proceso de integración	16
5. Las operaciones de concentración en América Latina y la defensa de la competencia a nivel regional	18
Capítulo II:	
Análisis de los sistemas de control de concentraciones en los Países Andinos	21
1. Colombia	21
1.1. Marco Constitucional	21
1.2. Desarrollo normativo.....	22
1.3. Autoridad nacional de competencia	25
1.4. Sistema de control de concentraciones	25
1.5. Caso colombiano sobre una operación transfronteriza	27
2. Bolivia	28
2.1. Marco Constitucional	28
2.2. Desarrollo normativo.....	29
2.3. Autoridad nacional de competencia	31
3. Ecuador	31
3.1. Marco Constitucional	31
3.2. Desarrollo normativo.....	33
3.3. Autoridad nacional de competencia	34
3.4. Sistema de control de concentraciones	34
4. Perú	36
4.1. Marco Constitucional	36
4.2. Desarrollo normativo.....	36
4.3. Autoridad nacional de competencia	37
4.4. Sistema de control de concentraciones	37

4.5. Propuesta legislativa sobre control de concentraciones	39
5. Evaluación del control de concentraciones en los Países Miembros de la CAN	40
Capítulo III	
Problemas que han surgido en los sistemas supranacionales de control de concentraciones	43
1. Atribución de jurisdicción: Establecimiento de las condiciones para que una operación de concentración sea evaluada por el organismo supranacional	44
1.1. Delimitación de la jurisdicción en la Unión Europea	44
1.2. Delimitación de jurisdicción en Comesa	51
1.3. Recomendaciones para la atribución de jurisdicción en un sistema supranacional de control de concentraciones	54
2. La aplicación de las medidas de excepción a la delimitación de competencia entre las autoridades nacionales de competencia y la autoridad supranacional	58
3. El test para la evaluación de las operaciones de concentración	62
Capítulo IV	
Hacia una propuesta de reglas básicas con las que debe contar una legislación supranacional sobre control de estructuras en la región andina	68
1. Cuestiones sustantivas.....	69
1.1. Umbral de notificación	69
1.2. Definición del mercado	70
1.3. Criterio de evaluación de la concentración.....	72
- Operaciones de concentración horizontal	72
- Operaciones de concentración vertical	73
- Conglomerados.....	74
2. Cuestiones procedimentales	76
3. Armonización de las legislaciones de competencia de los Países Miembros de la Comunidad Andina	77
4. Cooperación con jurisdicciones externas	80
Conclusiones	85
Bibliografía.....	88

INTRODUCCIÓN

En julio de 2014, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina presentó el documento denominado “Propuestas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de una Agenda Positiva Normativa para la Integración”. En este documento se propone la elaboración y modificación de la normativa andina en una serie de materias, como la protección de los derechos del consumidor andino, la defensa de la competencia a nivel comunitario, la armonización de los procedimientos de registro de las denominaciones de origen, de las indicaciones de procedencia, y la protección de la marca país de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

La Agenda Positiva reconoce la importancia que una legislación sobre libre competencia tiene en la consolidación de los procesos de integración, hace hincapié en que existe un nivel de desarrollo normativo desigual en cada uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina, y precisa que es fundamental un régimen de control de fusiones y concentraciones a nivel comunitario para fortalecer el mercado común.

No obstante, la creación de un régimen comunitario o regional de control operaciones de concentración no es algo nuevo en temas de derecho de la competencia, pues existe en el mundo una serie de procesos de integración que han desarrollado y aplican normas sobre control de concentraciones empresariales.

Bajo ese contexto, la finalidad de esta investigación es aportar una herramienta que ayude a la implementación, dentro de la región andina, de un mecanismo de control de estructuras del mercado. Para ello, como referencia se ha utilizado la experiencia de los sistemas regionales que ya cuentan con regímenes de este tipo, de manera que se ha identificado los principales puntos críticos de estos sistemas, y se ha analizado las fórmulas que se deberían adoptar en la región andina para no presentar los mismos inconvenientes.

Para ello, esta investigación ha utilizado como base las siguientes hipótesis: (i) En el marco de un sistema andino de control de concentraciones, la delimitación de jurisdicción entre la autoridad supranacional de competencia y las autoridades nacionales de competencia dependerá exclusivamente de la dimensión, regional o nacional, que tenga

la operación de concentración; y (ii) Resulta necesario que los Países Miembros de la Comunidad Andina cuenten con normativas internas sobre control de concentraciones, que se encuentren armonizadas, para que un régimen regional en esa materia funcione de manera eficiente.

Es así que, con el objeto de corroborar dichas hipótesis, esta investigación se ha dividido en cuatro capítulos. El primero trata sobre la evolución que ha tenido el control de estructuras como medio para disminuir los efectos negativos que generan las concentraciones empresariales, y la relevancia que han adquirido las legislaciones regionales sobre control de concentraciones para hacerle frente a las fusiones transfronterizas que se empezaron a generar como producto del fenómeno de la globalización. En el segundo capítulo se da una visión específica sobre el desarrollo del control de concentraciones en cada uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina, para lo cual se hace un análisis del régimen económico constitucional que han acogido y de la evolución normativa que han tenido en materia de defensa de la competencia. En el tercer capítulo se identifican los principales problemas que han surgido en los sistemas regionales de control de concentraciones más representativos y que han tenido un mayor desarrollo normativo y jurisprudencial en la materia. Por último, sobre la base de lo señalado en los capítulos anteriores, el cuarto capítulo recoge todas las cuestiones fundamentales que debería contener una legislación andina sobre control de concentraciones, y establece los mecanismos que deberían adoptarse para que el sistema regional de control de concentraciones empresariales funcione de manera eficiente.

CAPÍTULO I

IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

En los últimos años, la economía global ha afrontado un continuo crecimiento que ha generado que muchas empresas planteen la posibilidad de expandirse para mantenerse competitivos. Es así que en el afán de crecer para concurrir en el mercado de forma que les sea más favorable, han empezado a vincularse económicamente a través de diversas fórmulas contractuales. Eso constituye una operación de concentración y suele realizarse entre empresas que compiten en el mercado de un determinado territorio o entre empresas que constituyen grandes corporaciones y compiten a nivel global.

Las operaciones de concentración no sólo generan beneficios a las empresas, sino que también favorecen a los consumidores que pueden adquirir productos a un menor precio debido al aumento de la producción, o productos mejorados que se empiezan a fabricar por el aumento de la eficiencia en materia de innovación. Sin embargo, existe la posibilidad que las operaciones de concentración afecten la competencia, pues pueden modificar la estructura del mercado de tal manera que la empresa que surge tras la fusión adquiera la capacidad de impedir que nuevos agentes ingresen a competir en el mercado o de reducir a su mínima expresión a aquellas que ya concurren en éste.

Esa disyuntiva que traen consigo las operaciones de concentración es objeto de análisis en este capítulo, en el cual nos permitimos avizorar una de las soluciones que se han elaborado para reducir los efectos negativos que pueden originar las operaciones de concentración y esbozar una posible alternativa a los problemas que ha originado la aplicación de esa solución.

1. Sobre las operaciones de concentración y la respuesta de los Estados

De acuerdo a lo que hemos manifestado, una operación de concentración constituye aquel o aquellos actos que realizan las empresas que concurren en un sector del mercado a fin de que la esfera de control de las empresas involucradas se centre en un solo operador. Ello genera que la estructura de control de dichas empresas se vea modificada de forma permanente. Ahora bien, esas operaciones de concentración pueden darse a

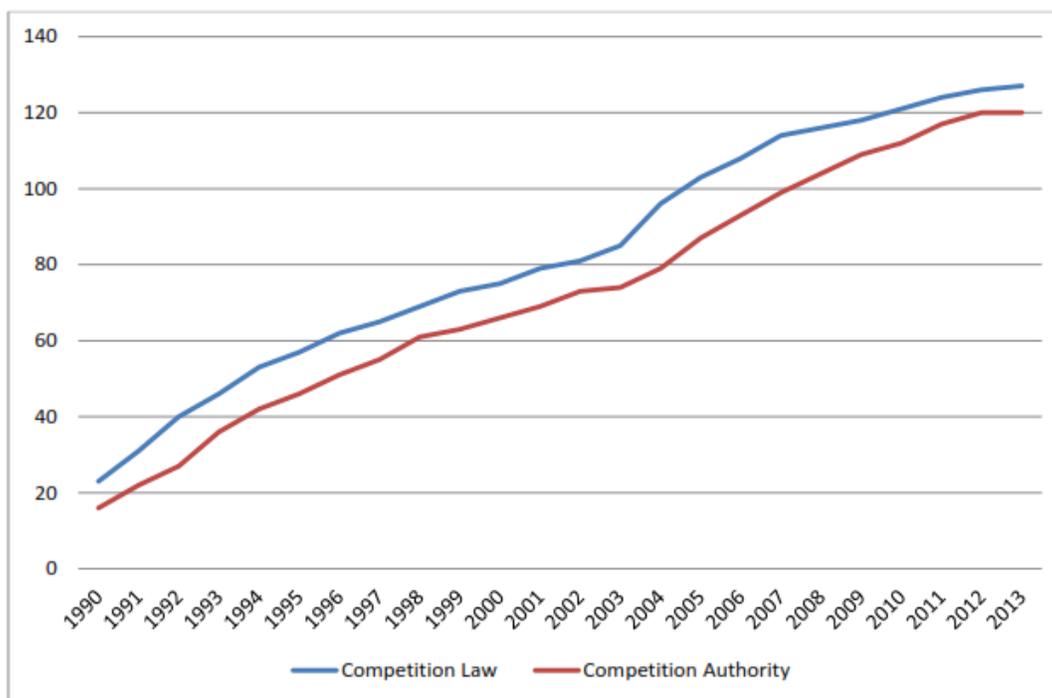
través de fusiones empresariales, tomas de capital, creación de empresas comunes, adquisiciones de participación y activos productivos, entre otras modalidades (Pérez 2012: 2); sin embargo, para efectos del presente trabajo nos referiremos a ellas, indistintamente, como fusiones.

Estas fusiones generan a las empresas un mayor desarrollo técnico y económico, pero paralelamente puede ocasionar efectos nocivos al mercado y en el bienestar general, si logran reducir de manera sustancial la competencia en el sector donde realizan sus actividades (Pérez 2012: 7-8). En este contexto, resulta vital la aplicación del derecho de la competencia, debido a que esta rama del derecho ha desarrollado tradicionalmente, además del control de conductas (o control ex post), que castiga las conductas empresariales colusorias y el abuso de la posición de dominio de una empresa en el mercado, el control de estructuras (ex ante) cuya finalidad es evaluar las operaciones de concentración que impliquen una amenaza a la competencia efectiva.

En consecuencia, la defensa de la competencia adquiere un rol trascendental en el desarrollo de los Estados ya que constituye una herramienta para garantizar el funcionamiento competitivo del mercado, que ayuda a desarrollar un estado de bienestar general en la sociedad. Por ello, desde la década del noventa, los Estados empezaron a expedir normas en materia de defensa de la competencia y a instituir autoridades nacionales encargadas de su aplicación, conforme se puede observar en la siguiente figura que ha sido elaborada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE):

Número de jurisdicciones que cuentan con una ley y una autoridad de competencia

(OCDE 2014: 23, figura 9)



Source: OECD, based on publicly available information.

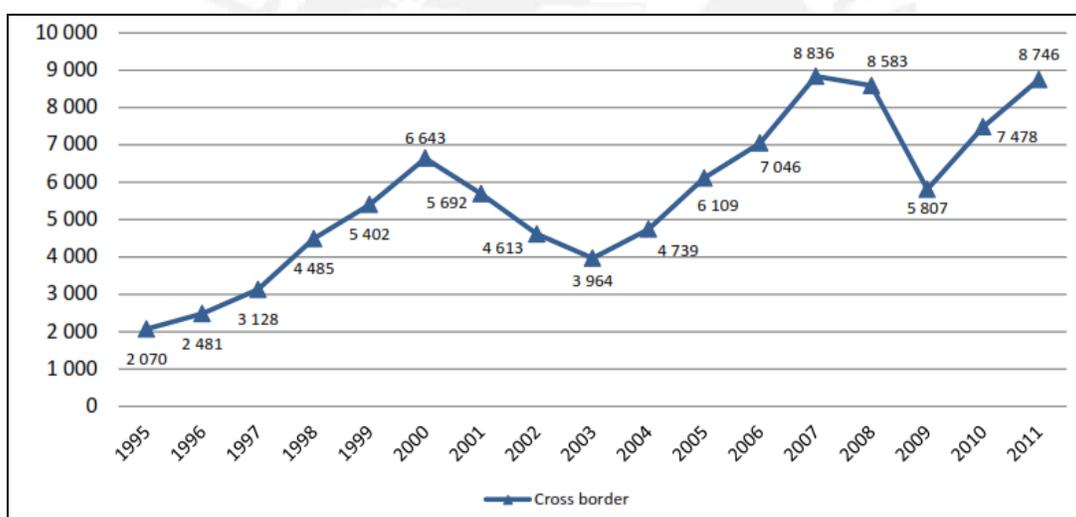
Esta figura muestra que en 1990 poco más de veinte Estados contaban con una norma de defensa de la competencia y, de esos, menos de veinte tenían una autoridad nacional sobre la materia. Ese número ha ido aumentando con el devenir del tiempo, ya que en el año 2013 se registraron más de 120 países que contaban con leyes en la materia y exactamente 120 que tenían una autoridad nacional de competencia que aplica su normativa. Ello demuestra que a nivel mundial se ha comprendido la relevancia que la defensa de la competencia tiene para su desarrollo, pues actualmente la mayoría de países cuentan con una normativa sobre la materia. Esto, si bien resulta positivo en términos generales, también podría conllevar al surgimiento de algunas controversias dado el fenómeno de la globalización que vivimos desde hace algún tiempo y que ha tenido repercusión en la forma como se desenvuelven los agentes económicos.

2. Panorama actual: Las operaciones de concentración transfronterizas

De acuerdo a lo indicado en el párrafo precedente, la globalización ha implicado la ampliación de los mercados debido a la interdependencia que ahora existe entre los Estados, producto de la expansión de las empresas que desarrollan su actividad económica en más de un país. Un ejemplo evidente son las corporaciones o empresas multinacionales que tienen presencia en diferentes Estados y que, pese a ello, continúan realizando operaciones de concentración para aumentar su productividad o su presencia en determinada región. Por consiguiente, lo más frecuente es que las operaciones de concentración tengan efectos transfronterizos (OCDE 2014: 16), tal como se demuestra en la siguiente figura.

Número de acuerdos sobre fusiones y concentraciones transfronterizas desde 1995 al 2011

(OCDE 2014: 20, figura 5)



Esta figura revela que las operaciones de concentración transfronterizas se han incrementado exponencialmente. Mientras que en el año 1995 se realizaron poca más de dos mil acuerdos con efectos en más de una nación, a partir del año 2005 se han llevado a cabo al menos cinco mil operaciones de concentración de este tipo, e incluso entre los años 2005 y 2011 han existido picos de ocho mil operaciones por año. De este modo, se demuestra que durante quince años no se han realizado menos de dos mil operaciones de concentración de carácter transfronterizo por año, lo cual constituye un número alto de

concentraciones empresariales si tenemos en cuenta que estamos ante transacciones que trascienden en más de un Estado, por lo que la magnitud de estas puede exceder el producto bruto interno de algunos países en desarrollo.

Es así que en el escenario actual resulta usual que los efectos de las operaciones de concentración repercutan en el mercado de diferentes países. Por lo tanto, si se toma en cuenta que la mayoría de Estados cuentan con legislaciones en defensa de la competencia que aplican el control de estructuras, tenemos que esas operaciones de concentración de efectos transfronterizos tendrán que ser objeto de evaluación en una serie de Estados, a través de su autoridad de competencia nacional, y bajo las reglas contempladas en su normativa. Esa circunstancia trae consigo una serie de efectos adversos a las empresas que participan en la operación de concentración y a los propios países donde estas empresas realizan sus actividades comerciales, los cuales serán analizados a continuación.

3. Consecuencias del control de operaciones de concentración transfronterizas

De acuerdo a lo manifestado, cuando una operación de concentración es de carácter transfronterizo involucra mercados de distintos países y tiene que ser evaluada por distintas autoridades nacionales de competencia, por lo que en este acápite describiremos y analizaremos algunos de los dilemas reales que han surgido cuando una misma operación de concentración ha sido evaluada en cada uno de los Estados en los que ha repercutido la transacción.

Se debe precisar que resulta evidente que toda empresa tiene conocimiento que al realizar una operación de concentración de efectos transfronterizos va a tener que lidiar con marcos legales diferentes, según cada país. Sin embargo, ese hecho puede generar problemas sustanciales cuando diferentes autoridades, encargadas de evaluar la misma operación de concentración, arriban a decisiones disímiles, debido a que tienen disposiciones legales que difieren. Esas diferencias pueden radicar en las disposiciones relativas al umbral fijado para hacer obligatoria la notificación de la operación de concentración, en aspectos relacionados al procedimiento, la carga de la prueba, los criterios de evaluación, el análisis de la repercusión de la operación de concentración en el empleo o el impacto que puede generar en las pequeñas empresas, pues, las

disposiciones referentes a esos temas varían dependiendo del objetivo que tenga cada norma sobre el control de concentraciones.

Esas diferencias en las reglas sustantivas se observan en el caso General Electric / Honeywell. General Electric era la principal empresa productora de motores a reacción para grandes aviones comerciales y grandes reactores, mientras que Honeywell era la empresa líder en producción de motores pequeños para aviones regionales y corporativos. General Electric y Honeywell tenían dos principales competidores Pratt and Whitney y Rolls Royce, a pesar de que las actividades que realizaban competían en diferentes rubros del mercado. Por ello, la operación de concentración entre ambas empresas fue evaluada por diferentes autoridades de competencia, entre ellas el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América que aprobó la operación estableciendo ciertas condiciones (Karakan 2004: 222), y la Comisión Europea que prohibió la operación porque consideró que la fusión consolidaría posiciones dominantes en varios mercados y que los remedios propuestos por General Electric eran insuficientes para resolver los problemas que generaría dicha operación a la competencia (Comisión de las Comunidades Europeas 2001: 131, decisión de 3 de julio).

El caso reseñado reveló que si bien la Unión Europea (en adelante, la UE) y los Estados Unidos de América (en adelante, los EUA) al analizar una operación de concentración aplicaban la misma teoría económica, los criterios de evaluación o estándares de revisión tenían enfoques diferentes, pues la normativa de la UE en ese entonces establecía que la Comisión debía tener en cuenta la posición en el mercado de las empresas participantes (esto es conocido como el criterio de dominio del mercado) como uno de los principales criterios al evaluar la operación, mientras que en los EUA la autoridad de competencia se enfocaba en analizar los beneficios que puede generar en los consumidores la operación para decidir si aprobaba o denegaba la realización de la concentración.

Es así que la operación de concentración General Electric / Honeywell se frustró por la decisión de la autoridad de competencia de la UE, pese a que en los EUA se concluyó que la operación sí era viable, en tanto cumpliera con ciertas condiciones que traían beneficios a los consumidores estadounidenses y al funcionamiento del mercado. Este caso demuestra la facilidad con la que el pronunciamiento de un Estado puede quedar sin efecto debido a la decisión de otro país (en el caso expuesto, se trata de un entidad

supranacional) que únicamente ha analizado los efectos de la operación en su territorio, por lo que sería un ejercicio interesante analizar las consecuencias que la decisión de la UE generó en la economía de aquel país que tomó una decisión en vano, debido a que se pronunció sobre una operación de concentración que finalmente no se concretó.

Otro asunto que también demuestra los inconvenientes que se presentan cuando hay diferentes reglas sustantivas en cada Estado es el caso Draeger Medical AG & Co KgaA / Air-Shields (Comisión De Competencia del Reino Unido 2004: 3-7). Draeger Medical es una empresa que se ha dedicado a brindar soluciones médicas tecnológicas a través de la fabricación de “estaciones de anestesia, equipos de ventilación para unidades de cuidados intensivos, ventiladores de transporte para los servicios de emergencia, equipos de terapia de calor para bebés, equipos para la monitorización de pacientes” (Draeger 2016), entre otros productos; mientras que Air-Shields era la empresa líder del sector de atención neonatal a nivel global (Business Wire 2004). Estas dos empresas constituían las dos principales proveedoras de productos de sistemas de calentamiento para neonatos de los hospitales en el Reino Unido, por lo que cuando se anunció la propuesta de Draeger Medical de adquirir acciones de la empresa Air-Shields, la autoridad de competencia del país en mención y la de otros tres países europeos iniciaron el proceso de evaluación de dicha operación por tener efectos en los mercados de su territorio.

En el Reino Unido, el análisis de esa operación culminó con la aprobación de la operación bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, que consistían en la obligación de mantener los precios estables de la gama de productos de terapia de calor durante tres años, en la realización de consultas a diferentes instituciones del gobierno para adoptar acciones que fortalezcan el ejercicio del poder de compra de los consumidores y para fomentar el ingreso al mercado de otras empresas. Estas condiciones o remedios fueron impuestos con la finalidad de que disminuyan los efectos adversos que podría generar en el mercado la concentración de las empresas mencionadas; sin embargo, la autoridad administrativa del Reino Unido no pudo hacer efectivo su cumplimiento por su limitada capacidad para lograr que se ejecuten las medidas en las que debían intervenir otras instituciones del gobierno y para que se realice el monitoreo del precio de los productos, el cual debía hacer un tercero a quien las propias empresas concentradas debían pagarle por dicho servicio.

El resultado del análisis de la operación de concentración entre Draeger Medical y Air-Shields fue diferente en los otros países europeos, ya que en dos de ellos se autorizó la concentración sin algún condicionamiento, mientras que en Portugal se aprobó bajo la condición de que un tercero independiente se encargara del rubro dedicado a la terapia de calor conjunta por tres años. De esta manera se puede observar que la misma operación de concentración que fue aprobada sin restricción alguna en otros países, en Portugal y en el Reino Unido fue sometida al cumplimiento de diferentes remedios cuya ejecución ni siquiera pudo ser supervisada efectivamente en el último país mencionado (Autoridad de Mercados y de Competencia del Reino Unido 2015: 68-81). Por lo tanto, resulta imposible determinar si los remedios o condiciones impuestos a la mencionada operación de concentración trajeron o no efectos positivos a la competencia.

En consecuencia, la aplicación de diferentes normas en defensa de la competencia a las operaciones de concentración globales causa un escenario en el que la autoridad nacional del país “A” tras evaluar la operación establece ciertas restricciones o condicionamiento a las empresas involucradas, mientras que el país “B” decide que dicha operación será aprobada sin someterse a condiciones por haberse determinado que genera eficiencias o simplemente no somete a evaluación dicha operación por no encontrarse dentro de los márgenes de su ley de competencia. Bajo ese contexto, las condiciones establecidas por el país “A” pueden repercutir indirectamente en el país “B”, ocasionando que se maximice el bienestar de los ciudadanos del primer país y que se perjudique a los ciudadanos del país “B”, que ya no gozarán de los beneficios que iba a generar en su jurisdicción la misma operación de concentración (OCDE 2014: 39).

Un caso más que ejemplifica lo señalado en este acápite es la decisión que tomó la República Popular de China, a través de su Ministerio de Comercio (MOFCOM), sobre la operación de concentración que se originó con la adquisición que efectuó Glencore International Plc de la empresa Xstrata Plc, ambas compañías mineras, la cual fue aprobada por la autoridad mencionada con la condición de que Glencore vendiera el proyecto de Las Bambas que se encuentra en el territorio peruano, bajo el argumento que la fusión generaría que aumente la concentración del mercado de cobre, zinc y plomo, por lo que dicho condicionamiento aparentemente era la única forma de mitigar esa circunstancia. Es así que lo dispuesto por la autoridad china trajo como consecuencia que

el proyecto cuprífero de Las Bambas terminara siendo adquirido por el consorcio liderado por la empresa china MNG (Samardzich 2014).

Esto generó incertidumbre respecto de la posible afectación que podría darse a los derechos ambientales y laborales de la población peruana, dado que a diferencia de la empresa Xstrata que es una empresa occidental sujeta a determinados estándares internacionales, la empresa MNG era juzgada por ser de origen chino y por la reputación que estas empresas suelen tener, a causa de las condiciones laborales de sus trabajadores y al impacto que sus actividades pueden generar en el medio ambiente. Evidentemente que las conjeturas que se formularon sobre la empresa MNG no tenían sustento probatorio porque el proyecto ni siquiera había empezado a producir, sin embargo, agravaban el conflicto social que había surgido desde tiempo atrás en la zona de explotación del proyecto minero (El Comercio 2014).

Este caso evidencia la magnitud de los efectos que la decisión de un Estado puede generar en un país que ni siquiera tuvo la oportunidad de sentar una posición sobre la operación de concentración, debido a que no contaba con una regulación sobre control de estructuras en su ley de competencia. En otras palabras, el remedio establecido en un país para defender la competencia generó una externalidad en otro.

Los casos expuestos demuestran las diferencias que existen entre las leyes de competencia y su aplicación en cada jurisdicción, que devienen en el aumento de los costos de transacción de las empresas que pretenden fusionarse, las cuales además de tener que cumplir con los requisitos que se exigen en cada país donde la operación producirá efectos, se enfrentan a la incertidumbre de saber si la operación será aprobada en todos los países, si será condicionada en otros o si será rechazada en algunos de ellos (Crane 2009: 148).

Por las razones expuestas, las consecuencias que las operaciones de concentración transfronterizas suelen tener en las economías de diferentes países constituyen un tema de gran interés a nivel internacional. Es por ello que este trabajo apunta a esbozar una solución que ayude a evitar los inconvenientes que surgen por la multiplicidad de normas nacionales en materia de defensa de la competencia que aplican el control de estructuras.

4. El control de concentraciones dentro de un proceso de integración

La globalización no sólo trajo consigo el incremento de operaciones de concentración de carácter transfronterizo como se ha manifestado al iniciar este capítulo, sino que también generó, a partir de segunda mitad de la década del noventa, que se retomaran los procesos de integración regional o comunitaria que se habían iniciado décadas atrás. Es decir, ante la debilidad e imposibilidad de algunos Estados de hacerle frente a las dificultades transnacionales que se generaron producto del fenómeno de la globalización, se instauró una estrategia integradora. En ese sentido, se indica que “es la necesidad del mejor encaje en el orden internacional tanto político como económico lo que fuerza a la integración para tener un peso negociador mayor y además abordar los problemas de respuesta a las disfuncionalidades internas en los Estados” (Viadel 2013: 288). En otras palabras, la integración “busca proscribir exclusiones, restricciones y disparidades a cambio de lograr armonía, entendimiento, complementariedad, así como mayor nivel de seguridad y bienestar para los ciudadanos miembros de las naciones integradas” (Rodríguez-Jaraba 2005: 84).

En conclusión, la cooperación regional constituye una alternativa de solución a los problemas transfronterizos que han surgido a causa de la globalización económica. Así lo han entendido los Estados, quienes en el marco de los procesos de integración han empezado a elaborar normativas regionales o comunitarias en diversas materias, como es en el tema de defensa de la competencia (Diez Canseco 1997: 62).

De este modo, diversos procesos de integración regional formados en África, el Caribe, Europa y América Latina cuentan con disposiciones sobre política y derecho de la competencia, las cuales han sido emitidas con la finalidad de evitar la segmentación del mercado dentro del espacio integrado. Ello se puede observar en el siguiente cuadro comparativo que ha sido elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, UNCTAD) (2008: 24):

Agrupaciones Regionales	Disposiciones sobre competencia del tratado/protocolo	Instrumentos jurídicos sobre competencia
África		
CEMAC	Tratado por el que establece la CEMAC	Reglamento 1/99/UEAC-CM-639 Reglamento 4/99/UEAC-CM-639
COMESA	Artículo 55 del Tratado del COMESA	Reglamento en materia de competencia del COMESA
CAO	Artículo 21 del Protocolo de la CAO	Proyecto de Ley de competencia de la CAO
SACU	Artículos 40 y 41 del Acuerdo de la SACU	Propuesta de un acuerdo de cooperación (art. 40) Anexo sobre prácticas comerciales desleales (art. 41)
SADC	Artículo 25 del Protocolo Comercial de la SADC	Propuesta de un mecanismo de colaboración
UEMOA	Artículos 88 a 90 del Tratado de la UEMOA	Reglamento 02/2002/CM/UEMOA Reglamento 03/2002/CM/UEMOA Directiva 01/2002/CM/UEMOA
Europa		
Unión Europea	Artículos 81 a 86 del Tratado de Roma	Reglamento del Consejo 1/2003 Reglamento del Consejo N.º 139/2004
América Latina		
Comunidad Andina	Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina	Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina
MERCOSUR	Artículos 4 y 6 del Protocolo de Fortaleza	Acuerdo sobre el Reglamento del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR
El Caribe		
CARICOM	Tratado de la CARICOM	Capítulo 8 del Tratado de Chaguaramas
OECA	Tratado de la CARICOM Tratado de Basseterre	Capítulo 8 del Tratado de Chaguaramas

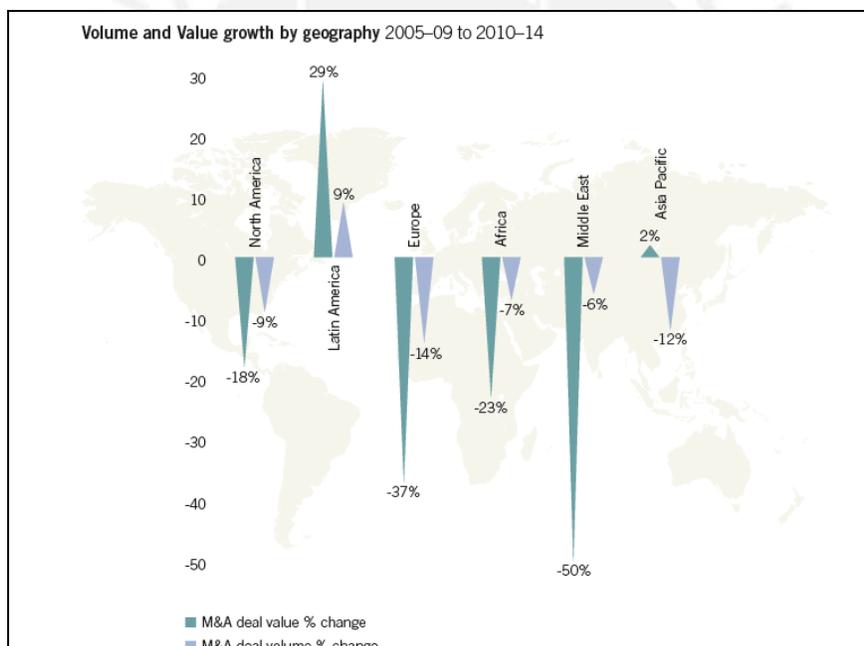
No obstante, los acuerdos regionales señalados no cuentan con los mismos preceptos ni tienen iguales fundamentos. Por ejemplo, no todas las leyes regionales sobre defensa de la competencia contienen disposiciones sobre control de estructuras ni prevén el establecimiento de una autoridad de competencia a nivel supranacional. Sin embargo, esas diferencias no desvirtúan el hecho que los Estados concuerden con que las normas regionales constituyen un medio para asegurar que las prácticas transfronterizas no afecten la competencia en los mercados integrados.

5. Las operaciones de concentración en América Latina y la defensa de la competencia a nivel regional

En atención a lo mencionado, corresponde preguntarnos si resulta necesario en la región de América Latina contar con disposiciones sobre control de estructuras a nivel supranacional para poder hacerle frente a las operaciones de concentración transfronterizas que puedan generar la reducción de la competencia en el mercado de los países de la región. Consideramos que sí, toda vez que en los últimos años ha aumentado el número de empresas provenientes y/o cuyo objetivo está en los mercados de América Latina. Ello se evidencia en la siguiente figura que muestra el incremento por continente de las operaciones de concentración entre el año 2010 y 2014.

Volumen y valor de las operaciones de concentración por el ámbito geográfico.

(Linklaters 2015: 2, figura 1)



De esta manera, se advierte que entre 2010 y 2014 se ha incrementado en 29% las operaciones de concentración transfronterizas que involucran a una empresa latinoamericana ya sea como comprador, vendedor o por ser el lugar de destino de la fusión o absorción empresarial.

Cabe resaltar que la OCDE ha señalado que las operaciones transfronterizas en América Latina aparentemente seguirán multiplicándose, pues los países que conforman la región siguen aumentando su producto bruto interno generando que sus economías sean más atractivas para aquellas empresas extranjeras que desean aumentar su participación en mercados diferentes. Por ello, se considera que existen altas probabilidades de que el porcentaje de operaciones de fusiones y adquisiciones transfronterizas en las que tengan participación una o varias empresas de la región se incrementará (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos 2014: 20).

Es la situación actual de la economía latinoamericana, la que nos motiva a proponer el desarrollo de una normativa regional sobre el control de operaciones, como se ha dado en otros procesos de integración, con el objeto de concentrar en una sola autoridad el análisis de aquellas operaciones que repercutan en más de un país que forme parte de una región integrada y para armonizar las normas nacionales de cada País Miembro, de manera que las reglas de juego impuestas a las empresas resulten iguales en cualquier Estado de la región.

En ese sentido, resulta necesario precisar que en América Latina existen tres grandes procesos de integración: la Comunidad Andina de Naciones (en adelante, CAN), el Mercado Común del Sur (en adelante, MERCOSUR) y la Comunidad del Caribe (en adelante, CARICOM). Por lo tanto, dado que nuestro país forma parte de la CAN se analizará el desarrollo de una norma regional sobre control de operaciones de concentración en el marco de dicho sistema de integración.

Sobre la CAN se debe precisar que, en materia de defensa de competencia, únicamente regula el control de conductas a través de la Decisión 608, por lo que en esta tesis planteamos la elaboración de una norma regional de competencia sobre control de estructuras o también llamada de control de operaciones de concentración.

Evidentemente, resulta bastante complejo dentro de un proceso de integración conformado por países en desarrollo obtener suficientes recursos financieros y humanos para poder implementar un marco institucional que aplique una normativa sobre esa materia. Sin embargo, el costo que puede significar para los Estados Miembros de la CAN es compensable con los beneficios que se obtienen cuando se realiza un control efectivo

de todas aquellas operaciones de concentración de carácter transfronterizos por una autoridad supranacional que no dependa de los fines políticos del gobierno de turno de un Estado, para lo cual se debe propugnar la elaboración de normas uniformes sobre la materia y promover una mayor cooperación entre autoridades nacionales de competencia.



CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LOS PAÍSES ANDINOS.

Después de haber determinado la importancia de un sistema de control de operaciones de concentración a nivel regional para disminuir o evitar los efectos negativos que en la competencia pueden tener las fusiones empresariales transfronterizas, y al ser el objeto de esta investigación el establecimiento de un régimen andino enfocado en el control de estructuras, resulta necesario analizar el panorama actual en materia de defensa de la competencia de cada uno de los Estados Miembros de la CAN. De esta manera, obtendremos una visión general sobre cómo está regulado el control de estructuras en cada uno de los países que conforman la región andina, que nos permita identificar las diferencias y similitudes entre los regímenes de cada Estado. Así, se reconocerán las dificultades que podrían surgir al elaborar una propuesta regional sobre control de operaciones de concentración, lo que permitirá analizar cómo darles solución a las mismas.

1. Colombia

1.1. Marco Constitucional

La Constitución Política Colombiana (1991) establece el marco legal para la aplicación del control de estructuras al reconocer el derecho a la libre competencia económica en el siguiente artículo:

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

De este modo, se advierte que en Colombia la libre competencia no sólo constituye un principio del régimen económico, sino también un deber para todos los agentes económicos que concurren en el mercado. De esta manera se observa que, para el legislador colombiano, la defensa de la competencia está íntimamente ligada con el interés general, pues considera que la competencia es el mejor medio para que los individuos se desarrollen y la sociedad progrese. Por lo tanto, el régimen constitucional económico colombiano permite que el derecho de competencia pueda, bajo determinados supuestos, constituir una limitación a los derechos de libre iniciativa privada y de libertad de empresa. De esta forma, se configura el marco ideal para que, mediante una ley, se otorgue a una autoridad administrativa el ejercicio del control de operaciones de concentración.

1.2. Desarrollo normativo

Sobre el desarrollo normativo colombiano es importante indicar que la primera norma en materia de defensa de la competencia es la Ley 155 que data de 1959. Es decir, décadas antes de que se expidiera la Constitución Política Colombiana de 1991 ya existía en Colombia una ley que trataba los temas relacionados al principio de libre competencia. Dicha norma en lo relacionado al control de estructuras señalaba:

“Artículo 4. Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancías o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20'000.000.00), o más, estarán obligados a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a

cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse, o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración

Parágrafo 1. El Gobierno Nacional deberá objetar la operación (...) si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia (...)

Por consiguiente, desde 1959 en Colombia se exigía a las empresas que concurrían en un mismo mercado que informasen al Gobierno cuando tuvieran la intención de llevar a cabo una operación de concentración a través de una fusión, consolidación, o cualquier otra figura jurídica. De esta manera, el Gobierno tenía facultades para efectuar un control previo a la realización de la concentración y si consideraba que ésta conllevaría a una “indebida restricción de la competencia” tenía la facultad de prohibirla.

Sin embargo, no existió pronunciamiento ni dispositivo legal que estableciera qué se debía entender por “indebida restricción de la competencia” hasta la dación del Decreto Ley 1302 de 1964 que estipulaba:

“Artículo 5. (...) se presume que una concentración jurídico-económica tiende a producir indebida restricción de la libre competencia:

- a) Cuando ha sido precedida de convenios privados entre las empresas con el fin de unificar e imponer los precios a los productores de materias primas o a los consumidores, o para distribuirse entre sí los mercados, o para limitar la producción, distribución o prestación del servicio;
- b) Cuando las condiciones de los correspondientes productos o servicios en el mercado sean tales que la fusión, consolidación o integración de las empresas que los producen o distribuyen pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de los competidores o de los consumidores”.

El desarrollo de lo que significa “indebida restricción de la competencia” trajo consigo un problema mayor debido a lo consignado en el literal b) del artículo citado, en el cual se establecía que se acreditaría la afectación a la competencia cuando las empresas concentradas fijan “precios inequitativos” a los productos que ofrecen. Dicha disposición generaba incertidumbre tanto a los agentes económicos como a la autoridad colombiana

de competencia, porque no existía definición legal ni autoridad que objetivamente pudiera establecer cuándo se estaba frente a un “precio inequitativo” (Miranda 2007: 46).

Por otro lado, mediante el Decreto 2153 de 1992 se dispuso que la autoridad colombiana de competencia debía aprobar sin condicionamientos aquellas operaciones de concentración que generaran eficiencias. Dicho precepto es conocido en materia de control de estructuras como la “excepción de eficiencia”, que tiene como antecedente lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado de Roma (también conocido como el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea) y fue recogida en el Decreto 2153 de la siguiente manera (Miranda 2007: 89):

“Artículo 51. Integración de empresas. El superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que pueden haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado” (Ministerio de Desarrollo Económico de Colombia 1992).

En otras palabras, dicha “excepción de eficiencia” implicaba que la autoridad nacional de competencia debía abstenerse de objetar una operación de concentración, sin tomar en cuenta la alta participación o cuota de mercado de la empresa integrada, cuando los interesados demostraban que los efectos que favorecían a los consumidores excedían el supuesto impacto negativo que podía causar sobre la competencia, o cuando el mercado externo o extranjero presentaba determinadas condiciones que garantizaban la libre competencia en el mercado nacional.

No obstante, la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 presentaban ciertas disposiciones deficientes que obligaron al legislador colombiano a actualizar el sistema de control de operaciones de concentración. Ello conllevó a que se emitiera la Ley 1340 de 24 de julio de 2009 que preserva preceptos como la “excepción de eficiencia”, pero erradicaba otros, como la referencia a “precios inequitativos” para determinar que una operación concentración está restringiendo de forma indebida la competencia, como veremos más adelante.

1.3. Autoridad nacional de competencia

En Colombia la autoridad nacional de competencia recae en una entidad administrativa adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico, denominada Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC). La SIC tiene facultades para iniciar investigaciones administrativas, imponer multas y adoptar decisiones administrativas en todo lo relacionado a la defensa de la competencia (Congreso de Colombia 2009).

En ese sentido, la SIC es la autoridad administrativa encargada de evaluar las operaciones de concentración, salvo que las empresas que participan en la concentración se encuentren por disposición legal vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, que será la entidad llamada a efectuar el control de concentraciones en esos casos.

1.4. Sistema de control de concentraciones

En la legislación colombiana, las operaciones de concentración se denominan integraciones empresariales y pueden comprender las fusiones, consolidaciones y/o adquisiciones que se realizan entre empresas que se dedican a la misma actividad económica o que participen en la misma cadena de valor. No obstante, la SIC es enfática al señalar en el documento denominado Concepto 00001365 de 2000 que resulta irrelevante la forma en que se lleve a cabo la operación de concentración, pues será calificada como tal aquella situación que origine que un único órgano de gestión dirija dos o más empresas que antes competían en el mercado (Miranda 2007: 94). En consecuencia, el control de operaciones de concentración en Colombia se aplica a cualquier negocio jurídico que genere concentraciones horizontales y verticales, siempre y cuando las empresas concentradas participen en el mercado colombiano siendo irrelevante si la operación de concentración se realiza en el exterior o si se trata de empresas extranjeras.

La Ley 1340 de 2000 dispone que una operación de concentración empresarial estará sujeta a control por parte de la SIC siempre que las empresas involucradas en la operación, individual o conjuntamente, hayan superado un determinado número de

ingresos operacionales o de activos, establecido por la SIC durante el año fiscal anterior a la operación.

La excepción a esa regla se da cuando la concentración involucra menos del 20% del mercado en el que las empresas involucradas realizan su actividad comercial. En esos casos, la operación no será objeto de evaluación por la SIC porque será aprobada de forma automática, pero esa circunstancia no exime a las empresas integradas de su deber de notificar a la autoridad de competencia la fusión empresarial que han realizado.

En cuanto al procedimiento, la norma señala que se inicia con la presentación de la solicitud de pre-evaluación, ante la SIC, por parte de las empresas que participan en la operación. Después de tres días, la autoridad debe ordenar la publicación de un anuncio sobre la celebración de la operación de concentración en un diario de circulación nacional, salvo que la SIC determine que no existe necesidad de informar la operación, a pedido expreso de las empresas que participan en la concentración, siempre que se justifique el riesgo al orden público que la publicación podría causar.

La finalidad de la publicación es que, dentro de los diez días siguientes, las personas y empresas interesadas brinden información que pueda ser útil al analizar la operación. Sin embargo, independientemente de que terceros brinden información, la SIC después de transcurridos 30 días desde la presentación de la solicitud de pre-evaluación, debe decidir si continúa el proceso de investigación o da por terminado el mismo por considerar que no existen riesgos sustanciales para la competencia.

Si se informa la continuación del procedimiento de investigación a las empresas involucradas y a los terceros interesados que forman parte del procedimiento, éstos tendrán como plazo 15 días para presentar a la SIC toda la información que se les requiera. Desde que se concluye esa etapa, la autoridad tiene tres meses para objetar o condicionar la operación de concentración de lo contrario se entenderá que ha sido autorizada. Si la operación de concentración es autorizada con determinadas condiciones que le son impuestas a las empresas involucradas en la fusión, la SIC tendrá el deber de supervisar periódicamente el cumplimiento de las mismas, y sancionar a las empresas que participan en la operación si es que no cumplen dichas condiciones.

Finalmente, se establece en la norma que la SIC tiene la facultad para ordenar la reversión de una operación de concentración cuando las empresas que participan de la misma no hayan informado sobre la intención de efectuarla o cuando la realicen antes de que culminen los plazos establecidos en el procedimiento de investigación de la operación.

1.5. Caso colombiano sobre una operación transfronteriza

En julio de 2012, las empresas Nestlé S.A. y Pfizer Inc. informaron a la SIC sobre la operación de concentración que pretendían realizar, la cual consistía en que Nestlé adquiriera el negocio global de nutrición infantil de Pfizer. Por medio de la resolución 20968 de 2013, la SIC determinó que la operación de concentración causaba una indebida restricción sobre la competencia debido a que el análisis que efectuó arrojó que: aumentaba significativamente nivel de participación de Nestlé en el mercado relevante, generaba una diferencia sustancial en comparación a sus inmediatos competidores, las empresas intervinientes conjuntamente aumentaban su posición de dominio, ampliaba el portafolio de Nestlé al poseer productos en diferentes rangos de precio, y se determinó la falta de capacidad de reacción de los consumidores para generar variaciones en el precio asignado al producto producido por las empresas concentradas.

Ante las conclusiones de la SIC, las empresas que participaban en la operación de concentración propusieron realizar condicionamientos estructurales con la finalidad de que ésta fuera aprobada por la autoridad administrativa. Dicho condicionamiento consistió en la desinversión y transferencia de la división de negocio de nutrición infantil de Pfizer a un tercero independiente que no tenga relación con Nestlé, el cual se haría cargo de la división en toda América Latina. La SIC aceptó la propuesta realizada por Pfizer y Nestlé; como consecuencia, autorizó la operación de concentración siempre que se cumpliera con la condición descrita (Superintendencia de Industria y Comercio 2013: 68, Resolución 20968).

Es importante señalar que la adquisición por parte de Nestlé de la línea de nutrición infantil de Pfizer constituye una operación de concentración con efectos globales que alcanzaba a diferentes Estados, como es el caso de aquellos que conforman la región andina, en los cuales indirectamente se ha aplicado la decisión tomada por la SIC.

2. Bolivia

2.1. Marco constitucional

Antes de desarrollar el marco actual constitucional boliviano, corresponde señalar que desde el año 1985, a través de la expedición del Decreto Supremo 21060, hasta antes de la dación de la Constitución Boliviana de 2010 el modelo económico que regía en Bolivia era el régimen de economía de mercado. Sin embargo, con la nueva Constitución Boliviana, a partir de 2010 se instauró un nuevo modelo económico llamado social, comunitario y económico, el cual según los constituyentes bolivianos es un modelo de transición antes de implementar un modelo socialista.

En este relativamente nuevo régimen económico, la Constitución Boliviana (2010) reconoce la iniciativa privada y la libertad de empresa en el siguiente artículo:

“Artículo 308. I. El Estado reconoce, respeta y protege la iniciativa privada, para que contribuya al desarrollo económico, social y fortalezca la independencia económica del país. II. Se garantiza la libertad de empresa y el pleno ejercicio de las actividades empresariales, que serán reguladas por la ley”.

Pero supedita la realización de la actividad empresarial privada a que ésta coadyuve a fortalecer la soberanía del país siempre que no genere la acumulación de riqueza en un solo agente económico. Esos condicionamientos impuestos a la actividad empresarial se pueden observar en la siguiente disposición constitucional:

“Artículo 312. I. Toda actividad económica debe contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país. No se permitirá la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la soberanía económica del Estado (...)”

Ese precepto legal, aunado al que establece la prohibición de monopolios y oligopolios: “Se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y

servicios” (Constitución Boliviana, Artículo 314) constituyen la justificación para que Bolivia cuente con un sistema de control de operaciones de concentración. Sin embargo, no se puede afirmar que el sistema boliviano de control de operaciones de concentración sea propiamente una manifestación del derecho de la competencia, dado que su Constitución no recoge el principio de libre competencia.

2.2. Desarrollo normativo

En cuanto al desarrollo normativo boliviano en materia de derecho de la competencia corresponde precisar que no cuenta con un cuerpo normativo que contemple tanto el control de conductas como el control de estructuras. Es así que el control de conductas se encuentra en el Decreto Supremo 29519 de 16 de abril de 2008, cuyo objetivo según la propia norma es regular la competencia y la defensa del consumidor frente a conductas lesivas que influyan negativamente en el mercado. Por lo tanto, el Decreto Supremo 29519 únicamente contiene disposiciones prohibitivas en lo referente al abuso de posición de dominio y a las prácticas colusorias, además de normas en materia de protección del consumidor. Resulta relevante señalar que antes de la expedición de la norma en mención, en Bolivia se aplicaba la Decisión 608 como normativa interna de competencia para regular el control de conductas.

Ahora bien, respecto del control de operaciones de concentración boliviano, debemos señalar que la primera norma que contiene una disposición sobre esa materia es la Ley del Sistema de Regulación Sectorial o Ley 1600 del 28 de octubre de 1994, cuyo objetivo se basaba en regular, controlar y supervisar aquellas actividades de los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes, aguas y las de otros sectores que se encuentre sometidos a regulación. Esa norma establecía en el primer párrafo del artículo 18: “Quedan prohibidas las fusiones de empresas y entidades competidoras sujetas a regulación bajo la presente ley, cuando las fusiones tengan como efecto establecer, promover y consolidar una posición dominante en algún mercado específico”. Asimismo, al igual que la legislación colombiana, recogía la “excepción de eficiencia” al disponer en el artículo 19 que “(...) podrán quedar excluidas de la prohibición establecida en el artículo 18 de esta ley, las fusiones que contribuyan a la mejora de la producción o distribución de bienes y servicios regulados o a promover el progreso técnico o económico, en beneficio de los consumidores y usuarios y que no

conlleven la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción afectada”. Por lo tanto, desde 1994 en el ordenamiento jurídico boliviano se prohíben las fusiones de empresas que operan dentro de los sectores regulados mencionados cuando consolidan una posición dominante en el mercado, salvo que se verifique que la operación de concentración beneficia a los consumidores o usuarios.

Sin embargo, dado que el modelo económico boliviano no es el mismo que se aplicaba cuando se expidió la Ley del Sistema de Regulación Sectorial, esa norma ha quedado sin efecto. Ello no quiere decir que el ordenamiento jurídico boliviano haya dejado de prohibir las fusiones empresariales en los sectores regulados, pues lo que ha sucedido es que ahora esa disposición prohibitiva se encuentra en cada una de las leyes que rigen los sectores regulados. Un ejemplo de ello, es la Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación o la Ley 164 de 8 de agosto de 2011 que establece en el artículo 61 numeral 3 lo siguiente:

“Artículo 61. Prohibiciones para los operadores y proveedores.

I. Son prohibiciones para los operadores y proveedores:

(...)

3.Las operaciones de concentración económica, cuyo objeto sea limitar, restringir, suprimir o distorsionar el ejercicio de la competencia o que pretendan el control o la exclusividad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación, a través de la toma de control de uno o varios proveedores u operadores, mediante fusiones o absorciones, adquisición de propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital, que otorguen al comprador el control sobre otro proveedor u operador o una capacidad de influenciar en sus decisiones; o que tengan vinculación por medio de directoras o directores, o consejeras o consejeros comunes”.

Sobre la base de lo expuesto se concluye que, si bien en el ordenamiento jurídico boliviano existen disposiciones generales que prohíben las concentraciones empresariales que afecten la competencia, no cuenta con una norma especial que desarrolle dicha disposición a través del establecimiento de reglas, condiciones y consecuencias a las que deben sujetarse los agentes económicos que participan en una operación de concentración dentro de un sector regulado. Por lo tanto, no es posible hablar de un sistema boliviano de control de concentraciones.

2.3. Autoridad Nacional de Competencia

En Bolivia, la Autoridad de Fiscalización de Empresas, a través de la Dirección Técnica de Defensa de la Competencia y Desarrollo Normativo, es el ente encargado de regular la actividad empresarial. Esa entidad de la Administración Pública tiene facultades para observar las denuncias por actos anticompetitivos referidos al abuso de posición de dominio y a prácticas colusorias, que se formulen contra determinadas empresas.

En cuanto al ente encargado de efectuar el control de operaciones de concentración, dependerá del sector en que los agentes económicos que pretenden fusionarse desempeñan su actividad empresarial. Así el control de estructuras podría realizarlo cualquiera de las Autoridades de Fiscalización y Control Social según el sector regulado en el que operan las empresas que van a concentrarse. Sobre esas autoridades de fiscalización y control social se debe tener en cuenta que son instituciones públicas técnicas y operativas, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independencia administrativa, financiera, legal y técnica, supeditadas al ministerio que corresponda según su sector.

3. Ecuador

3.1. Marco Constitucional

Para efectos de estudiar el marco constitucional ecuatoriano en materia de defensa de la competencia, en primer lugar, se debe tener en cuenta que el régimen económico que adopta la Constitución de la República del Ecuador de 2008 se basa en un sistema económico social y solidario.

“Artículo 283. El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que

la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios”.

Ello implica que el Estado posee una mayor capacidad de regular, controlar e intervenir en la economía. No obstante, consagra ciertos principios propios del modelo de economía de mercado, como es el principio de libertad de empresa y de propiedad privada, los cuales tienen la categoría de derechos fundamentales, conforme se puede observar de la siguiente norma constitucional:

“Artículo 66: Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. (...) 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”.

En consecuencia, los agentes económicos tienen la posibilidad de concurrir en el mercado ecuatoriano siempre y cuando desempeñen sus actividades empresariales con responsabilidad social. Esto significa que existen limitaciones subjetivas que, en nombre de la responsabilidad social, el Estado puede imponer a la actividad empresarial privada que se realiza en el Ecuador.

Asimismo, corresponde indicar que la Constitución Ecuatoriana, entre los objetivos de su política comercial, señala que el Estado debe evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas que afecten el funcionamiento de los mercados.

“Artículo 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos: (...) 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”

Por lo tanto, en el Ecuador, a diferencia de lo que establece la Constitución Boliviana, no se prohíbe per se los monopolios y los oligopolios, sino las prácticas que devengan de este tipo de estructuras de mercados y siempre que afecten su funcionamiento.

Finalmente, respecto de la Constitución Ecuatoriana se debe indicar que, si bien no recoge expresamente el principio de libre competencia, éste se encuentra implícito en la siguiente disposición constitucional:

“Artículo 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y **fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades**, lo que se definirá mediante ley”.

Es así que los preceptos constitucionales citados constituyen los cimientos para la elaboración de una norma ecuatoriana en materia de defensa la competencia, que contemple tanto el control de conductas como el control de estructuras.

3.2. Desarrollo normativo

El marco constitucional que posee la República del Ecuador en materia de defensa de la competencia le permite contar con un sistema de control de operaciones de concentración, el cual ha sido instaurado a través de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado que se promulgó el 13 de octubre de 2011, que también regula el control de conductas, esto es, el abuso de posición de dominio y los acuerdos colusorios restrictivos de la competencia, así como los actos y prácticas desleales.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado es la primera norma ecuatoriana que desarrolla disposiciones relacionadas con la defensa de la competencia. Antes de esa ley, en el Ecuador únicamente se ejercía el control de conductas a través de la aplicación de la Decisión 608, denominada “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, la cual se utilizaba como una normativa interna al igual que en Bolivia, debido a que ambos países no contaban con una ley nacional en esa materia.

En ese sentido, según lo dispuesto en el artículo 1 de la ley bajo mención, su objetivo es buscar la eficiencia de los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores. Para ello, establece como mandatos principales de la ley: (a) Evitar,

prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; (b) Prevenir, prohibir y sancionar los acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; (c) Control y regulación de las operaciones de concentración económica; y (d) Prevenir, prohibir y sancionar las prácticas desleales. De los cuales, resulta relevante para este trabajo el mandato que establece el control de las operaciones de concentración económica, en el que nos centraremos más adelante.

3.3. Autoridad Nacional de Competencia

Según lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, la entidad de la Administración Pública que debe velar por el cumplimiento de las disposiciones que contiene es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la cual es un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa. Por consiguiente, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado es la autoridad ecuatoriana encargada de velar por la defensa de la competencia.

3.4. Sistema de control de concentraciones

De acuerdo a lo señalado en los párrafos que anteceden, el sistema ecuatoriano de control de operaciones de concentración se erige sobre la base de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado. Esa norma explica qué se debe entender por una operación de concentración empresarial, definiéndola como aquel cambio o toma de control de una o varias empresas a través de actos tales como fusiones, la transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante (entiéndase por “efectos de un comerciante”, la venta de activos y/o pasivos), la adquisición directa o indirecta de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participación de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, la vinculación mediante administración común, y cualquier otro acuerdo que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.

Seguidamente, la norma ecuatoriana impone un deber a todos aquellos agentes económicos que participen en cualquier tipo de acuerdo que calce dentro de la definición de operación de concentración, el cual es informar a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (en adelante, la Superintendencia) sobre la operación que se pretende realizar, a ello se le conoce como procedimiento de notificación de concentración empresarial. Ese deber de notificar será inexcusable en los casos que las operaciones de concentración superen el volumen de negocio determinado por la Junta de Regulación (Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad 2016), o cuando la concentración se dé entre empresas que concurren en el mismo mercado y que en conjunto posean una cuota de mercado superior al 30%. Sobre los plazos, se ha establecido que una vez recibido la notificación, la Superintendencia tiene 60 días para decidir si autoriza la operación, establece condiciones para su aprobación, o la deniega.

Asimismo, la norma otorga facultades a la Superintendencia de requerir a las empresas involucradas en una operación de concentración que efectúen el procedimiento de notificación, incluso cuando no se encuentran dentro de los supuestos señalados en el párrafo anterior. Ello no sucede en aquellos casos en que las operaciones de concentración implican la adquisición de acciones sin derecho a voto, o la adquisición de empresas liquidadas o que no hayan registrado actividad en territorio ecuatoriano en los últimos tres años; toda vez que, bajo esos supuestos, las empresas se encuentran exentas del deber de notificar la operación de concentración empresarial.

Un punto resaltante en la legislación ecuatoriana es la enumeración de los criterios que la autoridad administrativa, esto es, la Superintendencia, debe tomar en cuenta para evaluar una operación de concentración. En ese sentido, el legislador ecuatoriano exige a la Superintendencia que las decisiones tras evaluar operaciones de concentración empresarial, se fundamenten en alguno de los siguientes criterios: el estado de la competencia en el mercado relevante, la necesidad de mantener la concurrencia de empresas en el mercado, si la concentración va a devenir en la generación o fortalecimiento del poder de mercado de las empresas involucradas en la operación, si la operación puede producir la disminución, distorsión u obstaculización de la competencia, y finalmente se deben identificar las contribuciones que podría aportar la operación de concentración. De esta manera, la norma en mención restringe la facultad discrecional que la Superintendencia podría adoptar al tener que decidir sobre operaciones de

concentración que han sido sometidas a evaluación, y le establece parámetros que debe considerar para fundamentar las decisiones que le corresponde emitir en materia de defensa de la competencia.

4. Perú

4.1. Marco Constitucional

La Constitución Política del Perú de 1993, adopta un modelo de economía social de mercado, el cual se rige por una serie de principios económicos, como la libre iniciativa privada (Artículo 58), el pluralismo económico (Artículo 60), la actividad subsidiaria del Estado, y la libre competencia. Siendo este último principio en el que nos detendremos, debido a que resulta central en la materia que estamos tratando, ya que sobre este se establece:

“Artículo 61.- 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. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

Por lo tanto, sobre la base de dicho precepto se configura el marco constitucional necesario para la elaboración de normativas peruanas en materia de defensa de la competencia.

4.2. Desarrollo normativo

En cuanto al desarrollo normativo en el Perú, corresponde indicar que actualmente se encuentra vigente una legislación en materia de defensa de competencia denominada Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que fue aprobada por el Decreto Legislativo 1034, la cual únicamente contiene disposiciones referentes al control de conductas, esto es, abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias.

No por ello, se puede afirmar que el Perú no cuenta con una norma sobre control de operaciones de concentración, pues sí posee una legislación en dicha materia que sólo es aplicable en el sector eléctrico. Esa norma legal es la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley 26876, que se encuentra vigente desde 1997 y que además tiene su propio reglamento, que fue aprobado por Decreto Supremo 017-98-ITINCI.

4.3. Autoridad Nacional de Competencia

La autoridad peruana de competencia es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), el cual constituye un organismo público especializado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, que posee personería jurídica de derecho interno público y, por lo tanto, goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa (Indecopi 2016).

Asimismo, se debe precisar que el órgano al interior del Indecopi que se debe encargar del cumplimiento de la Ley de la Represión de Conductas Anticompetitivas y de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, es la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, la cual goza autonomía técnica y funcional.

4.4. Sistema de Control de Concentraciones

De acuerdo a lo manifestado, el Perú únicamente cuenta con un sistema de control de concentraciones en el sector eléctrico. En este sector regulado sólo las operaciones de concentración que se producen en las actividades de generación, transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se encuentran sujetas a un procedimiento de evaluación realizado por el Indecopi, siempre que las empresas que participan en una concentración horizontal posean, en conjunto o individualmente, un porcentaje igual o mayor al 15%; o cuando en el marco de una concentración vertical alguna de las empresas que participan posea, antes o después de la realización de la operación, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados.

Es importante tener en cuenta que esa obligación resulta aplicable no sólo a aquellas operaciones de concentración que se realicen en territorio peruano, sino también a aquellas que se realizan en el extranjero siempre y cuando una de las empresas involucradas desarrolle actividades de generación, distribución y/o transmisión de energía eléctrica dentro del territorio peruano.

Respecto del procedimiento se observa que la notificación se debe efectuar antes de concretarse la operación de concentración, tras lo cual el Indecopi debe decidir si: (i) declara improcedente la solicitud por no encontrarse la operación dentro del ámbito de aplicación de la norma; (ii) autoriza la operación; o (iii) amplía el plazo de investigación. De optar por la última opción, el Indecopi podrá requerir mayor información a las empresas que participan en la operación para poder arribar a una decisión.

Resulta relevante señalar que, si la autoridad administrativa no se pronuncia dentro del plazo establecido en la ley, se configurará el silencio administrativo negativo. Eso significa que se deberá dar por denegada la solicitud de autorización para la celebración de la operación de concentración por considerarse que no es compatible con el mercado.

Ahora bien, en cuanto a los criterios para establecer si una operación de concentración en el sector eléctrico peruano debe o no autorizarse, el Reglamento refiere que se deberá tomar en cuenta la posición de las empresas participantes en el mercado, la delimitación y estructura del mercado relevante, las posibilidades de elección de proveedores, distribuidores y usuarios, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos de acceso al mercado, la evolución de la oferta y la demanda, la evolución del progreso técnico o económico, la perspectiva de integración con otros mercados, y el efecto de la operación en los distintos mercados relevantes en el corto y largo plazo. Asimismo, refiere que la evaluación debe comprender las contribuciones que puede aportar la concentración a la mejora de los sistemas de producción y comercialización, al progreso técnico y económico, y a los intereses de los usuarios; así como las eficiencias que puede crear dentro del mercado y si ello resulta suficiente para contrarrestar los efectos restrictivos. Por último, la autoridad administrativa debe evaluar si la operación aumenta la concentración del mercado y si facilita la realización de prácticas colusorias y restrictivas de la competencia.

Por consiguiente, se observa que el régimen peruano de control de operaciones de concentración del sector eléctrico, al igual que la legislación ecuatoriana, restringe el actuar discrecional de la autoridad nacional de competencia, al establecer una serie de criterios que debe tomar en cuenta al evaluar si debe o no aprobar una operación de concentración, lo cual constituye un ejercicio loable por parte del legislador peruano.

4.5. Propuesta legislativa sobre control de concentraciones

En este punto, nos centraremos en analizar el Proyecto de Ley 972/2011-CR mediante el cual se propone un régimen general de control de operaciones de concentración aplicable indistintamente a todos los sectores del mercado.

En primer lugar, el mencionado proyecto de ley establece el volumen de negocio individual o en conjunto de las empresas que participan en la operación de concentración, como único parámetro para establecer cuándo se encuentran obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación. Además, como presupuesto general establece que las operaciones de concentración empresarial no deben ser autorizadas cuando generen o puedan generar una disminución sustancial de la competencia efectiva, salvo que demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen dichos efectos restrictivos.

De aprobarse este proyecto de ley, el procedimiento administrativo se iniciaría con la notificación que remita al Indecopi los agentes económicos que participan de la concentración. El proyecto de ley no exige que la notificación se efectúe antes de que se celebre la concentración, pues indica que el plazo para notificar es de diez días contados a partir de que se concluyó el contrato o acuerdo, del anuncio de la oferta pública de adquisición, o de la adquisición de una participación de control.

Paso seguido, el Indecopi debe verificar el contenido de la notificación para poder pronunciarse sobre la suficiencia o insuficiencia de la información contenida en ésta. Posteriormente, la autoridad tendría 30 días para pronunciarse sobre la solicitud de autorización de la operación de concentración, tras lo cual debe decidir si la aprueba, la deniega o establece que debe continuar la evaluación. El punto resaltante en este proyecto de ley es que, a diferencia de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector

Eléctrico, opera el silencio administrativo positivo. Es decir que si la autoridad administrativa no se pronuncia dentro del plazo establecido en la norma se debe dar por autorizada la operación de concentración.

Si se opta por continuar con la evaluación se amplía el plazo de la investigación, con la finalidad de que el Indecopi pueda solicitar más información a las empresas involucradas en la operación de concentración y, de esa manera, efectúe un mayor análisis sobre las consecuencias que dicha concentración puede generar en el mercado. Concluida esta segunda etapa, la autoridad administrativa deberá decidir si autoriza la concentración, la autoriza bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, o la deniega.

5. Evaluación del control de concentraciones en los Países Miembros de la CAN

Para tener una visión general sobre el desarrollo del control de concentraciones en los Estados que conforman la CAN, se debe empezar por reconocer la disparidad que actualmente existen en los modelos económicos que acoge cada uno de los países andinos. Así, por un lado, están Colombia y el Perú que son más afines a una economía de mercado, y por el otro lado, está Bolivia y el Ecuador cuyo modelo económico aspira a ser de carácter socialista. Bajo esa perspectiva, debemos preguntarnos si esa disparidad en los regímenes económicos constituye un óbice para el desarrollo de una normativa regional en materia de defensa de la competencia.

Nuestra opinión es que esa diferencia no constituye un obstáculo, pues si bien existen diferencias sustanciales respecto del grado de intervención que el Estado debe tener en la economía de cada País Miembro, lo cierto es que todos los países andinos reconocen principios económicos fundamentales como es la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libre competencia. Incluso en Bolivia donde no ha sido reconocida explícitamente la libre competencia en su Constitución, resulta evidente que este principio informa su ordenamiento jurídico dado que se hace referencia expresa a la defensa de la competencia cuando se menciona el objeto del Decreto Supremo 29519, que es justamente regular la competencia y la defensa del consumidor. El reconocimiento de esos principios genera un escenario en el cual resulta factible la elaboración de una normativa regional sobre control de operaciones de concentración, toda vez que da el marco jurídico para que sea aplicable en cada uno de los Países Miembros.

Otro punto que rescatamos es que todos los Países Miembros de la CAN cuentan con una entidad de la Administración Pública que actúa como autoridad nacional de competencia. Ello resulta positivo si, en el marco de una normativa regional sobre control de operaciones de concentración, se pretende formar una organización regional enfocada a la defensa de la competencia. No obstante, se debe proponer como objetivo al interior de cada uno de los países andinos, la elaboración de instrumentos legales que permitan a las autoridades nacionales de competencia desempeñarse con autonomía e independencia, y que sus pronunciamientos respondan a una discrecionalidad técnica y objetiva.

Hasta ahora hemos señalado los puntos positivos que tienen los Estados Miembros de la CAN, por lo que en adelante nos pronunciaremos sobre las disimilitudes que presentan los Países Andinos en relación al control de operaciones de concentración. En primer lugar, resalta el hecho que Colombia y el Ecuador son los únicos Estados Miembros que cuentan con un régimen general de control operaciones de concentración, mientras que el Perú y Bolivia únicamente cuentan con disposiciones sobre control de operaciones de concentración aplicables a sectores regulados. Esa circunstancia deja en evidencia el grado de resistencia o rechazo, a contar con un sistema general de control de concentraciones que afrontan los dos últimos Estados mencionados, y obliga a preguntarnos cuán viable sería proponer un régimen andino de control de concentraciones en Países que no cuentan con una normativa interna en esa materia.

Más aún, si actualmente están surgiendo situaciones como las descritas en el caso Nestlé / Pfizer, donde una operación de concentración ha generado efectos trascendentes en una variedad de Estados, incluidos los Países Miembros de la CAN, que pasan desapercibidos en la mitad de estos, donde ha repercutido la decisión tomada por la SIC de Colombia respecto de dicha operación, sin que eso cause mayor sobresalto.

Por lo tanto, si en la actualidad concurren en su mayoría los mismos agentes económicos en los mercados de cada uno de los Países Miembros de la CAN, los cuales tienen la tendencia a fusionarse entre sí, y por otro lado, existe una aversión a que se promulgue una norma que regule el control de concentraciones empresariales por fundados temores en que este tipo de regulación se aplique arbitrariamente y conlleve al establecimiento de

medidas que resulten ineficientes o innecesarias, nos corresponde examinar cómo plantear una legislación regional sobre control de concentraciones, de manera que disminuya o evite los efectos adversos que pueden generar una fusión a la competencia, y que genere suficiente confianza en los detractores a este sistema, de manera tal que demuestre que contiene preceptos eficaces que puedan aplicarse en el mercado andino.



CAPÍTULO III

PROBLEMAS QUE HAN SURGIDO EN LOS SISTEMAS SUPRANACIONALES DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

Sobre la base de lo manifestado en el capítulo anterior, si nuestro propósito es contar con una legislación andina sobre control de operaciones de concentración que sea ampliamente aceptada por los Países Miembros de la CAN, resulta necesario que ésta sea elaborada previo análisis de los principales problemas que se han presentado en los procesos de integración que ya cuentan con un sistema regional sobre control de concentraciones, y de la forma en que estas dificultades han sido o deberían ser superadas. Ese es el modo en que se reducen las posibilidades de promulgar una legislación supranacional formada con disposiciones inaplicables o ineficientes que, en vez de promover de forma efectiva la defensa de la competencia en la región andina, resulte perjudicando la misma. Por eso, este capítulo tiene como objeto estudiar aquellos problemas que se han generado al aplicarse disposiciones supranacionales en materia de control de concentración, así como los remedios que se han aplicado, dado que esa información resulta trascendental si se pretende producir una legislación supranacional cuya aplicación sea respetada por cada uno de los Estados que conforman la región andina.

En atención a lo señalado, trataremos el principal punto crítico de toda legislación supranacional sobre control de concentraciones, esto es, la determinación de la jurisdicción del órgano supranacional. Este tema ha sido mencionado de forma tangencial en el primer capítulo, a través del desarrollo de algunos casos emblemáticos en los que se ha dejado en evidencia que la fijación de la jurisdicción resulta elemental para las empresas que pretenden participar de una operación de concentración, ya que normas claras que delimitan jurisdicción permiten a las empresas saber si la operación en la que participan debe ser evaluada por el órgano supranacional o por la autoridad nacional de competencia.

Por lo tanto, la delimitación de la jurisdicción constituye el punto neurálgico de una norma supranacional de control de concentraciones, pues de ello dependerá su efectividad. Por ello, nos centraremos en analizar y determinar las contingencias que se pueden presentar

cuando se establecen determinadas reglas para delimitar jurisdicción dentro de una norma supranacional. Para ello, se hará un estudio de las normas que se han desarrollado en otros procesos de integración, las dificultades que se han presentado y las recomendaciones que se han formulado, las cuales se deberán tomar en cuenta para implementar un régimen andino de control de operaciones de concentración.

No obstante, la delimitación de jurisdicción no será el único problema que se analizará en el presente capítulo, ya que también se estudiará otro tema fundamental dentro de los sistemas de control de concentración, el cual radica en la evaluación o determinación del efecto que puede causar la operación y los criterios que se deben adoptar para que ésta sea aprobada, condicionada o denegada por la autoridad supranacional.

1. Atribución de jurisdicción: Establecimiento de las condiciones para que una operación de concentración sea evaluada por el organismo supranacional

En este acápite se estudiará la forma en que se atribuye jurisdicción dentro de un sistema supranacional de control de operaciones de concentración, para ello se tomará en cuenta lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea (UE) y del Mercado Común de África Oriental y Meridional (Comesa, por sus siglas en inglés). Ello permitirá observar los aspectos positivos y las contingencias que han surgido en los procesos de integración mencionados, lo que a su vez ayudará a evaluar qué disposiciones deben ser recogidas en la normativa supranacional andina, teniendo en cuenta las recomendaciones de instituciones internacionales, como la Red Internacional de Competencia (ICN, por sus siglas en inglés) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

1.1. Delimitación de la jurisdicción en la Unión Europea

En el sistema de control de operaciones de concentración de la Unión Europea únicamente se encuentran sujetas a evaluación por la autoridad supranacional, aquellas operaciones que implican una modificación sustancial en la estructura del mercado, según lo dispuesto en los diferentes reglamentos que han emitido con el transcurrir del tiempo sobre esa materia, y que se enumeran a continuación:

- Reglamento (CEE) 4064/89 de 21 de diciembre de 1989, que entró en vigor el 21 de septiembre de 1990 (Consejo de la Unión Europea 1989).
- Reglamento (CE) 1310/97 de 30 de junio de 1997, que modifica el Reglamento (CEE) N° 4064/89 (Consejo de la Unión Europea 1997).
- Reglamento (CE) 139/2004 de 20 de enero de 2004, denominado Reglamento comunitario de concentraciones (Consejo de la Unión Europea 2004).

Dichos reglamentos, a pesar de haber sido expedidos en diferentes momentos, han adoptado el principio de ventanilla única, que resulta fundamental en la elaboración de cualquier sistema supranacional de control de concentraciones, ya que exige que se otorgue jurisdicción exclusiva al órgano supranacional de competencia (esto es, la Comisión Europea) sobre la base de determinados parámetros, mediante los que se limita la actuación de las autoridades nacionales de competencia bajo la justificación de que se trata de operaciones de concentración de “dimensión comunitaria”.

De este modo, el legislador comunitario señaló en el primer reglamento que expidió sobre la materia, que se debía “definir el ámbito de aplicación (...) en función de la extensión geográfica de la actividad de las empresas afectadas y limitarlo mediante umbrales cuantitativos a fin de abarcar las operaciones de concentración que revistan una dimensión comunitaria” (Consejo de la Unión Europea 2004), lo cual se puede apreciar en el siguiente cuadro que resume el ámbito de aplicación establecido en los reglamentos mencionados:

Reglamentos	Supuestos en los que una concentración tendrá dimensión comunitaria:
4064/89	<p>a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, de todas las empresas afectadas supere los 5 000 millones de ecus (se debe entender por ecus, la Unidad Monetaria Europea que fue utilizada como unidad de cambio con propósitos monetarios antes de la existencia del EURO), y</p> <p>b) el volumen de negocios total, en la Comunidad, de por lo menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere 250 millones de ecus, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad, en un mismo Estado Miembro.</p>
1310/97	<p>a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 2 500 millones de ecus;</p> <p>b) el volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas en cada uno de al menos tres Estados Miembros supere los 100 millones de</p>

	<p>ecus;</p> <p>c) al menos en los tres Estados Miembros incluidos a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 25 millones de ecus; y</p> <p>d) el volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere 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.</p>
139/2004	<p>2. Una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando:</p> <p>a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5 000 millones de euros, y</p> <p>b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado Miembro.</p> <p>3. Una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando:</p> <p>a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2 500 millones de euros;</p> <p>b) en al menos tres Estados Miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados Miembros;</p> <p>c) en al menos tres Estados Miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados Miembros, y</p> <p>d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado Miembro</p>

De acuerdo a lo manifestado, la Comisión Europea tiene jurisdicción para evaluar la operación de concentración cuando es de “dimensión comunitaria”. Dicha “dimensión comunitaria” se define a través de dos factores: el umbral de notificación y el área geográfica.

El primer factor es el umbral de notificación, que se establece sobre la base del “volumen de negocios total” de las empresas que participan en la operación de concentración.

Según el artículo 5 apartado 1 del Reglamento (CE) N° 139/2004, para calcular el volumen de negocios total se debe incluir los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios de las empresas participantes correspondiente a sus actividades ordinarias durante el último ejercicio, previa deducción de los descuentos sobre ventas, del impuesto sobre el valor añadido y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios (Consejo de la Unión Europea 2004).

Ese volumen de negocios, según lo establecido en el Reglamento, debe sobrepasar cierto nivel para que la operación sea considerada de dimensión comunitaria, a eso se le conoce como umbral de notificación y se utiliza como un factor para determinar si una operación de concentración es de dimensión comunitaria, así se puede apreciar en el cuadro precedente, el cual contiene los diferentes umbrales basados en el volumen de negocios total de las empresas que participan en la operación de concentración.

El segundo factor es el área geográfica, está directamente relacionado con el lugar donde las empresas involucradas en la operación realizan su actividad comercial, es decir, la zona geográfica sobre la cual la Unión Europea tiene dominio. La relevancia de este factor se puede observar con mayor detalle en el primer reglamento europeo, el cual contenía una serie de reglas para determinar si una operación de concentración era por el ámbito geográfico de dimensión comunitaria. Esas reglas indicaban que una operación de concentración empresarial era de dimensión comunitaria cuando:

- a. Las empresas que participaban en una operación de concentración realizaban su actividad en el mismo Estado Miembro, y una de ellas también desarrollaba su principal actividad en otro Estado Miembro.
- b. Dos empresas afectadas desarrollaban su principal actividad en un Estado Miembro, y una de ellas realizaba actividades sustanciales en otro u otros Estados Miembros.
- c. Las empresas que participaban en la operación desarrollaban actividades sustanciales en alguno de los Estados Miembros, a pesar de que ninguna de esas empresas realizaba su principal actividad comercial en estos.

Los dos factores establecidos en la legislación europea constituyen la forma más adecuada de delimitar jurisdicción, sin embargo, pese a que se han realizado ajustes al

volumen de negocio utilizado como umbral de notificación, persisten en la Unión Europea algunos problemas referentes a la asignación de jurisdicción. Ello se debe a que se presentan diversas operaciones de concentración con efectos significativos en varios Estados Miembros que no pasan los umbrales de notificación establecidos en la norma, lo cual impide a la Comisión Europea evaluar la operación, a pesar de la trascendencia que puede tener en el mercado común. Por ello, la Comisión Europea en muchas ocasiones no tiene jurisdicción para examinar una operación de concentración, por lo que termina siendo evaluada por cada una de las agencias nacionales de competencia donde surte efectos, debido a que las empresas han realizado la notificación múltiple para informar la celebración de la operación de concentración en la que están involucradas.

Para evitar la notificación múltiple, la normativa europea contempla la posibilidad que la notificación de las operaciones de concentración sea remitida a la Comisión Europea por las autoridades nacionales de competencia de los Estados Miembros, y viceversa. Esto sirve como mecanismo corrector ante aquellas operaciones que no cumplen los umbrales basados en el volumen de negocio y que, por ende, no son consideradas de dimensión comunitaria pero que dada la magnitud de sus efectos deben ser evaluadas por la Comisión; y también para que aquellas operaciones que aparentemente son de dimensión comunitaria pero no generan efectos adversos en más de un Estado Miembro, puedan ser evaluadas directamente por la autoridad nacional de competencia del país donde va a surtir efectos la operación de concentración.

Esta posibilidad de remisión de casos por parte de las agencias nacionales de competencia a la Comisión es llamada cláusula holandesa, porque fueron los Países Bajos los que promovieron su inclusión en el Reglamento de 1989, debido a que no disponían de un sistema nacional de control de concentraciones cuando entró en vigencia ese Reglamento. Asimismo, la posibilidad que tiene la Comisión de remitir la notificación de operación de concentración a las autoridades nacionales de competencia es conocida como cláusula alemana, puesto que fueron las autoridades de Alemania las que impulsaron su inserción en el Reglamento de control de concentraciones.

Un caso que ejemplifica lo manifestado es el proceso seguido, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por la empresa Cableuropa S.A. y otras, contra la Comisión Europea, apoyada por el Reino de España y las empresas Sogecable S.A., Telefónica de

Contenidos y DTS Distribuidora de Televisión Digital, cuyo objeto era la anulación de la Decisión de la Comisión de 14 de agosto de 2002 (Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea 2003).

Este caso se inicia con la notificación que se remite a la Comisión Europea en la que se pone en conocimiento que las empresas Sogecable y Grupo Admira Media (actualmente Telefónica de Medios) iban a celebrar un acuerdo en el que la última empresa mencionada transfería, mediante un intercambio de acciones, la empresa DTS Distribuidora de Televisión Digital que estaba bajo su control, a la empresa Sogecable, así como los derechos de retransmisión de los encuentros de fútbol de la primera y segunda división de la Liga Española de Fútbol y de otros acontecimientos deportivos.

La Comisión Europea procedió a publicar la notificación de la operación de concentración descrita (o del asunto), lo cual trajo como consecuencia que el Gobierno Español solicitara a la Comisión la remisión del asunto debido a que dicha operación amenazaba con crear una posición dominante que podría afectar la competencia en varios sectores del mercado español. Ante lo cual, la Comisión Europea aceptó y remitió el asunto a las autoridades competentes de España al considerar que, si bien diferentes sectores del mercado resultaban afectados por la operación de concentración (el mercado de la televisión de pago, el mercado de los derechos de retransmisión y el mercado de telecomunicaciones) esta afectación era de dimensión nacional.

Resulta relevante agregar que la Comisión Europea decidió remitir la notificación de la operación de concentración a la autoridad española de competencia, debido a que no se había cumplido con uno de los factores (ámbito geográfico) para establecer que se estaba frente a una operación de concentración de dimensión comunitaria. En ese sentido, refirió que el mercado de la televisión de pago posee fronteras lingüísticas o nacionales, por lo que la explotación televisiva se desarrolla básicamente en mercados nacionales, y una figura similar se genera dentro del mercado de acceso a internet que en ese entonces por motivos tecnológicos necesitaba número de teléfonos locales para su funcionamiento y se encontraba sujeta a la normativa regulatoria nacional.

Esa Decisión de la Comisión fue impugnada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la empresa Cableuropa y otras empresas, las cuales basaron sus

argumentos de defensa en que se había acreditado la dimensión comunitaria de la operación, debido a que las empresas que participaban de la operación de concentración tenían fuerte implantación en la zona europea, dado que los mercados de telecomunicaciones superan las fronteras, como sucede con la televisión por pago y las redes de internet que no son nacionales, y porque supuestamente los derechos audiovisuales tienen mayor dimensión transfronteriza.

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respaldó la Decisión de la Comisión y desestimó los recursos presentados en su contra, pues consideró que se había demostrado que la dimensión geográfica de la operación de concentración resultaba ser de ámbito nacional y que la remisión a la autoridad española de competencia permitiría preservar o restablecer una competencia efectiva en los mercados afectados.

Un ejemplo de la situación contraria, esto es, donde se ha aplicado la llamada cláusula holandesa, es la operación de concentración (Comisión Europea 2003) que se da cuando la empresa General Electric, a través de su subsidiaria General Electric Aircraft Engines, adquiere el control exclusivo del negocio de “ensayos no destructivos” de la empresa Agfa-Gevaert N.V. de Bélgica. Los ensayos no destructivos son una herramienta utilizada en el control de calidad de materiales, equipos, piezas o partes, que permiten ahorrar costes y tiempos de inspección ya que se basa en técnicas no invasivas para detectar defectos superficiales e internos en materiales compuestos y metálicos. Dicha operación de concentración no era de dimensión comunitaria, debido a que el volumen de negocios de General Electric era menor al fijado en el Reglamento Europeo, por lo que fue notificada a las autoridades nacionales de competencia de los países en los que tendría efecto la operación.

Sin embargo, la operación terminó siendo evaluada por la Comisión Europea, debido a que recibió una solicitud de remisión por parte de la autoridad de competencia Alemania, a la cual se sumaron solicitudes de remisión de Austria, Grecia, Irlanda, España, Portugal e Italia, para que la operación sea evaluada por la Comisión, debido a que podía crear o reforzar una posición de dominio y afectar el comercio dentro del mercado en el que desarrollaba su actividad. No obstante, la Comisión luego de efectuar el análisis, determinó que la operación de concentración resultaba compatible con el mercado al

considerar que los compromisos asumidos por General Electric en el marco del procedimiento de evaluación de la operación, eliminaban cualquier duda sobre los efectos negativos que podía causar al mercado común (Comisión Europea 2004).

En conclusión, dentro del sistema europeo de control de concentraciones como regla general la Comisión Europea tendrá jurisdicción siempre que la operación de concentración tenga dimensión comunitaria, para ello se requerirá que concurren dos factores: el umbral de notificación y el ámbito geográfico. Sin embargo, se ha implementado una excepción a dicha regla, a través de los mecanismos de remisión que permiten atribuir jurisdicción a la Comisión para que evalúe aquellas operaciones de concentración que no han superado la valla para ser considerada de dimensión comunitaria, pero que pueden afectar la competencia en el mercado comunitario, así como el caso contrario.

1.2. Delimitación de jurisdicción en Comesa

Comesa es una organización supranacional conformada por los siguientes Estados: Burundi, Comoras, República Democrática del Congo, Djibouti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Kenia, Madagascar, Malawi, República de Mauricio, Namibia, Ruanda, Seychelles, Sudán, Reino de Suazilandia, Uganda, Zambia y Zimbabue, tiene al igual que la Unión Europea un sistema de control de operaciones de concentración, cuyas reglas se encuentran establecidas en los siguientes documentos:

- Reglamento de Competencia de Comesa, de diciembre de 2004.
- Directrices sobre la Evaluación de las Operaciones de Concentración, de agosto de 2014 (Comesa 2014).

Las normativas señaladas establecen que la Comisión de Competencia de Comesa (CCC) tendrá jurisdicción para evaluar una operación de concentración cuando ésta sea de dimensión regional, cause efectos apreciables en el comercio y restrinja la competencia.

Sin embargo, lo primero que salta a la luz de este sistema supranacional es que no se basa en el principio de ventanilla única, pues las disposiciones en materia de jurisdicción

del Reglamento no otorgan jurisdicción exclusiva a la Comisión de Competencia de Comesa para que evalúe las operaciones de concentración de dimensión regional, sino que hacen referencia a una “jurisdicción primaria” (Comesa 2014: Artículo 3), sin explicar ni precisar qué se debe entender por ella.

Dicha circunstancia ha generado controversias en algunos Estados Miembros, como es el caso de Kenia, cuya autoridad nacional de competencia ha realizado su propia interpretación de lo que implica la jurisdicción primaria. Sobre la base de dicha disposición, en Kenia se ha llegado a la conclusión que el hecho que el Reglamento le otorgue jurisdicción primaria a la Comisión, no significa que tenga jurisdicción exclusiva para evaluar operaciones de concentración que sean calificadas de dimensión regional. Por lo tanto, considera que la autoridad nacional de competencia tiene plena facultad de poder aplicar las normas nacionales de control de concentraciones a aquellas operaciones que afecten su mercado, sin importar que se encuentren bajo evaluación por la Comisión de Competencia de Comesa (Wagener 2014: 195-196).

En consecuencia, constituye un gran inconveniente que el Reglamento no haya establecido claramente que la Comisión de Competencia de Comesa tiene jurisdicción exclusiva para evaluar operaciones de concentración de dimensión regional, pues, si la interpretación realizada por la autoridad de competencia keniana es acogida por otros Estados Miembros de Comesa se podría originar un sistema de notificaciones paralelas, las cuales serían dirigidas sin mayor análisis, tanto a la autoridad supranacional como a las autoridades nacionales de competencia, lo cual traería como consecuencia el aumento significativo de los costos y las cargas administrativas para las empresas involucradas en la operación de concentración, así como la expedición de decisiones contradictorias entre la autoridad regional y las autoridades nacionales de competencia de Comesa.

Sin embargo, no queda claro cuál es el sentido que el legislador regional y/o comunitario ha querido imprimir en el Reglamento de Competencia al consignar “jurisdicción primaria”, ya que la legislación bajo análisis ha delimitado la jurisdicción de la Comisión de Competencia de Comesa de la misma manera en que ha sido establecida por la Unión Europea, esto es, utilizando como criterio la dimensión regional de la operación de concentración, que se determina sobre la base los dos mismos factores que se utilizan en el sistema europeo: el ámbito geográfico de la operación y los umbrales de notificación.

En ese sentido, en cuanto a la dimensión regional de la operación establece que se cumplirá la condición geográfica cuando se configure uno de los siguientes supuestos (Wagener 2014: 197):

- a. Que la empresa adquiriente y la empresa adquirida, a la vez, operen en dos de los Estados Miembros de Comesa.
- b. Que las empresas que participan en la concentración, operen en dos Estados Miembros diferentes de Comesa. Por ejemplo, que la empresa adquiriente opere en Zambia y Malawi, mientras que la empresa que será adquirida opera en Zimbabue y Etiopía.
- c. Que una de las empresas involucradas opere en dos o más Estados Miembros de Comesa, pese a que la otra empresa no realice actividades en ninguno de los Estados Miembros de Comesa.

En líneas generales, todas aquellas operaciones de concentración que tienen repercusión en más de un Estado Miembro de Comesa cumplen con el parámetro del ámbito geográfico, para determinar que tiene dimensión regional.

Ahora bien, el otro parámetro para determinar que una operación tiene dimensión regional es el umbral de notificación basado en el volumen de negocios de las empresas que participan en la concentración. Sin embargo, el Reglamento de Comesa para fijar el umbral de notificación ha utilizado como criterio que el volumen de negocio sea mayor o igual a COM \$ Cero (COM \$ es equivalente a US\$ Cero). Esta medida se ha justificado en el hecho que los Estados Miembros que conforman Comesa tienen diferentes niveles de desarrollo económico y normativo en materia de defensa de la competencia, por lo que algunos Estados Miembros no cuentan con un sistema nacional sobre control de concentraciones ni están en la capacidad de implementarlo. En consecuencia, fijar en COM\$ Cero el volumen de negocio que se utiliza como umbral para que la operación de concentración sea considerada de dimensión regional, permite a la Comisión de Competencia de Comesa someter a evaluación aquellas operaciones que, sin causar efectos sobre el mercado regional, pueden afectar la competencia en uno de los países que conforman la región de Comesa y que no posee un régimen interno sobre control de concentraciones (Wagener 2014:200).

Fijar el umbral de notificación en COM\$ Cero genera grandes inconvenientes a todos los actores dentro de un sistema de control de operaciones de concentración, debido a que cualquier concentración que se realice entre empresas que efectúan sus actividades en más de un Estado Miembro deberá ser evaluada por la Comisión de Competencia de Comesa, ya que el ámbito geográfico será el único indicador para determinar si una operación tiene o no dimensión regional. Dicha circunstancia significa que el órgano supranacional de competencia tendrá que utilizar sus recursos para evaluar operaciones de concentración cuyo posible daño a la competencia sea mínimo o nulo, lo cual desvirtúa y perjudica su labor en el mercado regional. Asimismo, perjudica a las empresas cuyo funcionamiento se encuentra en un Estado fuera del ámbito de Comesa pero realiza ventas mínimas en alguno de los Estados Miembro de la región, o a aquellas pequeñas y medianas empresas que pretenden fusionarse y realizan actividad económica en dos Estado Miembros, debido a que tendrán el deber de notificar su operación a la Comisión de Competencia de Comesa que tendrá jurisdicción para evaluar la concentración por más insignificante que sea, en tanto no exista un umbral de notificación objetivo que permita saber, sobre la base de determinado volumen de negocio, si existen altas probabilidades que la concentración entre empresas que no operan dentro de la región realmente puede perjudicar la competencia y merezca ser evaluada por la Comisión.

1.3. Recomendaciones para la atribución de jurisdicción en un sistema supranacional de control de concentraciones

Después del análisis de las reglas que utilizan los dos procesos de integración estudiados (UE y COMESA) para atribuir jurisdicción a la autoridad supranacional de competencia, se ha advertido que de elaborarse una normativa regional andina sobre control de operaciones de concentración se podría suscitar los problemas que a continuación se detallan.

El primer problema se daría si se crea un sistema supranacional de control de concentraciones que no sea preciso al asignar jurisdicción a la autoridad regional de competencia, como sucede en el régimen regional de control de concentraciones de Comesa, donde se han establecido términos como jurisdicción primaria, sin que quede claro si se está haciendo referencia a la jurisdicción exclusiva, y dando lugar a que cada

país que integra esa región efectúe su propia interpretación sobre ese término. Por lo tanto, una defectuosa atribución de jurisdicción puede generar no sólo interpretaciones discordantes, sino también notificaciones paralelas, esto es, que una misma operación de concentración sea notificada tanto a la autoridad supranacional como a las autoridades nacionales de competencia, para que sea declarada compatible con el mercado regional.

La situación descrita desvirtúa uno de los objetivos de implementar un sistema supranacional de control de operaciones de concentración, que es reducir los costos en los que deben incurrir las empresas al tener que notificar a cada uno de los Estados en los que la operación de concentración genera efectos, cuando podrían efectuar una única notificación a la autoridad de competencia del organismo supranacional, para que esta entidad sea la que decida si aprueba o no la concentración.

Otro problema que se ha evidenciado al estudiar los sistemas de control de concentraciones europeo y africano es el establecimiento de umbrales de notificación bajos, los cuales traen como consecuencia que la autoridad supranacional de competencia tenga jurisdicción para evaluar operaciones de concentración que no son relevantes a nivel regional, dado que no puedan dañar significativamente la competencia en el mercado regional y/o común.

Por consiguiente, se debe tener claro que el propósito de una normativa supranacional es evaluar únicamente aquellas concentraciones que tengan un efecto económico significativo, por lo que establecer umbrales de notificación muy bajos o igualarlos a cero como en el caso de Comesa, es imponer a las empresas la obligación de notificar aquellas operaciones de concentración que no tienen un efecto negativo sustancial en la competencia, gastar los recursos de la autoridad supranacional y no alcanzar ningún beneficio que realmente coadyuve a la defensa de la competencia en el mercado regional. Asimismo, esta falencia mostraría un panorama nada favorable para los inversionistas que serán renuentes a realizar negocios en una región en la que hay inseguridad jurídica ya que tanto la autoridad supranacional como las autoridades nacionales de competencia podrían exigirles o sancionarlos por no notificar una operación de concentración que no genere efecto negativo alguno en el mercado.

Por ello, en estos casos la legislación europea cumple mejor con la finalidad de una normativa de control de operaciones concentración, pues ha establecido un umbral de notificación lo suficientemente alto para asegurar que existen altas probabilidades que la operación pueda disminuir la competencia antes de que la Comisión Europea proceda a evaluarla.

Sin embargo, tampoco se puede permitir que suceda lo contrario, esto es colocar un umbral de notificación demasiado alto, ya que eso generaría que la normativa supranacional sobre control de operaciones de concentración no se aplique ni resulte beneficiosa, en tanto no cumpliría con uno de sus objetivos que es acabar con el problema de la notificación múltiple. Recordemos que la notificación múltiple se da cuando las empresas involucradas en una operación de concentración deben notificar a cada una de las agencias de competencia de los Estados Miembros en los que tiene efecto dicha operación. En consecuencia, diferentes autoridades nacionales de competencia terminan evaluando esa operación, lo que puede conllevar a que se emitan diferentes conclusiones sobre la misma. De este modo, una operación de concentración podría aprobarse en un Estado Miembro, mientras que en otro Estado podría condicionarse su aprobación al cumplimiento de ciertas recomendaciones, o simplemente podría denegarse. Esa circunstancia, como bien se puede advertir, incrementa la inseguridad jurídica, así como el esfuerzo y los costos de las empresas involucradas en la operación.

En atención a lo expuesto, se concluye que resulta fundamental que toda legislación regional sobre control de concentraciones se fundamente en el principio de ventanilla única, mediante la atribución de jurisdicción exclusiva a la autoridad supranacional de competencia, la cual se base en parámetros objetivos, transparentes y previsibles para delimitar dicha jurisdicción exclusiva.

Es así que un parámetro para atribuir jurisdicción será objetivo cuando se base en criterios cuantificables (Red Internacional de Competencia 2014: 4), es decir, cuando se sustenta en un valor concreto como el que se establece al fijarse el umbral de notificación sobre la base del volumen de negocio de las empresas. Esta fórmula permite determinar bajo qué supuesto una operación de concentración debe ser evaluada por la autoridad supranacional de competencia.

Sin embargo, resulta imposible que el legislador sea preciso en el volumen de negocio que debe establecer para que se advierta que una operación de concentración puede generar posibles efectos adversos a la competencia. Por ello, para determinar el volumen de negocio que se utilizará como umbral de notificación, se debe utilizar la información de los casos de concentración transfronteriza que han surgido en los últimos años, que no han sido objeto de evaluación por no existir una norma supranacional que los sujete a ello, y que han repercutido en el desarrollo del mercado regional. Asimismo, se debe tener en cuenta que el umbral de notificación constituye un aspecto perfectible dentro de un sistema de control de concentraciones, ya que la reducción o aumento del volumen de negocio puede variar dependiendo del análisis que se realice de los casos de concentración que empiecen a surgir una vez dada la normativa supranacional.

Sobre los parámetros para fijar el umbral de notificación se señaló, además, que deben ser transparentes, lo cual implica que las normas y reglamentos, así como cualquier documentación relevante, como directrices o prácticas recomendadas, deben ser puestos a disposición de los actores de la sociedad. Adicionalmente, un parámetro resultará transparente cuando cada uno de los agentes económicos posea la capacidad de comprender la dinámica del procedimiento de control de concentraciones. Por consiguiente, un parámetro transparente resulta vital para lograr la aplicación imparcial de la normativa y coadyuva al mejoramiento de la credibilidad y efectividad del sistema de control de concentraciones (Red Internacional de Competencia 2014: 26-28).

Finalmente, se ha afirmado que el umbral de notificación debe fijarse bajo parámetros previsible, es decir, toda empresa involucrada en una concentración debe conocer de antemano que tiene la obligación de notificar a la autoridad supranacional sobre la operación si esta sobrepasa determinado volumen de negocio. Esto significa que no se pueden cambiar las reglas de juego arbitrariamente, no se puede otorgar facultades discrecionales a la autoridad supranacional para que pueda exigir la notificación de operaciones de concentración que no se encuentren en los supuestos establecidos en la norma supranacional, ni se puede someter a evaluación aquellas operaciones de concentración que no se encuentran bajo los supuestos establecidos en la legislación supranacional de control de concentraciones.

2. La aplicación de las medidas de excepción a la delimitación de competencia entre las autoridades nacionales de competencia y la autoridad supranacional.

En este acápite se analizará otro problema que ha surgido en el sistema supranacional de control de concentraciones europeo, el cual se deriva de las denominadas medidas de excepción a la jurisdicción exclusiva que tiene la Comisión para el control de operaciones de concentración de dimensión comunitaria. Éstas tienen fundamento en el artículo 296, apartado 1 literal b), del Tratado de Creación de la Comunidad Europea, que establece “todo Estado Miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares” (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea).

Sobre la base de dicha disposición es que, en el sistema europeo de control de concentraciones, se permite a los Estados Miembros adoptar las medidas que consideren necesarias para garantizar la protección de sus intereses legítimos, las cuales difieren de los intereses buscados en el Reglamento Comunitario de Control de Concentraciones (Consejo de la Unión Europea 2004: Considerando 19). Asimismo, el Reglamento precisa que los intereses legítimos están constituidos por “la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales” (Consejo de la Unión Europea 2004: Artículo 21 apartado 4), y hace la salvedad que un Estado Miembro puede considerar como interés legítimo cualquier otra circunstancia, siempre que sea comunicado y reconocido como tal por la Comisión Europea, para lo cual la Comisión debe hacer previamente un examen de compatibilidad con los principios generales y las demás disposiciones de derecho comunitario.

Estas medidas de excepción a la jurisdicción exclusiva de la Comisión pueden resultar perjudiciales si se pretende tener un sistema supranacional de control de concentraciones, conforme se puede observar en el caso BSCH / Champalimaud, el cual tiene como origen la operación de concentración realizada entre el Banco Santander Central Hispano y el grupo financiero portugués controlado por Antonio Champalimaud. Esa operación, dado el volumen de negocio que involucraba, era de dimensión

comunitaria. Por ello, la Comisión Europea realizó la evaluación de la concentración y decidió autorizarla por considerar que la operación no daba lugar a una posición dominante susceptible de producir efectos anticompetitivos significativos en el mercado común. Sin embargo, el gobierno portugués en atención a las medidas de excepción recogidas en el Reglamento Comunitario de Concentraciones, decidió que su autoridad nacional de competencia también evalúe la concentración, la cual optó por vetarla y ordenar una serie de medidas contra los agentes económicos que participaban de la misma (Berenguer 2003: 8).

La República Portuguesa justificó su veto en el hecho que la decisión de la Comisión afectaba los intereses nacionales y los sectores estratégicos de la economía de la nación. Sin embargo, dichos intereses no se encontraban dentro de lo establecido por el Reglamento para justificar la toma de medidas excepcionales, por lo que el Estado Miembro tenía el deber de comunicar a la Comisión y justificar el interés público que se encontraba en juego al aprobarse la mencionada operación de concentración; toda vez que era la autoridad supranacional la que debía decidir si realmente su decisión afectaba los intereses legítimos de dicha nación, conforme a lo establecido en el artículo 21, apartado 20, del Reglamento.

Lo expuesto ocasionó que la Comisión Europea decidiera anular el veto portugués e iniciar un procedimiento de incumplimiento contra la República Portuguesa, para que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se manifestara al respecto. Pese a ello, el gobierno portugués consiguió que los agentes económicos involucrados en la operación de concentración firmaran un nuevo acuerdo que sí contaba con su anuencia (Berenguer 2003: 8-9).

Otro caso similar al expuesto es aquel iniciado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a raíz de la demanda presentada por la República Portuguesa contra la Comisión Europea con el objeto de que se anule la Decisión emitida por la última entidad mencionada, sobre la operación de concentración entre las empresas Secir, Holderbank y Cimpor (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2004).

Mediante esa operación, la empresa portuguesa Cimpor, que por muchos años había sido de propiedad del Estado, iba a ser adquirida por la empresa portuguesa Secil y la

empresa suiza Holderbank, las cuales habían acordado repartirse las actividades de Cimpor de la siguiente manera: a la primera empresa le correspondería las actividades que se realizan en España, Egipto y parte de Brasil, mientras que la segunda empresa se haría cargo de las actividades en Portugal, Marruecos, Túnez, Mozambique, más la otra parte de Brasil. Es importante señalar que el Estado había reducido su participación en la empresa Cimpor, pero aún conservaba un derecho de veto para cuando se tomaran decisiones estratégicas. Por ello, la operación fue comunicada al Ministerio de Hacienda de Portugal, antes de que fuera notificada a la Comisión, pero fue rechazada por el Ministerio al oponerse a los objetivos de su plan de privatización (Conclusiones del Sr. Tizano: 2004).

Una vez que la operación fue notificada a la Comisión Europea y después de tomar conocimiento que el gobierno portugués había vetado la concentración en dos ocasiones, a través de la Decisión de 22 de noviembre de 2000, estableció que la República Portuguesa había incumplido con lo dispuesto en el citado artículo 21, apartado 3, del Reglamento, al decidir oponerse a la operación de concentración de dimensión comunitaria, sin antes haber informado a la Comisión sus razones para que ésta evalúe si realmente dicha oposición tenía como sustento la protección de los intereses legítimos de la nación. Por ello, la Comisión concluyó que las decisiones adoptadas por la República Portuguesa no podían ser consideradas medidas dirigidas a proteger los intereses legítimos.

Dicha Decisión fue impugnada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que señaló que “el Reglamento sobre concentraciones se basa en el principio de un reparto preciso de competencias entre las autoridades nacionales y comunitarias de control. El considerando 29 de su exposición de motivos establece que «las operaciones de concentración no contempladas en el presente Reglamento son, en principio, competencia de los Estados Miembros». En cambio, la Comisión es la única competente para adoptar todas las decisiones relativas a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2004: Fundamento 50). No obstante, el Reglamento Comunitario de Concentraciones acoge una única excepción a la regla expuesta, la cual tiene que implicar la afectación de los tres intereses legítimos reconocidos en el Reglamento (la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales), siendo que cualquier interés público distinto de

los señalados debe ser comunicado por el Estado Miembro a la Comisión para que ésta notifique su decisión sobre si procede o no que el Estado Miembro dicte una medida sobre una operación de concentración de dimensión comunitaria basándose en ello.

En atención a lo expuesto, el Tribunal decidió desestimar el recurso presentado por la República Portuguesa contra la Comisión, argumentando que el veto que impuso a la operación de concentración entre las empresas Secir, Holderbank y Cimpor no se basaba en la defensa de alguno de los tres legítimos intereses que reconoce el Reglamento, por lo que la República Portuguesa debía comunicar a la Comisión qué otra clase de intereses pretendía proteger al vetar la mencionada operación. Sin embargo, no realizó esa comunicación, lo cual generó que se negara el recurso que interpuso.

Los casos expuestos evidencian lo riesgoso que puede resultar otorgar facultades a los Estados Miembros para que, en defensa de supuestos “intereses legítimos”, puedan atribuirse competencia para pronunciarse sobre temas que son exclusivos de la autoridad supranacional.

Por ello, se debe evaluar detenidamente al elaborar una normativa supranacional sobre control de operaciones, si se debe o no incluir facultades como las establecidas en la legislación europea. Asimismo, de considerarse positivo el establecimiento de un mecanismo de excepción como el señalado, habría que formularse medidas o candados que podrían colocarse para evitar que dicho mecanismo sea utilizado por los Estados Miembros para desconocer lo señalado por la autoridad supranacional y efectuar prácticas proteccionistas.

En ese sentido, sería factible que, además de solicitar al Estado Miembro que informe a la autoridad supranacional de competencia cuando, en defensa de los intereses legítimos de su nación, se va a pronunciar respecto de una operación de concentración de efectos regionales, se estipule que de no informar el Estado Miembro la utilización del mecanismo de excepción, las decisiones que adopte el mismo serán inaplicables contra las empresas involucradas en la operación de concentración (Berenguer 2003: 17), sin perjuicio de que se inicie un demanda de incumplimiento contra el Estado Miembro en falta.

3. El test para la evaluación de las operaciones de concentración.

Como último punto a tratar en este capítulo, se analizará otra de las dificultades que se presenta cuando se pretende instaurar un régimen sobre control de concentraciones. Esta dificultad radica en establecer qué criterios debe preconizar la legislación de control de concentraciones para que la autoridad de competencia determine si la operación que le corresponde evaluar, puede o no afectar la competencia.

Para entender lo crucial que puede ser dicha circunstancia se estudiará y comparará el sistema de control de operaciones de concentración europeo con el estadounidense, a través del análisis del caso Boeing / Mc Donnell Douglas que permitirá observar la divergencia que existe entre los criterios que utilizan los Estados Unidos de América y la Unión Europea para determinar si una operación de concentración es capaz de obstaculizar la competencia efectiva.

Ahora bien, respecto del caso Boeing / Mc Donnell Douglas (Karacan 2004: 211-214) corresponde señalar lo siguiente:

- Boeing: Es una empresa estadounidense que opera en el mercado de la aviación comercial, de defensa y de operaciones espaciales. Ello implica que su actividad principal es el desarrollo, producción y comercialización de aviones comerciales; además de la investigación, desarrollo, producción de aviones militares y helicópteros, así como de sistemas espaciales y de misiles, motores de cohetes y servicios de información.
- McDonnell Douglas: Es también una empresa estadounidense que se dedica a la misma actividad comercial que Boeing, en su momento fue el principal fabricante de aviones militares en el mundo, y también ha diseñado y fabricado aviones comerciales. Sin embargo, en la actualidad ya no es un competidor significativo en los mercados mencionados.

Estas empresas pretendían efectuar una operación de concentración que, según alegaban, no tenía objetivos comerciales, pues estaba enfocada en temas de defensa. Sin embargo, lo real era que el acuerdo incluía un programa comercial, además de lo

relacionado con la defensa. En ese sentido, uno de los objetivos del acuerdo era compartir tecnología militar y facilitar el acceso a las patentes de propiedad intelectual, así como el know-how, que en su mayoría eran generados a partir de investigaciones financiadas con fondos públicos.

En atención a lo expuesto, las autoridades de competencia de cada uno de los sistemas mencionados decidieron lo siguiente:

- La Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América decidió no alterar el acuerdo, debido a que la empresa McDonnell Douglas tenía menos del 5% de la cuota del mercado, por lo que la fusión con Boeing no reducía la competencia ni generaba una tendencia para que se creara un monopolio.
- La Comisión Europea determinó que, si bien McDonnell no tenía una cuota de mercado significativa, la operación de concentración generaba que Boeing ampliara su cuota de mercado, lo cual aunado a otros factores (como los acuerdos de exclusividad que tenía con American Airlines, Delta y Continental Airline) generaba el fortalecimiento de su posición de dominio en el mercado de aviones comerciales. Dicha circunstancia resultaba suficiente para que la Comisión considerara que se debía imponer a Boeing la obligación de mejorar sus precios.

De esta manera, se observa que la evaluación realizada en los Estados Unidos y en la Unión Europea culminó con la expedición de decisiones contrarias, debido a la diferencia de enfoques que tiene cada sistema, los cuales se explican a continuación (Karacan 2004: 230-256):

i. El análisis de los efectos de la operación de concentración:

En Estados Unidos, la premisa respecto de los efectos de la operación de concentración se centra en los consumidores y en la posible generación de oligopolios en los que puedan coordinar las empresas concentradas; mientras que la Unión Europea analiza los efectos teniendo en cuenta la competencia entre los agentes económicos, el criterio de dominio y el monopolio.

En otras palabras, en la Unión Europea se evalúa las operaciones de concentración en función al daño que se puede causar a la competencia, es decir, en el perjuicio que se genera a los competidores. Por ello, se considera que la Unión Europea tiende a ser más proteccionista, debido a que toma en cuenta las opiniones de los competidores, especialmente si se trata de empresas extranjeras.

La Comisión Europea en el caso Boeing / McDonnell analizó la cantidad de competidores y la competitividad que existía el mercado de aviones comerciales, con la finalidad de determinar cuánto podía afectar ese acuerdo a la empresa Airbus, que era la tercera empresa que concurría dentro de ese mercado. Adicionalmente, evaluó los acuerdos de exclusividad suscritos por Boeing y aerolíneas comerciales a pesar de que las empresas concentradas señalaron que renunciarían a esos acuerdos de exclusividad y que no suscribirían otros de ese tipo. Por esas razones, la Comisión estableció como condición para la aprobación de la operación de concentración que las empresas involucradas compartieran la tecnología militar con otros fabricantes de aviones jet, dando acceso a las patentes de propiedad intelectual y a los conocimientos técnicos (o *know how*) generados a partir de la investigación financiada con fondos públicos.

Una situación diferente se dio en los Estados Unidos, donde el análisis de la operación de concentración se centró en los efectos que podía causar en los consumidores, esto es, si podía generar el incremento de precios y/o la reducción de producción. Es así que a los Estados Unidos les resultó irrelevante que, después de que se celebrara la fusión, el mercado de aviones comerciales pasara de tener tres competidores a tener únicamente dos, en tanto su análisis radicó en el impacto que podía generar dicha fusión en los consumidores. En ese sentido, el hecho que el mercado quedara conformado sólo por dos competidores, para la Comisión Federal del Comercio no generaba efectos perjudiciales en el mercado, pues McDonnell Douglas presentaba una pequeña cuota de mercado, y porque lo que usualmente evalúa la Comisión es si la concentración puede generar una mayor diversificación de los productos y servicios que se ofrecen a los consumidores, que cuando las empresas actúan individualmente.

ii. La aproximación de las operaciones de concentración a producir efectos de conglomerado.

Se debe resaltar que, tanto los Estados Unidos como la Unión Europea, basan la evaluación de las operaciones de concentración en el análisis de los efectos unilaterales y coordinados que pueden generar. Sin embargo, los Estados Unidos empieza evaluando las probabilidades de que la concentración pueda desembocar en la realización de prácticas colusorias con otros competidores que concurren en el mercado, ya que puede devenir en el establecimiento de precios oligopólicos; mientras que la Unión Europea inicia su análisis centrándolo en la empresa con posición de dominio y la posibilidad que tiene de reforzar dicha posición o de crear un monopolio. Es importante precisar que, a través del Reglamento Comunitario de Concentración, vigente desde 2004, se intentó uniformizar su enfoque de evaluación con el de los Estados Unidos.

En este punto, se debe hacer mención a la teoría del apalancamiento o agrupación, la cual se utiliza para determinar cuánta probabilidad existe de que la empresa dominante pueda ingresar a otro mercado, excluir a los competidores y eliminar la competencia, en aquellos casos en que las operaciones de concentración generan conglomerados. Por ello, en el caso Boeing / McDonell, la Comisión Europea analizó el aumento de recursos financieros que tendría la empresa Boeing, así como la información de clientes, cuota de mercado, capacidad en aviones comerciales, entre otros, con la finalidad de evaluar si podía generarse un apalancamiento.

Es importante resaltar, respecto de los efectos de un conglomerado, que los Estados Unidos utilizaron el mismo criterio de la Unión Europea entre los años 1965 y 1975, sin embargo, posteriormente las agencias de competencia de los Estados Unidos determinaron que no debían intervenir en operaciones de concentración que generan conglomerados, debido a que resulta sumamente difícil determinar de qué manera un conglomerado podría generar que se suban los precios y se disminuya la producción en el mercado, además, porque consideraron que el conglomerado podría generar beneficios a los consumidores y resultar siendo eficiente. Es decir, las autoridades de competencia de los Estados Unidos consideraron la teoría del agrupamiento o apalancamiento una tesis sumamente especulativa, la cual preconizaba los intereses de los competidores antes que los del consumidor, pues, en vez de comprender el ofrecimiento de productos y/o

servicios empaquetados como un beneficio para los consumidores, los califica como un apalancamiento que va a generar la reducción de la competencia.

iii. El análisis de la eficiencia de la operación de concentración:

La última diferencia en los enfoques realizados sobre el caso Boeing / Mc Donnell radica en el análisis de la eficiencia de la operación de concentración. Así, los Estados Unidos consideran que toda operación de concentración de por sí es eficiente, salvo que existan efectos anticompetitivos claros y demostrables; mientras que la Unión Europea debe determinar si se genera o no eficiencia después de realizada la evaluación de la operación.

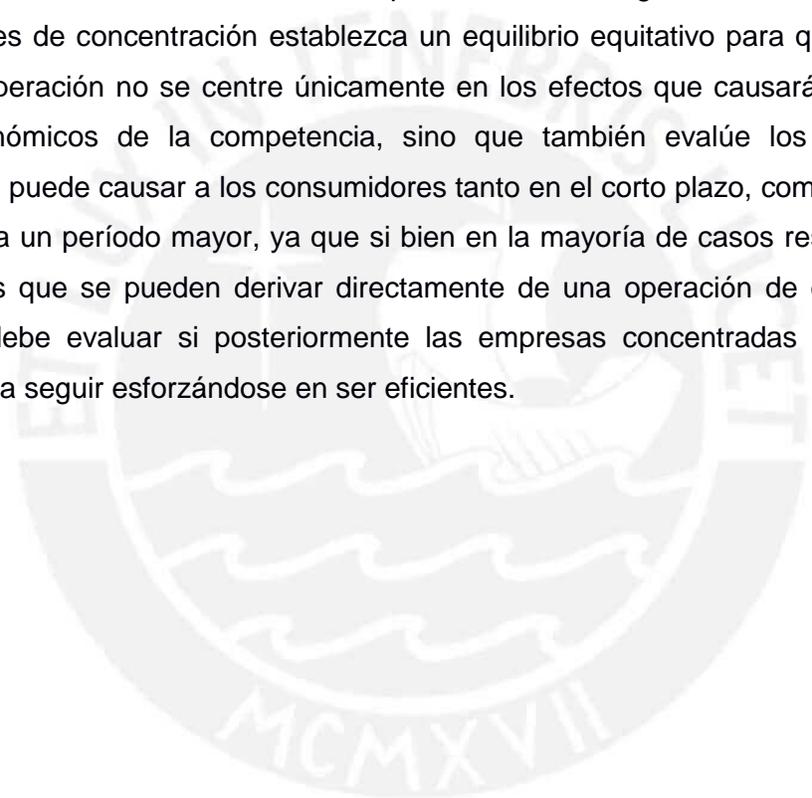
En el caso Boeing / Mc Donnell, los Estados Unidos no llegaron a analizar la eficiencia de la operación porque consideraron que no resultaba necesario, en tanto McDonnell Douglas no era una empresa lo suficientemente grande como para que su fusión con Boeing genere efectos anticompetitivos. No obstante, durante el proceso de evaluación las partes alegaron que la operación en mención coadyuvaría al desarrollo de la industria aérea, el programa de defensa de la nación y el programa espacial en todo el mundo. Por otro lado, la Unión Europea sí analizó la eficiencia, como parte de la evaluación general, para determinar si se debía o no aprobar la operación de concentración, pese a que dicho análisis resultaba innecesario, cuando ya se había determinado que la operación creaba o reforzaba una posición de dominio.

Resulta interesante señalar que en los Estados Unidos se presume que las operaciones de concentración son eficientes, porque consideran de antemano que las concentraciones logran que los costos de producción se reduzcan, se aumente la cantidad y calidad del producto y/o servicio, lo cual se refleja en mayores beneficios a los consumidores en un corto plazo (Karacan 2004: 252). En otras palabras, en los Estados Unidos se considera que el principal objetivo al evaluar operaciones de concentración es verificar que no afecte y, si es posible, mejore el bienestar de los consumidores y que fomente la eficiencia económica.

Mientras que la Unión Europea no considera que la eficiencia deba ser el único factor que debe analizarse, sino que también considera el grado de concentración del mercado, la

posibilidad de que nuevas empresas ingresen al mercado, además de otros asuntos que propiamente no tienen que ver con la defensa de la competencia, como es la repercusión que la operación puede tener en el comercio, en el empleo y en el desarrollo económico.

Por lo tanto, de elaborarse una legislación supranacional sobre control de concentraciones en la región andina, se deberá decidir bajo qué enfoque se analizará una concentración, para que guíe a la autoridad supranacional de competencia cuando evalúe una operación de concentración y deba hacer el análisis de los efectos que puede causar, cuán próxima está a causar dichos efectos y, finalmente, cuán eficiente puede ser en el mercado. En ese sentido, se debe buscar que la normativa regional andina sobre control de operaciones de concentración establezca un equilibrio equitativo para que cuando se evalúe una operación no se centre únicamente en los efectos que causará a los demás agentes económicos de la competencia, sino que también evalúe los beneficios o perjuicios que puede causar a los consumidores tanto en el corto plazo, como después de que transcurra un período mayor, ya que si bien en la mayoría de casos resulta evidente las eficiencias que se pueden derivar directamente de una operación de concentración también se debe evaluar si posteriormente las empresas concentradas tendrán o no incentivos para seguir esforzándose en ser eficientes.



CAPÍTULO IV

HACIA UNA PROPUESTA DE REGLAS BÁSICAS CON LAS QUE DEBE CONTAR UNA LEGISLACIÓN SUPRANACIONAL SOBRE CONTROL DE ESTRUCTURAS EN LA REGIÓN ANDINA

En el primer capítulo, reconocimos los efectos positivos que tiene la implementación de un sistema de control de concentraciones al interior de un proceso de integración frente a las, cada día más frecuentes, fusiones empresariales transfronterizas. Por eso, después de haber observado el panorama actual en materia de control de concentraciones de cada uno de los países andinos, y lo trascendental que es contar en la Comunidad Andina con un sistema supranacional de control de concentraciones, corresponde determinar y definir los conceptos y preceptos elementales que se deberían adoptar si se pretende contar en la región andina con una legislación supranacional. Para ello, resultaba necesario considerar los principales problemas que han surgido en otros procesos de integración al implementar un sistema supranacional de control de concentraciones, los cuales fueron abordados en el tercer capítulo, para que sobre esa base se propusieran las reglas básicas que se deben adoptar en una normativa supranacional sobre control de concentraciones dentro de la Comunidad Andina.

Por ello, este capítulo se centra en precisar los puntos relevantes que debe tener una legislación supranacional de control de operaciones de concentración en el marco de la Comunidad Andina, así como tratar aquellos asuntos que, si bien no necesariamente deben estar recogidos en una legislación supranacional, resultan trascendentes para que se efectúe una aplicación adecuada de una norma como la mencionada.

Es así que primero se analizarán las cuestiones sustantivas y procedimentales que deben establecerse en una legislación sobre control de concentraciones y, posteriormente, se analizará otros temas relevantes, tales como si se debe o no fomentar que los Estados Miembros de la Comunidad Andina promulguen una norma interna sobre control de concentraciones en los casos en que no cuentan con una, y si debe exigirse la armonización de las legislaciones nacionales sobre control de concentraciones de los países andinos. Por último, haremos referencia a la importancia de la cooperación con jurisdicciones externas para hacer más eficiente la investigación y evaluación de las

operaciones de concentración dentro de la región. En conclusión, el objetivo de este capítulo es detallar y establecer cuáles son las medidas fundamentales que debe considerar la Comunidad Andina al expedir una normativa regional sobre control de concentraciones, para que sea de aplicación efectiva y cumpla con finalidad que tiene todo sistema de control de estructuras en la defensa de la competencia.

1. Cuestiones sustantivas

En este punto analizaremos los conceptos fundamentales que debe abarcar una legislación supranacional de control de concentraciones en la Comunidad Andina, de manera que constituyan el ámbito de aplicación material de dicha normativa. En ese sentido, las cuestiones sustantivas que deben tomarse en cuenta dentro de una normativa de control de operaciones de concentración son las siguientes:

1.1. Umbral de notificación

En un sistema regional de control de concentraciones, la manera de delimitar la jurisdicción de las autoridades nacionales de competencia y atribuirla a la autoridad supranacional es diferenciando las concentraciones empresariales, según tengan o no dimensión regional. Por lo tanto, lo primero que nos debe preocupar al elaborar una norma andina sobre control de concentraciones es establecer los supuestos bajo los que se considerará que una operación es de dimensión regional. Para ello, debemos recordar lo señalado en el capítulo anterior, en el cual se concluyó que la dimensión regional se determinaba sobre la base del umbral de notificación y el área geográfica en el que se lleve a cabo la operación.

En consecuencia, una norma andina sobre control de concentraciones deberá precisar el umbral de notificación que permitirá a las empresas que participan en la fusión saber cuándo tienen la obligación de notificar sobre la misma a la autoridad supranacional de competencia. Dicho umbral de notificación debe fijarse sobre la base del volumen de negocio, ya sea de una de las empresas involucradas en la concentración, o de la totalidad de empresas que participan en la operación. Por ello, consideramos que el volumen de negocio que servirá como parámetro para fijar el umbral de notificación dentro de una normativa andina, deberá ser calculado después de que se haya analizado las

concentraciones empresariales que han tenido efectos en el mercado de más de un país andino, y de haberse indagado el volumen de negocio que se vio involucrado al realizarse tales concentraciones.

Es importante recalcar que el volumen de negocio que se establezca como umbral de notificación debe reflejar el carácter transfronterizo de la operación de concentración, pues la finalidad de contar con un sistema andino sobre control de concentraciones es evaluar aquellas que repercuten en el mercado regional. En ese sentido, en un sistema andino no se deben reproducir los errores de otros sistemas regionales al fijar el umbral de notificación. Recordemos que en el régimen de control de concentraciones de Comesa se fijó el volumen de negocio en cero, con la finalidad de que la autoridad supranacional de competencia evalúe las concentraciones empresariales sin dimensión regional, que afectaran la libre competencia en el mercado de aquellos Estados Miembros que no contaban con una legislación interna sobre control de concentraciones. Éste es un ejemplo de cómo se puede desvirtuar por completo el objeto de tener un régimen regional de control de concentraciones empresariales, en tanto la finalidad no es la defensa de la competencia del mercado interno de los Estados que conforman la región ni la aplicación directa de una legislación regional a concentraciones empresariales de poca magnitud, sino la defensa de la competencia dentro del mercado regional o común.

1.2 Definición del mercado

La definición del mercado es un elemento esencial dentro de un sistema de control de operaciones de concentración, pues resulta determinante para establecer si la fusión puede producir una indebida restricción a la competencia. De esta manera, la definición del mercado permite conocer los productos que están involucrados en la concentración empresarial, e identificar cuáles son los agentes económicos reales y potenciales que compiten con las empresas que participan en la concentración, por lo que se analiza desde dos perspectivas: el mercado de producto y el mercado geográfico.

Por lo tanto, en un sistema andino de control de concentraciones, para evaluar una concentración empresarial se debe empezar por la descripción del mercado de producto, desde un enfoque cualitativo y cuantitativo, lo cual implica que primero se evalúen las características y uso previsto del producto cuya fabricación o comercialización constituye

la actividad económica a la que se dedican las empresas involucradas en la operación de concentración, y después se proceda a evaluar si los productos son intercambiables o tienen sustitutos en calidad y precio dentro del mercado regional, debiendo tenerse en cuenta si dicha sustituibilidad se da en todos los países andinos o sólo en alguno de ellos.

Una vez analizado el mercado de producto, corresponde evaluar el mercado geográfico, que no es otra cosa que el estudio de la estructura del mercado. Este es un ejercicio bastante complejo porque se debe determinar las cuotas de participación de los agentes económicos que compiten dentro de la región comercializando los mismos productos que las empresas concentradas. Ello hace necesario que la autoridad supranacional de competencia deba tener una comunicación constante, rápida y fluida con las autoridades nacionales de competencia para que le brinden información que les permita determinar la composición del mercado donde la operación de concentración generará sus efectos.

Asimismo, la determinación del mercado geográfico adquiere una mayor relevancia debido a que se trata de evaluar operaciones de concentración dentro de un proceso de integración. Es así que, si bien el umbral de notificación que fije la legislación andina puede dar luces sobre la dimensión regional de la concentración empresarial, no es hasta la determinación del mercado geográfico en que se advierte si realmente los efectos de la operación se producen más allá del mercado local o nacional. Por lo tanto, la autoridad supranacional debe cerciorarse que el mercado dentro del cual repercute la operación de concentración es regional.

En ese sentido, la legislación andina sobre control de concentraciones debe contener supuestos que permitan afirmar si el mercado geográfico relevante es o no regional. Así se deberán establecer reglas, como las adoptadas en el régimen de control de concentraciones de la Unión Europea, que tengan en cuenta los territorios donde las empresas concentradas llevan a cabo sus actividades principales o secundarias y dónde concurren sus competidores directos, de esta forma la autoridad supranacional de competencia verificará si el mercado geográfico relevante es regional. Siendo suficiente que la estructura del mercado en el que se encuentra la operación de concentración abarque dos o más países de la región andina para que se determine el mercado geográfico relevante.

1.3. Criterio de evaluación de la concentración

Luego de definirse el mercado relevante, corresponde a la autoridad supranacional de competencia determinar si la concentración empresarial es compatible con éste. Para llevar a cabo ese análisis, se debe elegir el criterio de evaluación que adoptará la legislación andina para determinar si una operación de concentración es capaz o no de afectar la competencia. En ese sentido, y teniendo en cuenta el test para la evaluación de las operaciones de concentración, desarrollado en el tercer capítulo, se deberá analizar si se acoge un criterio similar al utilizado por la Unión Europea, en el que predomina las consecuencias que puede causar la concentración a los competidores, o el criterio que es utilizado en los Estados Unidos, donde prevalece los efectos que puede generar la operación de concentración sobre los consumidores.

Se debe tener en cuenta que los efectos de las operaciones de concentración se deben analizar en función al tipo de concentración que se va a formar. Es decir que, independientemente del criterio que se seleccione para realizar el test de evaluación, según la clase de operación de concentración a la que se enfrente, la autoridad supranacional deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- En las operaciones de concentración horizontal

La concentración empresarial horizontal se da cuando las empresas que se fusionan son agentes económicos que compiten en el mismo mercado. Para evaluar este tipo de concentraciones, en primer lugar, la autoridad supranacional debe identificar el nivel de concentración del sector del mercado en el que concurren, y cómo variaría dicho nivel de concentración después de realizada la concentración empresarial. En segundo lugar, para determinar si una concentración horizontal obstaculiza la competencia, la autoridad supranacional debe analizar los efectos no coordinados o coordinados que puede causar la operación de concentración.

Sobre los efectos no coordinados o unilaterales debemos precisar que se producen cuando las empresas concentradas o fusionadas tienen la capacidad de reducir la calidad y el precio de sus productos, prescindiendo del comportamiento o de la conducta de sus competidores. En ese sentido, los efectos no coordinados o unilaterales se observan

cuando el incremento del poder de mercado de las empresas que participan en la concentración, les permite reducir e incluso eliminar la presión competitiva.

Mientras que los efectos coordinados se crean cuando las empresas concentradas tienen la capacidad de acordar con sus competidores actuar de la misma manera dentro del mercado. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2002: Fundamento 60-62) en el caso *Airtours* contra la Comisión Europea ha señalado que los efectos coordinados se generan cuando: (i) El mercado es lo suficiente transparente para permitir a todos los competidores conocer de manera precisa e inmediata la evolución del comportamiento de cada uno de los demás miembros en el mercado; (ii) La situación de coordinación tácita se mantiene en el tiempo, pues, únicamente si todos los competidores continúan un comportamiento paralelo pueden beneficiarse de él; y (iii) Se acredita que los competidores actuales y potenciales, así como los consumidores, no cuestionarán los resultados de las decisiones coordinadas que se toman en el mercado.

Por ello, es recomendable que la autoridad supranacional de competencia antes de afirmar que una operación de concentración horizontal genera efectos coordinados, tome en cuenta si se cumplen las condiciones citadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además de investigar si las empresas, antes de que se concentren, se han desenvuelto dentro del mercado en complicidad o competitivamente, si los demás agentes económicos que concurren en ese mercado tienden a evaluar detenidamente la estrategia de precios de sus competidores y reaccionan ante la misma, o si es posible que todos los competidores se puedan beneficiar de coludirse entre ellos.

- En las operaciones de concentración vertical

Estamos frente a una operación de concentración vertical (o no horizontal) cuando las empresas involucradas en la fusión operan en distintivos niveles de la cadena de suministro de un sector del mercado. Acerca de este tipo de concentraciones, resulta importante señalar que difícilmente son perjudiciales para la libre competencia. Sin embargo, la percepción de las consecuencias de las concentraciones verticales no siempre ha sido la misma. Por ejemplo, en el caso *Brown Shoe Co., Inc.*, la Corte Suprema de los Estados Unidos (1962) estableció que la finalidad principal de toda concentración vertical era la exclusión de competidores del mercado, y más que las

cuotas de mercado y el grado de concentración de los agentes económicos que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de suministro, en este tipo de concentraciones adquiere relevancia las circunstancias económicas e históricas como la disposición de las empresas o su tendencia hacia la concentración (Jos Van Doornal 2014: 19).

Por ello, es necesario que se formulen reglas para evaluar si una concentración vertical afecta o no la competencia. De esta manera, lo han entendido en los Estados Unidos donde, a través de la Directriz de 1984 del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, se establecieron una serie de indicadores para diagnosticar si una concentración vertical puede generar barreras de entrada al mercado, los cuales se dan cuando: (i) el grado de integración entre el mercado primario y el mercado secundario es tan amplio que cualquier empresa al querer ingresar a competir en el mercado primario también debe hacerlo en el mercado secundario; (ii) el ingreso al mercado secundario es sumamente difícil para una empresa cualquiera; y (iii) la estructura del mercado primario es favorable para las empresas concentradas porque obtienen mayor rendimiento mientras existan mayores barreras de entrada.

Se debe tener en cuenta que la directriz en mención tiene como premisa que las operaciones de concentración vertical difícilmente obstaculizan la competencia, por lo que solamente debe ser analizada aquella operación que se celebre dentro de un mercado altamente concentrado, pues en los mercados de esa característica es más probable que las empresas con altas cuotas de mercado puedan bloquear la adquisición de insumos. Por consiguiente, la autoridad supranacional en el marco de un régimen andino de control de concentración deberá tener en cuenta que las operaciones de concentración verticales sólo se deben denegar cuando es inevitable que generen un comportamiento contrario al de libre competencia, el cual es posible de detectar si se cuenta con reglas o directrices como las señaladas en el párrafo precedente.

- En los conglomerados

El conglomerado implica la concentración de empresas que operan en mercados no relacionados entre sí. Sobre los efectos de los conglomerados existen posiciones encontradas. Por ejemplo, la Unión Europea considera que, si bien esta clase de

concentración no implica el aumento de una posición de dominio, puede imposibilitar una competencia efectiva porque puede generar ventas atadas. Sin embargo, Estados Unidos considera que es innecesario evaluar este tipo de operaciones, debido a que usualmente genera beneficios al consumidor porque puede acceder a distintos productos a un menor precio del que podría costarle si fueran adquiridos de forma individual, en tanto son producidos por diferentes empresas que forman parte del mismo conglomerado.

Ahora bien, en América Latina es una realidad la existencia de conglomerados (o *holding*), por lo tanto, tratar de impedir, a través de una normativa de control de concentraciones, su formación resulta innecesario, ineficiente e incluso puede perjudicar a los consumidores, ya que perderían la oportunidad de adquirir más de un producto a un precio menor en comparación al precio de adquirirlo individualmente. Por ello, consideramos que debe quedar excluido de una norma sobre control de concentraciones la evaluación de las operaciones de concentración que devienen en la creación de conglomerados.

Es así que después de haber estudiado cómo debería evaluarse cada una de las clases de operaciones de concentración y sus efectos, consideramos que en el régimen andino debe aplicarse el criterio de evaluación utilizado en el sistema estadounidense de control de concentraciones, toda vez que los Estados Miembros de la Comunidad Andina son economías emergentes que tienen diversos mercados altamente concentrados. Por ello, prohibir la celebración de una concentración empresarial únicamente por el hecho que las empresas involucradas incrementarán su poder de dominio en el mercado resulta ineficiente, porque se está dejando de analizar los efectos que pueden tener la concentración empresarial, a mediano o largo plazo, sobre los consumidores.

Además, se debe tener en cuenta que las concentraciones a lo largo del tiempo han ayudado a la consolidación de las empresas locales, pues de esta manera lograron tener una economía de escala y hacer frente a la competencia internacional, por lo que ser rigurosos al estilo del sistema europeo no generaría tantos beneficios para los competidores y consumidores, como sí sucedería si tenemos un sistema de control laxo que permita prohibir o condicionar sólo la concentración de aquellas operaciones que, además de producir una afectación efectiva a los competidores, perjudique a los consumidores.

2. Cuestiones procedimentales

Otra materia importante que se debe desarrollar dentro de una legislación andina sobre control de concentraciones es el aspecto procedimental. En ese sentido, una norma regional debe establecer las etapas y las reglas que se deben seguir cuando se está analizando una operación de concentración. Para ello, estudiaremos los procedimientos en otros procesos de integración.

- Procedimiento en la Unión Europea:

El procedimiento se inicia con la notificación de la operación de concentración, antes de que empiece a surtir efectos. Dicha notificación es publicada siempre que la Comisión Europea considere que constituye una operación de dimensión comunitaria. Es así que se inicia la primera etapa del procedimiento, conocida como Fase I, donde la Comisión examina la notificación y concluye de una de las siguientes maneras: (i) La transacción no constituye una operación de concentración de dimensión comunitaria; (ii) la operación de concentración si bien es de dimensión comunitaria no causa incompatibilidades con el mercado común; o (iii) La operación de concentración de dimensión comunitaria plantea serias dudas respecto de su posible afectación a la competencia, por lo que debe ser investigada con mayor minuciosidad en una segunda etapa.

Si la Comisión Europea concluye la Fase I bajo el tercer supuesto señalado, se inicia la segunda etapa o Fase II, la cual puede llegar a ser mucho más larga, porque debe tener un informe oral y promueve mayor contacto de la autoridad de competencia con los representantes de las empresas involucradas. En ese contexto, es usual que las propias empresas involucradas en la operación de concentración decidan modificar los términos de sus acuerdos a fin de que la operación se apruebe y sea declarada compatible con el mercado común. En esta etapa del procedimiento son las partes o empresas involucradas las que tienen la carga probatoria, pues deben convencer que la operación de concentración no implica una obstaculización significativa a la competencia.

- Procedimiento en Comesa:

El procedimiento seguido ante Comesa para evaluar una operación de concentración es muy similar al establecido en la Unión Europea. Se inicia con la notificación a la Comisión de Competencia de la concentración empresarial de dimensión regional que se pretende realizar. Después, la Comisión determina si resulta o no probable que la concentración impida o reduzca la competencia. Si es probable que la operación afecte la competencia, la Comisión debe proceder a evaluar si la mencionada operación trae consigo eficiencias tecnológicas u otros beneficios, o si se encuentra justificada en el interés público. Finalmente, si la Comisión decide que la concentración afecta la competencia y no se encuentra dentro de ninguno de los supuestos mencionados, deberá optar por una de las siguientes soluciones: (i) declarar la concentración ilegal, salvo que las empresas involucradas apliquen los remedios propuestos por la autoridad; o (ii) prohibir la concentración.

En atención a lo expuesto, una legislación andina sobre control de concentraciones debe contener, en primer lugar, una disposición que conmine a notificar, ante la autoridad supranacional de competencia, todas aquellas operaciones de concentración de dimensión regional. Asimismo, debe consignar los plazos que cada etapa del procedimiento tendrá, los cuales deben ser relativamente cortos, pues se trata de la evaluación de un acuerdo entre agentes económicos privados, quienes podrían ver perjudicada la transacción si la evaluación de la misma se dilata demasiado. Por último, al igual que en la Unión Europea, lo más conveniente para las partes es que se divida el procedimiento de evaluación de la operación de concentración en dos etapas, para permitir a la autoridad evaluar la concentración con detenimiento, dentro de un plazo no perjudicial para las empresas, y promoviendo que sean las propias empresas involucradas las que propongan modificaciones a sus acuerdos cuando tengan conocimiento que la afectación a la competencia resulte bastante probable.

3. Armonización de las legislaciones de competencia de los Países Miembros de la CAN

Este acápite plantea una serie de cuestionamientos, primero, se debe decidir si resulta necesario que los cuatro Estados Miembros de la Comunidad Andina deban tener

legislación nacional sobre control de operaciones de concentración, y si éstas deben armonizarse entre sí.

A simple vista se podría afirmar que para la región andina resulta conveniente que cada uno de los Estados Miembros cuente con legislaciones nacionales sobre control de concentraciones y que éstas se encuentren debidamente armonizadas, pues, si la finalidad del proceso de integración es formar un mercado común, se debe propugnar que las legislaciones tengan un mismo enfoque para evitar que se produzcan incertidumbres en el mercado. Por lo tanto, la armonización de las normas encuentra sustento en la transparencia y seguridad jurídica que brinda el hecho de contar con reglas que contengan las mismas condiciones.

Sin embargo, debemos preguntarnos si evitar la incertidumbre constituye una justificación suficiente para que cada Estado Miembro tenga que incurrir en altos costos para armonizar su legislación nacional. Sobre todo, cuando los grupos económicos y sociales de los Países Andinos juegan un papel decisivo en la elaboración y modificación de leyes, ya que la gran influencia que tienen sobre los legisladores nacionales pueden generar trabas y complicar la expedición o modificación de las normas de control de concentraciones que se encuentre armonizada con el sistema supranacional.

Asimismo, los países pueden ser renuentes a modificar o crear legislaciones que permitan armonizar la normativa interna con lo dispuesto en la legislación supranacional de control de concentraciones, debido al temor que se reduzcan las oportunidades de inversión, o que se utilice este tipo de normativas como una barrera de acceso al mercado, en vez de constituir un sistema de defensa de la competencia (Weber 1994: 573-574).

Es así que la discusión sobre la armonización de las normas debe enfocarse en las cuestiones procedimentales y en las disposiciones sustantivas (Jos Van Doormal 2014: 79). Respecto de las normas de procedimiento corresponde indicar que su armonización no genera mucha dificultad en tanto los Estados Miembros cuentan con diseños institucionales similares, pues, todos cuentan con autoridades nacionales encargadas de la defensa de la competencia. Se debe tener en cuenta que suelen darse menos cuestionamientos cuando se pretende armonizar el procedimiento, en tanto similares

reglas en los procesos de investigación trae mayores beneficios a las empresas involucradas en la concentración.

Ahora bien, en cuanto a la armonización de las cuestiones sustantivas, sí se presentan una serie de dificultades debido a que generalmente este aspecto refleja la tendencia que tiene cada país en materia de defensa de la competencia. De esta manera, las cuestiones sustantivas determinan la forma como las autoridades nacionales de competencia analizan y concluyen si una operación de concentración realmente puede afectar u obstaculizar la competencia. Por lo tanto, armonizar este aspecto resulta un ejercicio bastante difícil (Jos Van Doormal 2014: 79).

Otro punto a tener en cuenta está relacionado a la realidad de cada uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina y las necesidades que tienen en relación al grado de apertura de sus mercados, su tamaño y diferentes factores económicos como políticos. En otras palabras, un proceso de armonización de las normas no puede implicar lo mismo para Ecuador que para Colombia. Basta con observar lo que ha sucedido con la Decisión 608 - Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, la cual prohíbe las conductas anticompetitivas como el abuso de posición de dominio y concertación o colusión entre las empresas competidoras. Esa norma fue expedida cuando Ecuador y Bolivia aún no tenían sus propias normas de competencia, por lo que la norma andina debía aplicarse de forma directa. En ese sentido, cabe preguntarse si es viable que eso suceda con una norma de control de concentraciones.

Por ello, existe un gran sector de la doctrina que considera que resulta intrascendente la armonización. Primero, porque no resulta una tarea sencilla que los Estados armonicen sus normas y, segundo, porque contar con normas armonizadas no implica necesariamente que los resultados, tras evaluar las operaciones de concentración, sean similares y consistentes en cada uno de los Países Miembros.

Pese a las dificultades que acarrearía la armonización de las legislaciones nacionales de control de concentraciones, resultaría ideal que se realice dicho proceso en tanto constituye un candado para que, independientemente de los diferentes gobiernos que dirijan los Estados Miembros, existan reglas de juego claras cuyo único objetivo sea la defensa de la competencia y el bienestar de los consumidores. Además, se debe tener en

cuenta que, si se pretende alcanzar un mercado único común en la región andina, la armonización de las normas internas de cada Estado Miembro con la norma supranacional de control de concentraciones se encuentra justificado, ya que de esta manera se fortalece el proceso de integración. Por lo tanto, resultaría ideal que al darse una legislación supranacional de control de concentraciones exista voluntad política de cada uno de los Estados Miembros de la Comunidad Andina para promover y realizar el proceso de armonización de sus normas nacionales.

4. Cooperación con jurisdicciones externas.

Dado que las concentraciones empresariales de carácter transfronterizo no sólo tienen efectos dentro de la región andina, resulta ideal que en el marco del régimen andino de control de concentraciones se desarrollen mecanismos de colaboración con las autoridades de competencia nacionales y/o supranacionales externas a la región. De esta manera, se puede compartir información relevante respecto de las empresas y de las concentraciones empresariales cuyos efectos repercuten en más de una jurisdicción regional o comunitaria, así como de los criterios y decisiones que se han adoptado sobre una fusión que también causa efectos en nuestra región. Por último, se pueden reducir los efectos negativos que generan la existencia de diferentes sistemas supranacionales y nacionales de control de concentraciones.

Sin embargo, el desarrollo de un sistema de cooperación con jurisdicciones externas a la región andina plantea una serie de dilemas, respecto de si la cooperación debe ser bilateral o multilateral, vinculante o no vinculante. Por ejemplo, en la actualidad existen diversos acuerdos bilaterales de “reciprocidad negativa” cuya finalidad es que la autoridad de competencia antes de evaluar una concentración transfronteriza, tenga en cuenta si es que ya está siendo evaluada por otra autoridad, considere los intereses de ese otro Estado o región y los compare con los intereses de su propio Estado, para luego decidir si sigue con la investigación de la operación o deja que la autoridad de competencia de ese otro Estado o región sea quien la evalúe. En otras palabras, implica que la autoridad supranacional se abstenga de efectuar el proceso de investigación y evaluación de la operación. Cabe resaltar que acuerdos bilaterales de ese tipo han sido suscritos entre Estados Unidos y Alemania, Australia y Estados Unidos, Estados Unidos y Canadá, y la Unión Europea y los Estados Unidos (Jos Van Doormal 2014: 94).

Por otro lado, se han celebrado acuerdos de “reciprocidad positiva” que consisten en el compromiso entre autoridades de competencia, nacionales y regionales, de asistirse mutuamente durante el proceso de investigación de las operaciones de concentración. Estos acuerdos implican que la autoridad nacional del Estado “A” al observar que una operación de concentración entre empresas del Estado “B” puede afectar su mercado, puede solicitar a la autoridad de competencia del Estado “B” que inicie una investigación respecto de dicha operación de concentración. En otras palabras, los acuerdos “reciprocidad positiva” otorgan la posibilidad a las autoridades de competencia de iniciar la investigación de una operación de concentración a pedido de otro Estado, para lo cual resulta ideal que el Estado peticionante facilite la obtención de pruebas o coadyuve a la ejecución de la decisión que tome la autoridad de competencia evaluadora. Esta clase de acuerdos de colaboración han sido suscritos entre los Estados Unidos y la Unión Europea, y entre Australia y Nueva Zelanda (ANZCERTA). Estos acuerdos están basados en la confianza existente entre las distintas autoridades de competencia respecto de que son los suficientemente competentes como para que una sola de ellas se encargue de la evaluación de la operación de concentración transfronteriza.

No obstante, ambas formas de colaboración presentan un problema, que no generan ninguna obligación vinculante entre los Estados que suscriben estos acuerdos de reciprocidad negativa y/o positiva, pues, solo se trata de un sistema voluntario de cooperación bilateral entre distintas autoridades de competencia. Lo mismo se puede señalar respecto de los acuerdos multilaterales no vinculantes que se dan a través de organizaciones que agrupan una variedad de Estados, entre los que se genera una cooperación multilateral, como es el caso de la OCDE y de la Red Internacional de Competencia (ICN), las cuales han emitido sendos documentos en los que presentan recomendaciones y reglas que deberían tomar en cuenta los Estados, pero que no los apremia a aplicarlos en sus sistemas de control de concentraciones.

Asimismo, los mecanismos no vinculantes, bilaterales o multilaterales, no son suficientes cuando los resultados de la evaluación de una misma operación de concentración son disímiles entre los Estados o regiones. Bajo esas circunstancias, sería adecuado un sistema de cooperación vinculante (también conocido como *hard cooperation*), el cual tenga como soporte el intercambio de información confidencial entre diferentes

autoridades, esto es, que las autoridades de competencia vayan más allá de la simple reciprocidad entre Estados o regiones. Sin embargo, si bien los mecanismos vinculantes de cooperación resultarían adecuados para solucionar las fricciones que surjan entre los resultados de la evaluación de una misma operación de concentración, difícilmente existirá la voluntad política por parte de los representantes de los Estados para fomentar la celebración acuerdos con otras autoridades de competencia, nacionales o regionales.

En función a lo expuesto, de aprobarse un régimen andino de control de concentraciones se debe impulsar la celebración de acuerdos no vinculantes con otros procesos de integración, con miras a que en algún momento dichos acuerdos se tornen vinculante dependiendo de cómo se desarrolla la colaboración con otras autoridades de competencia, siempre que se aplique únicamente en determinados supuestos.

Sobre la base de lo expuesto en este capítulo considero que, mediante una Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina, se debe formular una legislación supranacional sobre control de concentraciones que contemple las siguientes reglas que han sido consideradas fundamentales en esta investigación:

Primera Disposición.- La presente Decisión es de aplicación a todas aquellas operaciones de concentración empresarial de dimensión comunitaria.

Se considerará que una concentración tiene dimensión comunitaria cuando:

- a. El volumen de negocios total que realicen las empresas que participan en la concentración superen el monto determinado por el órgano supranacional dependiente de la Comunidad Andina al que se le encomiende el estudio del mercado de la región para la fijación de dicha cifra, sobre la base de los datos estadísticos de las operaciones de concentraciones celebradas con anterioridad que han repercutido en la región andina.
- b. El volumen de negocios total que realizan las empresas que participan en la concentración sea menor al fijado en el anterior supuesto, siempre que dichas empresas desarrollen sus actividades en al menos dos de los Estados Miembros de la Comunidad Andina y estas sean relevante. La relevancia se determinará en atención al volumen de negocios que presente cada una de las empresas que participan en la concentración, cuyo umbral será fijado por el órgano supranacional dependiente de la Comunidad Andina al que se le encomiende dicha labor.

Segunda Disposición.- Serán objeto de evaluación aquellas concentraciones empresariales de dimensión comunitaria, entre agentes que compiten en el mismo mercado, o que operan en distintos niveles de la cadena de suministro de un sector de mercado. Aquellas concentraciones empresariales entre agentes que operan en mercados no relacionados entre sí, no se encuentran sujetas a lo dispuesto en esta Decisión.

Tercera Disposición.- La autoridad supranacional encargada de evaluar las operaciones de concentración para determinar si son compatibles con el mercado común, deberá tomar en cuenta:

- a. Si permiten que se preserve y desarrolle una competencia efectiva en el mercado de la región, en atención a la estructura de los sectores afectados y de la competencia real o potencial de empresas que se desenvuelven dentro o fuera de la región andina; y/o
- b. Si disminuyen las posibilidades de elección de los consumidores, la variedad de oferta de los productos que se trate, o el desarrollo del progreso técnico.

No se objetarán las operaciones de concentración si las empresas que participan, demuestran con estudios técnicos que generan beneficios para los consumidores que exceden el posible impacto negativo que pueden tener sobre la competencia.

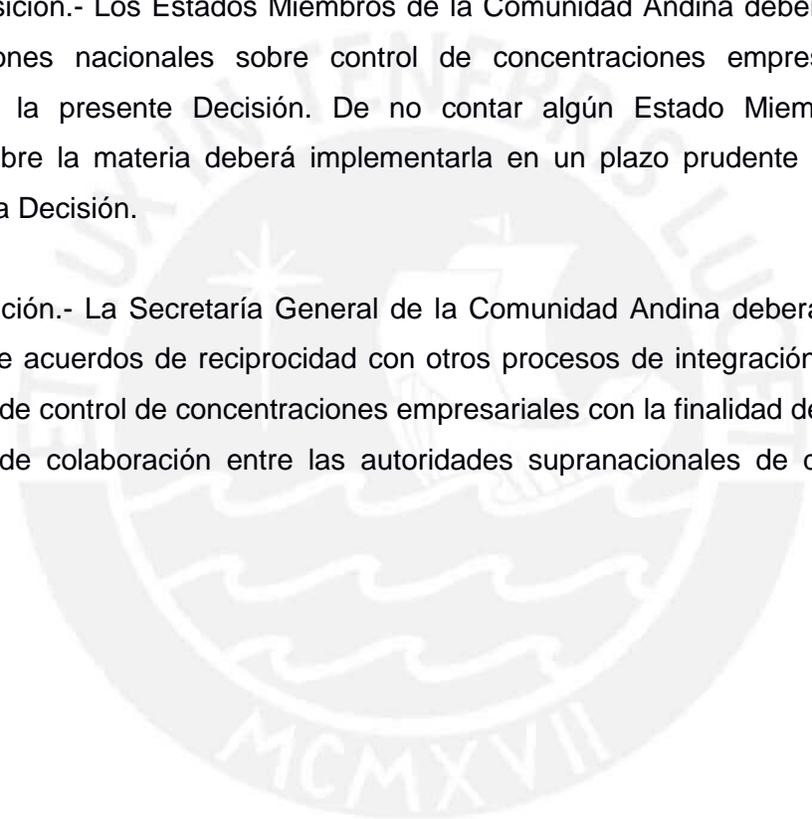
Cuarta Disposición.- La evaluación de las operaciones de concentración se realiza de acuerdo al siguiente procedimiento:

1. Los agentes que participan en la concentración empresarial deben notificar a la autoridad supranacional de competencia antes de que surta efectos, en cuanto se haya concluido el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control.
2. La autoridad supranacional de competencia debe examinar la notificación y determinar si da inicio al procedimiento de evaluación de la concentración empresarial, o si la declara compatible con el mercado de la región en tanto no genere riesgos sustanciales para la competencia y/o consumidores. La autoridad podrá requerir la información que considere necesaria y sea pertinente para fundamentar su decisión.

3. Iniciado el procedimiento de evaluación, se otorga un plazo a los agentes involucrados para que presenten propuestas para evitar o disminuir los posibles efectos adversos que genere la concentración empresarial.
4. El procedimiento concluye mediante decisión de la autoridad supranacional de la competencia, que determina si deniega la concentración empresarial por ser incompatible con el mercado de la región, o si la autoriza a través de la aceptación de la propuesta presentada por los agentes de mercado o la imposición de ciertos condicionamientos para permitir su ejecución.

Quinta Disposición.- Los Estados Miembros de la Comunidad Andina deberán armonizar sus legislaciones nacionales sobre control de concentraciones empresariales a lo dispuesto en la presente Decisión. De no contar algún Estado Miembro con una legislación sobre la materia deberá implementarla en un plazo prudente a partir de la dación de esta Decisión.

Sexta Disposición.- La Secretaría General de la Comunidad Andina deberá promover la celebración de acuerdos de reciprocidad con otros procesos de integración que cuenten con sistemas de control de concentraciones empresariales con la finalidad de implementar mecanismos de colaboración entre las autoridades supranacionales de defensa de la competencia.



CONCLUSIONES

En atención a lo expuesto se concluye que para contar en la región con un sistema supranacional de control de operaciones de concentración es necesario que se tomen en cuenta las siguientes consideraciones:

1. En un régimen andino de control de concentraciones y fusiones, la delimitación de la competencia entre las autoridades nacionales y la agencia supranacional o regional se debe realizar a través del establecimiento de umbrales de notificación, los cuales permitan determinar si estamos frente a una operación de concentración de dimensión regional. Para ello, debe utilizarse el volumen de negocio de las empresas que participen en la operación, toda vez que este puede ser cuantificable, transparente y previsible. En consecuencia, el volumen de negocio será el parámetro mediante el cual se determinará si estamos o no frente a una operación de dimensión regional o nacional. Asimismo, para que el umbral de notificación no sea muy alto ni demasiado bajo será necesario basarse en un estudio económico objetivo y serio, con lo cual se logrará que no todas las operaciones tengan que ser notificadas a la autoridad supranacional.

2. Resulta necesaria la armonización de las legislaciones internas de cada uno de los Estados Miembros de la Comunidad Andina, si se busca el fortalecimiento del mercado común y la uniformización de las disposiciones para que los agentes económicos se encuentren sometidos a iguales reglas de juego en cualquiera de los países andinos. Ello implica que, tanto el Perú como Bolivia, deben promover la expedición de una norma sobre la materia. Asimismo, se deberá procurar que cada uno de estos Estados contemple similares disposiciones en sus legislaciones nacionales, sobre todo en lo que se refiere a cuestiones procedimentales, para que las empresas puedan tener clara la forma en que serán investigadas en cualquier Estado que integre la región andina.

3. Para la aplicación efectiva de una normativa regional de control de fusiones y concentraciones se debe asignar jurisdicción de forma exclusiva al órgano supranacional encargado de evaluar la concentración. De esta manera, se puede cumplir una de las finalidades de todo sistema supranacional de control de operaciones de concentración, que es evitar la notificación múltiple. Por lo tanto, con la atribución de jurisdicción exclusiva a la autoridad supranacional se evitará que una operación de concentración de

dimensión regional sea notificada a las autoridades nacionales de competencia y a la autoridad supranacional, debido a que regirá el principio de ventanilla única.

4. No resulta necesario el ejercicio del poder coercitivo por parte de la autoridad supranacional ni la autoridad nacional, en tanto el cumplimiento de una normativa regional se efectuará en la medida que exista voluntad política de los Países Miembros de la Comunidad Andina, siempre y cuando el marco legislativo sea claro, preciso y de fácil entendimiento y aplicación, de acuerdo a lo desarrollado en esta tesis.

5. Para que una legislación andina de control de concentraciones y fusiones sea efectiva deberá contemplar la posibilidad que la autoridad supranacional pueda remitir la notificación a una autoridad nacional de competencia en aquellos casos en que observe que los efectos de una operación únicamente afecten el mercado de determinado Estado, independientemente del volumen de negocio de las empresas que participen en la operación de concentración.

6. En una legislación andina de control de concentraciones y fusiones se debe evitar establecer medidas de excepción a la delimitación de competencia basadas en los intereses esenciales de seguridad de los Estados Miembros de la Comunidad Andina, pues, ello generaría que tengan la posibilidad de utilizar esta medida de excepción cada vez que consideren que no les resulta conveniente la evaluación de una operación de concentración, por lo que podría ser utilizada sin reparo y sin fundamento alguno para impedir que la autoridad supranacional investigue y evalúe ciertas operaciones de concentración de dimensión regional. No obstante, en el supuesto que se llegara a adoptar una disposición de este tipo en la legislación andina, se deberá contemplar dentro de la misma los mecanismos legales para que las decisiones que tome un Estado, bajo estas medidas de excepción, deban ser evaluadas por la autoridad supranacional con el objeto que sea quien determine si realmente existe una amenaza al interés de seguridad de un Estado.

7. Sobre el criterio que se debe utilizar para determinar si una operación de concentración obstaculiza la competencia, resulta conveniente en un régimen andino de control de concentraciones la aplicación del test de disminución sustancial de la competencia y de la afectación a los consumidores, mas no el test de dominio, en tanto este último se inclina

por rechazar una operación cuando considera que crea o refuerza una posición de dominio, sin tomar en cuenta si los efectos de dicha situación realmente resultan perjudiciales para la competencia y, como consecuencia, a los consumidores.

8. En un sistema andino de control de operaciones de concentración se deberá fomentar y promover la suscripción de acuerdos bilaterales de reciprocidad negativa y positiva con otros Estados y procesos de integración, con el objeto de reducir las posibilidades de que una concentración empresarial también sea evaluada por otra autoridad nacional o regional cuando sus efectos no resulten trascendentes dentro de la región andina.



BIBLIOGRAFÍA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN DE EMPRESAS DE BOLIVIA (AEMP)

s/f “Defensa de la Competencia”. Consulta: 12 de abril de 2016.

<http://www.autoridadempresas.gob.bo/>

AUTORIDAD DE MERCADOS Y COMPETENCIA DEL REINO UNIDO (CMA)

2015 *Understanding past merger remedies: Report on case study research*. Londres, Consulta: 14 de septiembre de 2015.

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/448223/Understanding_past_merger_remedies.pdf

BERENGUER, PABLO Y VANESSA PÉREZ

2003 *El control comunitario de concentraciones de empresas y la invocación de intereses nacionales*. Instituto de Estudios Europeos, N° 3.

BUSINESS WIRE

2004 *Approval of Air-Shields Acquisition Extends Draeger Medical Portfolio into U.S. Neonatal Market*. Publicado: 24 de junio de 2004. Consulta: 15 de febrero de 2016.

<http://www.businesswire.com/news/home/20040624005597/en/Approval-Air-Shields-Acquisition-Extends-Draeger-Medical-Portfolio>

COLOMER VIADEL, ANTONIO

2013 “La Crisis del Estado y la Reconstrucción del Estado de Derecho en las Organizaciones Regionales de Integración de Estados”. *Teoría y Realidad Constitucional*. número 31.

COMESA

2004 *Comesa Competition Regulations*. Consulta: 23 de noviembre de 2015

http://www.comesa.int/attachments/article/26/2012_Gazette_Vol_17_Annex_12.pdf

2014 *Comesa Merger Assessment Guidelines*. Consulta: 23 de noviembre de 2015.

http://www.comesa.int/attachments/article/1364/141031_Merger%20Assessment%20for%20Publication.pdf

COMISIÓN EUROPEA

2001 *Asunto N° COMP/M.220 – General Electric/Honeywell*. Decisión: 3 de julio de 2001. Consulta: 24 de octubre de 2015.

http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2220_20010703_610_es.pdf

2003 *Asunto COMP/M.315 – GE/AGFA NDT. Petición Conjunta de varios Estados Miembros, de conformidad con el artículo 22 del Reglamento N° 4064/89*. Consulta: 2 de mayo de 2016.

http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3136_20031205_440_en.pdf

2004 *Asunto COMP/M.3136 – GE/AGFA NDT. No oposición a una concentración notificada*. Consulta: 23 de noviembre de 2015.

<http://eur-lex.europa.eu>

COMISIÓN DE COMPETENCIA DEL REINO UNIDO

2004 *Dräger Medical AG & Co KGaA and Hillenbrand Industries, Inc.: A report on the proposed acquisition of certain assets representing the Air-Shields business of Hill-Rom, Inc, a subsidiary of Hillenbrand Industries*. Londres. Consulta: 24 de octubre de 2015.

http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2004/fulltext/489.pdf

CONCLUSIONES DEL SR. TIZANO – ASUNTO C-42/01

2004 *Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano, presentadas el 22 de enero de 2004 – Asunto C-42/01*. Consulta: 24 de noviembre de 2015.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CC0042&rid=3>

CONGRESO DE COLOMBIA

2009 *Ley 1340*. 24 de julio de 2009. Consulta: 27 de febrero de 2016.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36912>

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

1989 *Reglamento (CEE) N° 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*. 20 de diciembre.

eur-lex.europa.eu

1997 *Reglamento (CEE) N° 1310/97 por el que se modifica el Reglamento (CEE) N° 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*. 9 de julio.

eur-lex.europa.eu

2004 *Reglamento (CEE) N° 4064/89 – Reglamento comunitario de concentraciones*. 29 de enero.

eur-lex.europa.eu

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

1962 *Brown Shoe Co., Inc. versus United States*. Sentencia: 25 de junio de 1962. Consulta: 1 de diciembre de 2015.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/294/case.html>

CRANE, Daniel

2009 “Anti-competitive behavior and international law: Substance, Procedure, and Institutions in the International Harmonization of Competition Policy”. *Chicago Journal of International Law*. Chicago, 10 Chi.J. Int.'l L. 143.

DIEZ CANSECO, Luis

1997 “Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica”. *Themis*, número 36.

DRAEGER.

s/f “Perfil de la Empresa”. Consulta: 15 de febrero de 2016.

http://www.draeger.com/sites/es_corp/Pages/Corporate/Company-Profile.aspx

EL COMERCIO

2014 “¿Qué significa la venta de Las Bambas para el Perú?”. *El Comercio*. Lima, 14 de abril de 2014. Consulta: 24 de febrero de 2016.

<http://elcomercio.pe/economia/peru/que-significa-venta-bambas-peru-noticia-1722749>

INDECOPI

2016 “Sobre el INDECOPI”. Consulta: 2 de mayo de 2016.

<https://www.indecopi.gob.pe/sobre-el-indecopi>

JOS VAN DOORMAAL

2014 *Problems pertaining to the extraterritorial application of Merger Control: Towards an alternative approach as opposed to multi-jurisdictional merger review?* Tesis de maestría en International Business Law. Tilburg: Tilburg Law School. Consulta: 5 de diciembre de 2015.

<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=134130>

KARACAN, PINAR

2004 “Differences in merger analysis between the United States and the EU”. En: *US Law Review and Journals*. University of the Pacific, Mc George School Law.

LINKLATERS

2015 “M&A growth in Latin America”. Consulta: 13 de septiembre de 2015.

http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/newyork/MA_Growth_Latin_America_Linklaters_Report_2015.pdf

MINISTERIO COORDINADOR DE PRODUCCIÓN, EMPLEO Y COMPETITIVIDAD

2016 “Resoluciones de la Junta de Regulación del Poder Económico. Consulta: 2 de mayo de 2016.

<http://www.produccion.gob.ec/resoluciones-de-la-junta-de-regulacion-del-poder-de-mercado/>

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO DE COLOMBIA

1992 *Decreto 2153*. 31 de diciembre. Consulta: 25 de febrero de 2016

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisiur/normas/Norma1.jsp?i=38168>

MIRANDA, ALFONSO Y JUAN DAVID GUTIÉRREZ

2007 “El control de las concentraciones empresariales en Colombia”. *Revista de Derecho de la Competencia*, volumen 3, número 3,. Bogotá, p. 46.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS – OCDE

2014 “International Co-operation in Competition Law Enforcement. Meeting of de OECD Council at Ministerial Level”. En: *OECD*. París, 6-7 de mayo. Consulta: 15 de julio de 2015.

[www.oecd.org/mcm/C-MIN\(2014\)17-ENG.pdf](http://www.oecd.org/mcm/C-MIN(2014)17-ENG.pdf)

PÉREZ, MARIO

2012 *La Evaluación de las Concentraciones de Empresas en la Unión Europea*. Córdoba. Consulta: 20 de septiembre de 2015

http://www.uca.edu.sv/deptos/ccji/media/archivo/b75be7_unioneuropeaempresas.pdf

RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA

2014 *Prácticas Recomendables para procedimientos de notificación de concentraciones*. Consulta: 8 de octubre de 2015.

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc589.pdf>

RODRÍGUEZ-JARABA, RAFAEL

2005 “Derecho de la Competencia y gobierno corporativo. Garantías de equidad frente a la integración regional, la liberalización comercial y la globalización económica”. *Criterio Jurídico*, volumen 1, número 5. Cali.

SAMARDZICH, CRISTÓBAL

2014 “Compra de Las Bambas: ¿Cómo se estructuró la operación y su financiamiento?”. *Semana Económica*. 23 de diciembre de 2014. Consulta: 18 de septiembre de 2015.

<http://semanaeconomica.com/article/extractivos/mineria/150670-las-bambas-como-se-estructuro-su-operacion-de-adquisicion-y-su-financiamiento/>

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

2013 *Resolución 20968*. Expediente 12-110228. 23 de abril de 2013.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

2004 *Asunto C-42/01*. Sentencia del 22 de junio de 2004. Consulta: 24 de noviembre de 2015.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5cf5ccde595bc4a1c8439f9f1b73b36a2.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oa3aTe0?docid=61380&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=122494>

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

2002 *Asunto T-342/99*. Sentencia: 6 de junio de 2002. Consulta: 1 de diciembre de 2015.

<http://eur-lex.europa.eu>

2003 *Asuntos acumulados T-346/02 y T-347/02*. Sentencia: 30 de septiembre de 2003. Consulta: 23 de noviembre de 2015.

<http://eur-lex.europa.eu>

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE

1984 *Merger Guidelines*. Consulta: 6 de diciembre de 2015.

<http://www.justice.gov/archives/atr/1984-merger-guidelines>

UNCTAD

2008 *La atribución de competencia entre las autoridades locales y nacionales encargadas de la competencia y la aplicación de las normas sobre la competencia*. Informe TD/B/COM.2/CLP/69. Ginebra, Naciones Unidas. Consulta: 25 de noviembre de 2015.

http://unctad.org/es/Docs/c2clpd69_sp.pdf

WAGENER, MARIANNE Y CANDICE UPFOLD

2014 "The Jurisdiction of the COMESA Competition Commission for Merger Transactions". En: *International Economic Law and African Development*. Sudáfrica, Siber ink CC.

WEBER, SPENCER

1994 "Neo-realism and the international harmonization of law: Lessons from antitrust". En: *Kansas Law Review*. Kansas Law Review, Inc., p 573.

